

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Julio Cezar Durigan

Vice-Reitor

Prof. Dr. Eduardo Kokubun

Pró-Reitora de Pós-Graduação

Profª. Dr. Lourdes Aparecida Martins dos Santos Pinto

Pró-Reitora de Pesquisa

Profª. Drª. Maria José Soares Mendes Giannini

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretora

Profª. Drª. Célia Maria David

Vice-Diretora

Profª. Drª. 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

Profª. Drª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. José Duarte Neto

Profª. Drª. Yvete Flávio da Costa

Profª. Drª. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

Profª. Drª. 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.32.	p. 464	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 Fiuza (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 (UFMG)	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 (UFMS)
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)
Mestranda Ana Lélis de Oliveira Garbim (Unesp)
Mestranda Maiara Motta (Unesp)
Mestrando Adriano Roque Pires (Unesp)
Mestre Leonardo Simões Agapito (Unesp)
Mestre Thiago Giovani 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, 20-32
ISSN 1414-3097.

Capa: Orlinéya Maciel Guimarães.

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos 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 32, encontram-se artigos relacionados às linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca, inclusive com contribuições internacionais: 1) “Louk Hulsman e o abolicionismo penal: análise crítica da teoria” de autoria de Vinicius Wildner Zambiasi, Paloma Marita Cavol Klee, Hugo Siqueira de Souza, os quais são vinculados à Universidade de Coimbra; 2) “Da teoria do delito para as pessoas jurídicas” de autoria de Túlio Felipe Xavier Januário, também vinculado à Universidade de Coimbra; e, 3) “A Etimologia do risco. Herança ibérica ao mundo? Breve e desprentensiva teoria” de autoria de Paulo Silva Fernandes, vinculado à Universidade do Minho.

Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, segundo as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 4 (quatro) artigos nas LINHA I - A CIDADANIA NA DIMENSÃO INTERNACIONAL; 8 (oito) artigos na LINHA II A CIDADANIA PARTICIPATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS; e, 6

(seis) artigos na LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA. Foram incluídas, também, duas resenhas de textos do Prof. David Sanchez Rubio, vinculado à Universidade de Sevilla e professor visitante do Programa de Pós-graduação em Direito da Unesp: “CO-EDUCAR Y CO-ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PROPUESTAS”, e “DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA.”.

Vale destacar a pertinência temática dos trabalhos à Área de Concentração do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, contribuindo para o debate jurídico e aprofundamento das pesquisas realizados no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos/as que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que pesquisadores/as apreciem o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Presidente do Conselho Editorial e da Comissão Permanente de
Pesquisa da Unesp Câmpus de Franca.

SUMÁRIO

DIREITO INTERNACIONAL E SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS: A TRADIÇÃO BRASILEIRA

INTERNATIONAL LAW AND PACIFIC RESOLUTION OF CONFLICTS: THE BRAZILIAN TRADITION

Angelo Raphael Mattos.....13

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANIZATION IN REGIONAL INTEGRATION PROCESSES

Luis Felipe Osório

Mariana Martins.....35

PROPOSTA DE ACORDO DO MERCOSUL SOBRE DIREITO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO: UM CONSENSO NECESSÁRIO

THE MERCOSUR DRAFT AGREEMENT ON APPLICABLE LAW RELATING TO INTERNATIONAL CONSUMER CONTRACTS: A NECESSARY CONSENSUS

Dennis Verbicaro

Roberta Álvares53

UNIFORMIDADE NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG): CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DA LEI E APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

UNIFORMITY IN THE APPLICATION OF THE VIENNA CONVENTION ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG): CRITERIA FOR its INTERPRETATION AND APPLICATION OF PRECEDENTS

William Soares Pugliese89

**A ETIMOLOGIA DO RISCO. HERANÇA IBÉRICA AO MUNDO?
BREVE E DESPRETENSIOSA TEORIA**

***THE ETYMOLOGY OF RISK. IBERIAN HERITAGE TO THE
WORLD? BRIEF AND UNPRETENTIOUS THEORY.***

Paulo Silva Fernandes..... 119

**A EXPERIÊNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A
LEI: UM ESTUDO DE CASO**

***THE EXPERIENCE OF THE RESOCIALIZATION OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH THE LAW: A CASE STUDY***

Phablo Freire

Joemerson Rodrigues da Silva..... 127

**DA TEORIA DO DELITO PARA AS PESSOAS JURÍDICAS:
ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA CONSTRUTIVISTA DE
“AUTORRESPONSABILIDADE” DOS ENTES COLETIVOS**

***CRIME THEORY FOR LEGAL ENTITIES: AN ANALISYS FROM A
CONSTRUCTIVIST PERSPECTIVE***

Túlio Felipe Xavier Januário 161

**DEMOCRACIA E UTOPIA: PERSPECTIVAS SOBRE O
DESENVOLVIMENTO HUMANO A PARTIR DA CONCEPÇÃO
DE EDUCAÇÃO EM KARL MANNHEIM**

***DEMOCRACY AND UTOPIA: PERSPECTIVES ON
HUMAN DEVELOPMENT FROM THE CONCEPTION OF
EDUCATION IN KARL MANNHEIM***

Bráulio Marques Rodrigues 193

**FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA
E AS DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA
*SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PUBLIC
PROPERTY AND THE GUIDELINES OF URBAN POLICIES***

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa

Marcelo Sampaio Siqueira213

**INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS E
POLÍTICAS ANTICORRUPÇÃO
*PARTICIPATIVE INSTITUTIONS AND
POLICIES ANTI-CORRUPTION***

Rômulo Magalhães Fernandes

Anna Carolina de Oliveira Azevedo233

**A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS BÁSICOS
PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA CONTRIBUIÇÃO À
LUZ DA ADIN 1.923 /DF**

***NOT-FOR-PROFIT ORGANIZATIONS PROVIDING BASIC
EDUCATIONAL SERVICES: ANALYSIS THROUGH THE ADIN 1.923/DF***

Luciano Melo Moreira Lima249

**TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO: A QUESTÃO
DA ABOLITIO CRIMINIS COM A NOVA DEFINIÇÃO LEGAL
*TRAFFICKING IN PERSONS IN BRAZILIAN LAW: THE ISSUE OF
ABOLITIO CRIMINIS WITH THE NEW LEGAL DEFINITION***

Artur de Brito Gueiros Souza263

**A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE PELA DIVULGAÇÃO
NÃO CONSENTIDA DE CONTEÚDO SEGUNDO O
PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE**

***THE VIOLATION OF PRIVACY BY THE UNAUTHORIZED
DISCLOSURE OF INTIMATE CONTENT ACCORDING TO RONALD
DWORKIN'S PRINCIPLE OF INTEGRITY***

Marina Nogueira Resende Silva277

**BIG DATA E OPEN DATA VS. PRIVACIDADE:
CONSTITUIRIA A FERRAMENTA TECNOLÓGICA EM UMA
INVASÃO À PRIVACIDADE?**

***BIGDATAANDOPENDATAVS. PRIVACY: WOULDITCONSTITUTE
THE TECHNOLOGICAL TOOL IN AN INVASION TO PRIVACY?***

Maria Salles Coelho Mello Franco295

**LOUK HULSMAN E O ABOLICIONISMO PENAL:
ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA**

***LOUK HULSMAN AND PENAL ABOLITIONISM:
CRITICAL ANALYSIS OF THEORY***

Vinícius Wildner Zambiasi

Paloma Marita Cavol Klee

Hugo Siqueira de Souza.....309

**O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE
DO PRINCÍPIO DA OBRIGATÓRIA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

***THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE
EFFECTIVENESS OF PRINCIPLE OF MANDATORY GROUNDS
FOR JUDICIAL DECISIONS***

Antônio Rogério Lourencini

Yvete Flávio da Costa353

**O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E DE IMPRENSA: ANÁLISE DOS MODELOS
AMERICANO E EUROPEU APLICADOS À JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

***THE ROLE OF THE STATE IN PROMOTING FREEDOM OF
EXPRESSION AND OF THE PRESS: ANALYSIS OF AMERICAN
AND EUROPEAN MODELS APPLIED TO THE JURISPRUDENCE
OF THE FEDERAL SUPREME COURT***

José Luiz Almeida Simão

Flaviana Bissoli.....399

**TRANSGÊNICOS E VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO:
RESTRICÇÕES À PARTICIPAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA**

***TRANSGENICS AND ANALYSIS THE VIOLATION
OF RIGHT TO INFORMATION BY PARTICIPATION
RESTRICTIONS OF PUBLIC HEARING***

Fabio Carvalho Verzola.....419

**RESENHA CRÍTICA DO ARTIGO “CO-EDUCAR Y CO-
ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PROPUESTAS”,
DE DAVID SÁNCHEZ RUBIO**

***CRITICAL REVIEW OF THE ARTICLE “CO-EDUCAR Y CO-
ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PROPUESTAS”,
OF DAVID SÁNCHEZ RUBIO***

Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade.....451

**RESENHA DO TEXTO “DERECHOS HUMANOS, NO
COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA
MIRADA PARCIAL Y SITUADA”**

***REVIEW OF THE TEXT “DERECHOS HUMANOS, NO
COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA
MIRADA PARCIAL Y SITUADA”***

Jade Soares Lara459

DIREITO INTERNACIONAL E SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS: A TRADIÇÃO BRASILEIRA

INTERNATIONAL LAW AND PACIFIC RESOLUTION OF CONFLICTS: THE BRAZILIAN TRADITION

Angelo Raphael Mattos*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os meios de solução pacífica de controvérsias. 2. A arbitragem na história diplomática brasileira. 3. A questão de Palmas. 4. A questão da Guiana Francesa. 5. A questão da Guiana Inglesa. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O objetivo do artigo foi analisar a postura do Brasil como parte em processos de arbitragem de controvérsias fronteiriças com a Guiana Inglesa, com a Argentina e com a Guiana Francesa. Casos elegidos como alguns dos principais da história diplomática brasileira no que tange à solução pacífica de conflitos pela via da arbitragem. O critério usado foi o da relevância no que diz respeito à soberania territorial, bem como do recurso ao Direito Internacional como forma de solucionar contendas fronteiriças. A partir dessa análise, procuramos compreender o contexto e as causas de cada litígio, assim como visualizamos o posicionamento brasileiro em cada questão, o que evidenciou um padrão de comportamento pautado em rica documentação e na juridicidade de seus argumentos. Desse modo, apresentamos a contribuição da arbitragem no fortalecimento da postura brasileira em favor de um diálogo que privilegia a paz, como enuncia a Constituição Federal ao tratar dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem. Guiana Inglesa. Argentina. Guiana Francesa. História Diplomática Brasileira. Direito Internacional Público.

ABSTRACT: *The purpose of this article was to analyze Brazil's position as party in arbitration proceedings in border controversies with English Guiana, Argentina and French Guiana. Cases chosen as some of the leading Brazilian diplomatic history regarding the peaceful settlement of conflicts through arbitration. The criterion used was that of relevance to territorial sovereignty, as well as the use of International Law as a way of resolving border disputes. Based on this analysis, we sought to understand the context and causes of each litigation, as well as to visualize the Brazilian positioning in each question, which evidenced a pattern of behavior based on rich documentation and the juridicity of its arguments. In this way, we present the contribution of arbitration in the strengthening of the Brazilian position in favor of a dialogue that privileges peace, as stated in the Federal Constitution in dealing with the principles that govern Brazil's international relations.*

Keywords: *Arbitration. English Guyana. Argentina. French Guiana. Brazilian Diplomatic History. Public International Law.*

INTRODUÇÃO

Os conflitos sempre fizeram parte das relações internacionais, assim como as tentativas de pacificação deles. São muitos os Estados e, na mesma medida, variados os interesses, sendo natural que no decorrer

* Doutorando e Mestre em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP, PUC-SP). Bolsista CAPES. O artigo é parte de minha iniciação científica pela FAPESP (2012).

do tempo haja controvérsias. Nesse contexto, o Direito Internacional tem oferecido a sua importante contribuição no que tange à resolução pacífica de controvérsias entre Estados, tendo em vista a real necessidade de alguma ordem e segurança jurídica que possam azeitar essas relações em um sistema vestifaliano¹ eminentemente anárquico.

Diferentemente do direito interno, em que há uma hierarquia manifestada pela soberania materializada na Constituição Federal, no plano externo não há um poder único superior que faça valer sua vontade frente a todos os outros Estados, e, dessa forma, evitar os conflitos, ou ordenar que eles cessem, no caso de ocorrerem. Existe apenas um consenso evidente de que é preciso criar meios para mitigar ou dirimir esses atritos, a fim de que as relações internacionais possam acontecer de forma plena, evitando, ao máximo, retrocessos.

Com efeito, no cenário internacional, é clara a percepção de que a ordem sempre deve ser buscada por todos os Estados como condição fundamental do desenvolvimento das nações. Nesse sentido, os meios de solução pacífica de conflitos são uma alternativa relevante para que o estado de paz não seja alterado. Nesse caminho, o Brasil figura como Estado que prima pelas soluções pacíficas, tendo, historicamente, feito uso desses meios para resolver controvérsias da forma mais amistosa possível. E a arbitragem, objeto deste trabalho, foi muito utilizada por ele.

Os casos de arbitragem, no Direito Internacional Público, à época do patrono da diplomacia brasileira, José Maria da Silva Paranhos Júnior - o Barão do Rio Branco -, são emblemáticos nesse sentido. Boa parte das questões fronteiriças foi resolvida por esse meio, como no caso de Palmas com a Argentina, do Amapá com a França, e do Brasil com a Guiana Inglesa. E foram esses três casos que elegemos como alguns dos principais na história diplomática brasileira, no que diz respeito à arbitragem, e que analisamos ao longo deste trabalho. O critério utilizado foi, especialmente, o que levou em conta as consequências para o Brasil de hoje, em termos de soberania, e as especificidades do caso em si, que nos forneceram elementos político-jurídicos em maior quantidade, a fim de que pudéssemos visualizar, com mais clareza, como se construiu a tradicional postura brasileira que prima pela paz nas suas relações internacionais.

¹ Sistema vestifaliano é uma referência à paz de Westfália de 1648, que criou, por meio dos tratados que encerraram a Guerra dos Trinta Anos, o sistema internacional como se conhece hoje, pautado pela soberania dos Estados.

Nesse sentido, foram criadas várias alternativas para solucionar os conflitos e retomar a ordem pacífica das relações, visando fomentar as condições de desenvolvimento das nações, e, conseqüentemente, de seus povos. Tais mecanismos de solução pacífica de controvérsias foram e são tentados para que os Estados solucionem situações conflituosas e não precisem recorrer à guerra, recurso extremo tolerado em casos muito específicos, como em situação de legítima defesa, de acordo com o que prescreve o art. 51 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1945:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

O art. 1º, §1º da Carta, também traz em seus termos o escopo da Organização de manter a paz e a segurança internacionais por meio da cooperação e da solução pacífica de controvérsias:

Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias. (BRASIL, 2017).

Da mesma forma, a ONU enfatiza a necessidade de se recorrer aos meios pacíficos em detrimento de outras formas que ameacem a paz. O artigo 2º, §4º traz que “[...] todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” Inclusive, o documento não faz uso da palavra *guerra*. Ao invés disso, utiliza os termos *ameaça* e *uso da força*, numa possível intenção de não definir exatamente o que seria a guerra, porquanto as soluções pacíficas devem ser, em

princípio, uma primeira e última solução para os litígios internacionais de qualquer natureza.

O art. 33 da referida Carta é mais um que vai ao encontro dessa ênfase das Nações Unidas em favor da resolução pacífica dos conflitos ao declarar que

1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias. (BRASIL, 2017).

Outros documentos anteriores também traziam consigo a intenção de resolver conflitos por mecanismos pacíficos, como é o caso do art. 1º da Convenção para a Resolução dos Conflitos Internacionais, assinada na Haia, em 1907, lembrado pelos autores Dinh, Daillier e Pellet: “Tendo em vista prevenir tanto quanto possível o recurso à força nas relações entre os Estados, as potências contratantes concordam em envidar todos os esforços para assegurar a resolução pacífica dos conflitos internacionais.” (Dinh, Daillier, Pellet, 2003, p. 837).

Todavia, como asseveram Dinh, Daillier e Pellet (2003, p. 837) “[...] não exige aos Estados nem a abstenção do recurso à força nas suas relações mútuas, nem a resolução pacífica dos seus conflitos: reflexo fiel do voluntarismo clássico, limita-se desejá-las.” Ainda segundo os autores, a interdição do emprego da força nas relações internacionais é elevada ao nível de uma norma imperativa de valor absoluto, ou seja, norma de direito cogente ou *jus cogens*². Paralelamente, a obrigação de resolução dos conflitos, por meios pacíficos que é o seu corolário, adquire o mesmo caráter imperativo.

Com efeito, a sociedade internacional, no estado atual de desenvolvimento em que se encontra, não pode garantir que as partes alcancem uma solução efetiva por meio da via pacífica. No entanto, pressões morais e até mesmo de cunho legal têm feito essa vez, no sentido

² Jus Cogens ou norma de direito cogente - ou ainda normas imperativas - são aquelas aceitas internacionalmente como inderrogáveis, ao não ser por outra norma de mesma hierarquia. O que significa que todas as normas de direito internacional devem estar em conformidade com norma jus cogens. .

de indicar um caminho com base nos princípios da boa-fé e no decorrente *pacta sunt servanda*³.

1 MEIOS DE SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS

São vários os meios pelos quais as partes podem resolver o litígio de maneira pacífica, e de livre escolha delas, ainda que a Carta da ONU, no já referido art. 33, elenque alguns meios de forma não restritiva. Munidos dessa liberdade, os Estados utilizam tanto processos políticos quanto jurídicos, e, mais comumente, político-jurídicos. Entre os meios jurídicos, eles concedem prioridade à resolução não jurisdicional, cujos resultados têm um alcance pouco constrangente, como nos ensinam Daillier, Dinh e Pellet (2003), de preferência a processos arbitrais e jurisdicionais. Tal postura deriva do anseio de preservar a sua soberania e de evitar um mal-estar geral na sociedade internacional, como descrevem os autores franceses nas seguintes palavras:

Os conflitos interestatais não são comparáveis, com efeito, aos litígios entre sujeitos de direito interno. Face à perturbação causada na sociedade internacional por um litígio mesmo que localizado, os Estados consideram que é necessário e mesmo suficiente criar um clima de apaziguamento, pela aceitação de uma resolução ainda que negociada pela via diplomática; procurar impor uma solução obrigatória e conforme ao direito conduz inevitavelmente a retardar a solução do litígio. Também durante muito tempo a sociedade internacional permanecerá formada por Estados soberanos simplesmente justapostos, e a fórmula desenganada ‘é a paz que serve à justiça e não a justiça que serve à paz’ traduzirá um facto de experiência lamentável mas incontornável. (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 839).

É evidente que em face da soberania dos Estados na escolha entre as várias possibilidades de solução pacífica, eles optem por um ou mais meios em um mesmo litígio, de modo sucessório ou em paralelo. Algumas doutrinas costumam hierarquizar para tornar mais didático o estudo do assunto ou ainda elencando-os de maneira a evidenciar maior efetividade para um ou outro meio. Juridicamente, contudo, não existe hierarquia entre as possibilidades de resolução pacífica, costuma-se apenas iniciar o processo

³ O princípio *pacta sunt servanda* significa que todos os acordos devem ser cumpridos.

por meio do Inquérito, que tem como objetivo averiguar a materialidade dos fatos, tornar claros os acontecimentos, como leciona Rezek (2014).

Outra distinção entre os meios é mais fundamentada, uma vez que tem como objeto de distinção a obrigatoriedade da decisão. Nesse sentido, pode-se afirmar que existem dois grandes tipos ou categorias de meios de resolução pacífica dos conflitos, que são: a resolução não jurisdicional - pela via diplomática ou política - e a resolução jurisdicional - que traz consigo a obrigatoriedade.

Antes de discorrer acerca dos vários meios de solução de controvérsias e de, posteriormente, tratar de modo mais específico da arbitragem, é válido conceituar conflito como “[...] todo desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados” (REZEK, 2014, p. 387).

Posto isso, os meios não jurisdicionais são os diplomáticos e os políticos. Esses são frutos diretos do nascimento das relações internacionais, uma vez que a resolução não jurisdicional dos conflitos está, obviamente, inserida em um quadro interestatal (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003).

Os meios diplomáticos são: a Negociação, os Bons Ofícios, a Mediação, o Sistema de Consultas e a Conciliação. Sendo o Inquérito não uma espécie ou meio de solução em si, mas um mecanismo anterior que é complementar dos processos de negociação ou da resolução jurisdicional ou arbitral.

A negociação, como lecionam Daillier, Dinh e Pellet (2003), constitui a mais antiga das técnicas. Em regra, ela não reúne senão os Estados diretamente em litígio. Os terceiros podem, contudo, intervir objetivando facilitar o resultado: uma tal interferência na medida em que não diminua juridicamente a liberdade de decisão das partes, não alterando a natureza dessa modalidade de resolução. Diferentemente seria no caso da intervenção de um órgão pré-constituído, e tendo a aquiescência das partes em litígio - autorizam este a modificar os dados da negociação diplomática, diminuindo assim a liberdade das partes. E a *fortiori* quando esse órgão possui a prerrogativa, ou seja, estará habilitado a substituir as partes na procura de uma solução.

A negociação é, portanto, um meio consuetudinário que tem adquirido, no decorrer de alguns séculos, a sua positivação. Segundo Accioly (2002), as negociações variam de acordo com a gravidade do problema. Nos casos de menor importância, basta, na maioria das vezes, um entendimento verbal entre a missão diplomática e o Ministério das

Relações Exteriores local. Já nos casos mais graves, o êxito da solução poderá ser alcançado mediante entendimentos entre altos funcionários dos dois governos, os quais podem ser os próprios ministros das relações exteriores. Em boa parte dos casos, a solução da controvérsia constará de uma troca de notas, meio de comunicação comum na diplomacia. O resultado das negociações poderá ser a renúncia de um dos governos ao direito que pretendia ou o reconhecimento por ele das pretensões da parte oposta no litígio, o que configuraria a chamada desistência, e no outro a aquiescência. Existe, ainda, a possibilidade de ocorrer a transação, no caso de concessões mútuas (ACCIOLY, 2002).

Já os bons ofícios são a tentativa de um ou mais Estados de colocar as partes litigantes em contato, para que a negociação se inicie. Eles podem ser oferecidos por esse(s) terceiro(s) ou pedidos por uma das partes. Os Estados que aceitam ou oferecem essa solicitação de pôr as partes para dialogarem em favor de uma resolução não podem tomar posição alguma, nem durante a aproximação, nem nas negociações ou nos termos da resolução. “O oferecimento de bons ofícios não constitui ato inamistoso, tampouco a sua recusa.” (ACCIOLY, 2002, p. 441).

Entre os casos mais conhecidos de bons ofícios, em que o Brasil figurou, estão: os do governo de Portugal, em 1864, para o restabelecimento das relações diplomáticas entre o Brasil e a Grã-Bretanha no contexto da Questão Christie; em 1895, para a solução da questão da ilha da Trindade, também entre o Brasil e a Grã-Bretanha; os do Presidente Theodore Roosevelt, dos Estados Unidos da América (EUA), em 1905, para a conclusão da guerra entre o Japão e a Rússia; os do Brasil, em 1909, para a reconciliação do Chile com os EUA, a propósito da reclamação da firma Alsop & Cia.; e em 1934, entre o Peru e a Colômbia, no caso do território de Letícia (ACCIOLY, 2002).

A mediação, por sua vez, consiste na presença de um ou mais Estados entre as partes litigantes, com o intuito de adentrar de forma mais incisiva a questão, a fim de alcançar uma solução pacífica. Na prática, como leciona Accioly (2002), nem sempre é possível distingui-la de forma clara dos bons ofícios. “Pode-se dizer, contudo, em princípio, que a mediação se distingue dos bons ofícios em que, ao contrário do que sucede com estes, constitui uma espécie de participação direta nas negociações entre os litigantes.” (ACCIOLY, 2002, p. 442). Do mesmo modo que os bons ofícios, a mediação pode tanto ser solicitada por uma das partes como oferecida pelo(s) terceiro(s) Estado(s).

A história diplomática registra, dentre tantos casos, exemplos como o da Inglaterra, entre Brasil e Portugal, para o reconhecimento da independência política brasileira, consagrada no Tratado de Paz e Amizade de 1825; o da Inglaterra, na questão que envolveu o Brasil e a Argentina, durante a Guerra da Cisplatina (ACCIOLY, 2002).

Já o sistema consultivo é o método de solução pacífica de controvérsias que consiste no entendimento programado, combinado previamente entre as partes. Previsão essa resultante ou de tratado específico ou como artigo convencionado dentro de um assunto outro. Há ainda, nos meios diplomáticos, a conciliação, que consiste em uma comissão de conciliação, um órgão pré-constituído que examinará o caso elaborando um parecer que seja de justa solução. Essa comissão, geralmente, é formada por membros dos Estados litigantes e membros indicados por eles, de outros Estados, em número ímpar.

Existem também os meios políticos de resolução pacífica de conflitos, que são aqueles que se encontram no âmbito das Organizações Internacionais, como no caso da ONU e da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esses organismos já possuem órgãos específicos para situações conflituosas. Ademais, é possível discutir qualquer tipo de situação embaraçosa ou mesmo já em litígio no âmbito de suas conferências.

É no mecanismo de resolução pacífica pela via jurisdicional, por sua vez, que se encontra o objeto principal deste trabalho, a Arbitragem. Juntamente com o meio arbitral, dentro da via jurisdicional, estão os Tribunais e Cortes Internacionais, como a CIJ, no âmbito da ONU.

A arbitragem pode ser definida

[...] como o meio de solução pacífica de controvérsias entre Estados por uma ou mais pessoas livremente escolhidas pelas partes, geralmente através de um compromisso arbitral que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam, de antemão, a decisão a ser adotada. (ACCIOLY, 2002, p. 454).

A obrigatoriedade, ao contrário dos meios citados anteriormente, é marca fundamental da decisão advinda da arbitragem. Aos Estados em litígio é dever cumprir o que ficou decidido pela pronuncia do terceiro Estado ou órgão constituído para a arbitragem em questão. Nesse tipo de resolução, como lecionam Daillier, Diniz e Pellet (2003), estão reunidos os elementos fundamentais da função jurisdicional, que são uma decisão fundada sobre considerações jurídicas, obrigatória para as partes,

pronunciada por um órgão independente das partes no litígio, num processo contraditório, ou seja, em que as partes litigantes podem contrapor seus argumentos, e garantindo o direito de defesa e igualdade entre elas.

2 A ARBITRAGEM NA HISTÓRIA DIPLOMÁTICA BRASILEIRA

A arbitragem no sentido estrito, como afirmam Daillier, Diniz e Pellet (2003), é uma criação posterior à guerra de Secessão (1861-1865), por ocasião do caso Alabama, julgado em 1872. Como relatam os autores, o governo dos EUA acusou o Reino Unido de ter faltado aos seus deveres de neutralidade ao permitir aos navios dos rebeldes sulistas que se equipassem e se abastecessem na Grã-Bretanha. O litígio foi submetido à arbitragem pelo tratado de Washington de 1871. Nesse sentido, tal tratado foi profundamente inovador sob vários pontos essenciais. Pela primeira vez, o órgão arbitral não tinha um caráter puramente misto. Ele era composto por cinco árbitros dos quais três de nacionalidade diferente da das partes. Da mesma forma, pela primeira vez, o tratado de arbitragem objetivava o direito aplicável às regras de neutralidade que o governo britânico contestava que vigorassem na época em que os fatos ocorreram, o que havia atrasado a conclusão do tratado. Tal solução implicava que a decisão seria fundada sobre o direito internacional e não sobre considerações de oportunidade ou de equidade.

Em 1899, no bojo da primeira Conferência de Paz da Haia⁴, foi criada uma Corte Permanente de Arbitragem. Ela é, na verdade, uma lista permanente de pessoas qualificadas para atuarem como árbitros. É prerrogativa de cada Estado indicar até quatro possíveis árbitros no mês para constituir o órgão em questão.

A arbitragem de direito público, por sua vez, distingue-se da de direito privado nos seguintes aspectos: é mais formal, e a sentença

⁴ As conferências sobre solução pacífica de controvérsias de Haia (1899 e 1907) inserem-se no contexto do Direito Humanitário Internacional, que trata da proteção do indivíduo ou de populações em contexto de guerra interestatal ou conflito armado como uma guerra civil. Tais conferências definiram os parâmetros do chamado direito à guerra ou Jus in bello, posteriormente derogado por normas internacionais como a própria Carta das Nações Unidas de 1945, que trata a guerra, hoje, como um ilícito internacional, salvo casos específicos já mencionados neste trabalho. Com as Convenções de Genebra (1949) e seus protocolos adicionais, o direito à guerra, já derogado pela Carta de São Francisco, passou a ser considerado como o direito na guerra ou Jus ad Bellum, dando ainda mais corpo ao chamado Direito Internacional Humanitário.

é publicada. A doutrina costuma classificar a arbitragem em dois tipos: voluntária - também chamada de facultativa ou *a posteriori* -, que é superveniente ao fato ou causa geradora do litígio; e obrigatória - permanente ou *a priori* -, que é aquela prevista em acordo anterior ao fato. Os documentos que dão corpo ao processo arbitral são o Compromisso Arbitral e a Sentença ou Laudo Arbitral. O Compromisso Arbitral, nas palavras dos professores franceses é

O acordo das partes sobre o recurso à arbitragem, por ocasião de um dado litígio, exprime-se pela via do tratado e as convenções tendo este objetivo são denominadas 'compromisso de arbitragem'. Aplicam-se então ao compromisso de arbitragem os princípios do direito dos tratados. A validade do consentimento e, conseqüentemente, da obrigação de arbitragem em si própria dependem da validade e da aplicabilidade do compromisso. (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 887).

No Compromisso Arbitral, as partes designam livremente o árbitro, indicando seus poderes, e, ainda nesse documento, descrevem como será todo o processo e também assumem o compromisso de cumprir a futura decisão arbitral. Essa representa a instância final, a decisão que deverá ser acatada pelas partes em litígio. No caso de um órgão colegiado, a decisão é válida pelo consenso da maioria. Como ela é dotada do caráter de coisa julgada em definitivo, a ela não cabe recurso, no máximo um pedido de revisão interpretativa. O esforço para fazer valer sua obrigatoriedade está previsto no art.79 da Convenção da Haia de 1907.

Os autores ainda chamam a atenção para o aspecto de que assim como no direito comum, os efeitos da coisa julgada não se impõem senão às partes sob a instância arbitral. A sentença tem uma autoridade relativa, não absoluta, ou seja, não possui um efeito *erga omnes*, isto é, a decisão obriga apenas as partes.

Dessa forma, a arbitragem é recurso compreendido pela aquiescência dos Estados em submeterem o litígio a um terceiro ou terceiros que chegaram a um laudo arbitral de caráter obrigatório; obrigatoriedade essa que se assenta, sobretudo, na boa-fé dos Estados Parte.

Segundo Accioly (2002), o Brasil, por diversas vezes, já recorreu à arbitragem. O mestre cita os seguintes casos: questão entre o Brasil e os EUA, referente ao naufrágio da galera americana Canadá, nos recifes das Garças, na costa do Rio Grande do Norte; controvérsias entre o Brasil e a Grã-Bretanha, sobre a prisão, no Rio de Janeiro, de oficiais da fragata

inglesa Forte; reclamação da Suécia e da Noruega, referente à barca norueguesa *Queen*, no porto de Assunção; reclamação representada pela Grã-Bretanha, em nome de *Lord Cochrane*, para o pagamento de serviços prestados por ele, à causa da independência do Brasil; questão de limites entre o Brasil e a Argentina, sobre Palmas; questão de limites, entre o Brasil e a França, concernente ao território do Amapá – fronteira entre o Brasil e a Guiana Francesa -; questão de limites entre o Brasil e a Grã-Bretanha – fronteira entre Brasil e Guiana Inglesa -; reclamações brasileiro-bolivianas, proveniente da questão do Acre; reclamações brasileiro-peruanas, resultantes de fatos acontecidos no Alto Juruá e no Alto Purus.

3 A QUESTÃO DE PALMAS

Os antecedentes históricos da questão de Palmas remetem aos efeitos do tratados de Tordesilhas de 1494 e de Santo Ildefonso de 1777, que objetivaram a delimitação das fronteiras do que, posteriormente, seria o Brasil. Esses efeitos prolongaram-se desde a Colônia até o Império, como nos ensina Lobo (1952). Contudo, ao longo de mais de setenta anos, entre 1810 e 1881, a Argentina não tinha contestado, de forma alguma, o limite do Pepiri-guaçu e Santo Antônio, rios estabelecidos por tratados do século XVIII como demarcadores da fronteira entre a província de *Misiones*, na Argentina, e a região de Palmas, no lado brasileiro, hoje parte dos estados do Paraná e de Santa Catarina. “Todos os mapas reconheciam como limites da Argentina os rios Pepiri-guaçu e Santo Antônio, não o Chapecó (Pequiri-guazu) e o Jangada (Santo Antônio-guazu).” (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 236). A área de Palmas, segundo afirma Jorge (1999), media cerca de 30.621 km².

Ainda no Império, a questão se mantinha sem solução. O Visconde do Rio Branco negociou e assinou, em 1857, o primeiro tratado específico sobre a matéria, que continha um Memorando que foi, posteriormente, adotado, revisado e ampliado pelo seu filho, o Barão do Rio Branco, chefe da Missão que pôs fim ao litígio. Esse tratado foi aprovado pela Câmara dos Deputados da Argentina, como afirmam Ricardo e Seitenfus (1995), mas não teve efeito algum já que não houvera a troca de ratificações.

Foi em 1881 que a pretensão argentina ficou, de fato, evidente. O governo imperial brasileiro, por meio de um decreto, mandou criar, em 1859, duas colônias militares na província do Paraná, junto aos rios Chapecó e Chopim. A intenção do governo brasileiro era manter protegida

a principal via de comunicação entre São Paulo e Rio Grande do Sul, como afirma Lobo (1952). Segundo o autor, em 1881, o Ministério da Guerra tomou frente na efetivação dessas colônias. Ao ter conhecimento disso, e enxergando nessas colônias uma ameaça, o representante argentino comunicou, verbalmente, o ministro dos negócios estrangeiros do Brasil, o que revelou a real preocupação argentina que colocava em dúvida a exata posição dos rios Pepiri-guaçu e do Santo Antônio como fronteira natural entre os dois países. “Pela primeira vez, a Argentina considerava litigioso o território a leste desses dois rios e assinalava como limite oriental o Chapecó e o Chopim, depois o Jangada.” (LOBO, 1952, p. 78).

Em 1882, as tais colônias militares brasileiras foram estabelecidas, como havia sido planejado. Nessa época, o Brasil já tinha sob sua jurisdição todo o território a leste do Pepiri-guaçu e do Santo Antônio, o que era facilmente comprovado pela vila e pela paróquia de Palmas, assim como por outros núcleos de população e pelas fazendas da região, como esclarece Lobo (1952).

Em 1840 havia no Campo de Palmas 37 fazendas, que em 1856 já possuíam cerca de 36.000 cabeças de gado. Em 1890, data do último recenseamento, a parte contestada da comarca de Palmas tinha 5.793 habitantes, dos quais 5.763 brasileiros e 30 estrangeiros, dos quais apenas um argentino. (LOBO, 1952, p. 79).

Os estudos do Visconde do Rio Branco e de seu filho, o Barão do Rio Branco, representaram os primeiros documentos que traziam os rios da região de maneira mais clara, no sentido de favorecer a demarcação fronteiriça. Do mesmo modo que esses estudos, os mapas publicados nos EUA e na Europa davam como limites os rios Pepiri-guaçu e Santo Antônio, segundo escreve Lobo (1952). O autor afirma ainda que

Na memória brasileira figuram os nomes de todos êsses atlas e mapas, com suas edições. Só em 1889 se viu o govêrno argentino na contingência de declarar que não tinha mapas oficiais, acrescentando que, se alguns invocavam esse caráter, não eram reconhecidos em matérias internacionais. Isso se explicava por ter o Brasil, ainda em 1884, citado vários mapas como prova de que a Argentina, em publicações oficiais, reconhecia até 1881 como fronteira, a ocupada e defendida por nós. (LOBO, 1952, p. 81).

Montada uma comissão mista para estudar a região, o ministro argentino, antes que a comissão terminasse os trabalhos, propôs, de

maneira confidencial, ao ministro das relações exteriores do Brasil, um projeto de acordo baseado na divisão do território, que foi recusado pelo governo brasileiro. O Brasil, então, sugeriu submeter a questão à arbitragem. “Voltava-se, portanto, ao arbitramento, a uma decisão neutra numa questão de suma importância para o Brasil.” (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 237).

Desse modo, o tratado que submeteu a questão à arbitragem foi assinado em 7 de setembro de 1889, na cidade de Buenos Aires. Contudo, o caso não seria, de imediato, levado à arbitragem. Brasil e Argentina assinaram, em 1890, em Montevidéu, um tratado em que as partes concordavam com a divisão do território de Palmas, como bem lembra Lobo (1952). O autor nos mostra, também, a repercussão desse tratado nos dois países:

Na República Argentina esta solução foi festejada com grande entusiasmo. No Brasil, porém, ela produziu o mais profundo sentimento de dor e levantou unânimes e veementes protestos. A questão do território de Palmas, na frase de um ilustre escritor, passou assim pela grande prova do juízo de Salomão. (LOBO, 1952, p. 83).

A comissão brasileira sugeriu, então, ao governo brasileiro, a rejeição do tratado de Montevidéu e a adoção do arbitramento anteriormente cogitado, como forma de resolver a questão. O parecer da comissão, segundo Lobo (1952), foi aprovado pelo governo do Brasil. Nesse sentido, Brasil e Argentina submeteram ao arbitramento do presidente dos EUA, Benjamin Harrison, a controvérsia acerca do território de Palmas.

O advogado escolhido para a defesa brasileira foi Aguiar de Andrada. Entretanto, ele faleceu em Paris, quando se preparava para ir aos EUA. O escolhido para substituir Andrada na defesa do Brasil foi o Barão do Rio Branco, como citado anteriormente. A constituição dos personagens que fariam parte do caso, isto é, advogados e árbitro, mudaram completamente. Não apenas o Barão do Rio Branco defenderia a causa no lugar do falecido Aguiar de Andrada, como também Nicolas Calvo, incumbido da defesa da Argentina, viria a ser substituído por Estanislao S. Zeballos, pelo mesmo motivo de falecimento. O presidente dos EUA também mudaria, e a decisão do caso passaria para as mãos de Grover Cleveland, sucessor de Harrison.

Quanto ao estabelecimento da fronteira, assim como no caso da Guiana Inglesa, os rios tiveram papel fundamental na demarcação neste caso de Palmas. Segundo Jorge (1999),

O litígio brasileiro-argentino originara-se [...] da transposição de nomes de dois cursos de água limítrofes. A fronteira entre o Brasil e a República Argentina é constituída por três seções perfeitamente distintas: a do rio Iguaçu, a do rio Uruguai e a que liga essas duas, formando o limite do território intermediário. Os governos brasileiro e argentino sempre estiveram de acordo quanto às duas seções dos rios Iguaçu e Uruguai; mas discordavam no tocante à terceira, isto é, à determinação dos rios que, afluindo para aqueles em direções divergentes, deviam formar a fronteira internacional do território intermediário. O Brasil sustentava que a linha divisória devia ser formada pelo rio Pepiriguaçu e pelo seu contravertente Santo Antônio, demarcados desde 1759; a República Argentina reclamava como limites, desde 1881, dois rios mais orientais: até 1888 eram o Chapecó (a que dera o nome de Pequirí-Guazú) e o Chopim (a que chamou de San Antonio-Guazú), havendo transferido, depois, sua pretensão do Chopim para o rio Jangada. (JORGE, 1999, p. 31).

A causa era, desde o início, bastante favorável ao Brasil, uma vez que Palmas estava não apenas povoada majoritariamente por brasileiros, mas também porque se a Argentina ganhasse, avançaria bem no meio da região sul, posicionando-se entre os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul.

Na questão de Palmas, os argumentos jurídicos, que demonstravam a posse anterior da região por parte dos portugueses, sobretudo no que concerne à ocupação efetiva e natural da região por brasileiros - *uti possidetis* - e os estudos históricos e geográficos foram muito bem construídos pelo Brasil. O que mais favoreceria o Estado brasileiro, entretanto, como já previa o Barão do Rio Branco, seria a enorme entrada da Argentina em território brasileiro, o que, praticamente, isolaria o Rio Grande do Sul do resto do Brasil. Ainda assim, o hoje patrono da diplomacia brasileira empenhou-se sobremaneira no caso, escrevendo longas Memórias que reuniam estudos diversificados, inclusive suas pesquisas pessoais, algumas feitas antes mesmo de ele ter sido nomeado chefe da Missão. O laudo

de 1895, do presidente norte-americano Grover Cleveland, reconheceu, portanto, ganho de causa ao Brasil.

4 A QUESTÃO DA GUIANA FRANCESA

O sucesso brasileiro na causa com a Argentina levou o Brasil a considerar a possibilidade de resolver outro litígio territorial, desta vez com a Guiana Francesa, que, durante vários anos, desafiou a diplomacia da França, de Portugal, e do Brasil, ao ter como resultado apenas a frustração das várias tentativas de negociação, como esclarece Jorge (1999).

Oficialmente, de acordo com boa parte dos autores da área,

O litígio nascera depois da conclusão do Tratado de Utrecht, em 1723, quando Claude d'Orvilliers, Governador da Guiana Francesa, reconhecendo embora que o Oiapoque atual era a fronteira adotada em Utrecht, reivindicou para a França o território inteiro da embocadura deste curso d'água, em razão do Tratado de Utrecht ter atribuído a Portugal somente as terras do Cabo Norte, e não aquelas do Cabo Orange. Esta argumentação não se podia conciliar com o art. 8º do Tratado de Utrecht. (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 244-245).

Contudo, é possível afirmar que foram inúmeras as tentativas de entendimento até chegar à arbitragem, e que este conflito de soberania teve sua mais longínqua origem em 1605, quando Henrique IV, rei da França, nomeou La Ravardière como representante dos interesses franceses desde o rio Amazonas até a ilha de Trindade, como afirma Jorge (1999). O autor também ressalta que o litígio só ficou de fato caracterizado quando os franceses começaram a ocupar o território das Guianas.

Depois de os ingleses terem expulsado os holandeses, os franceses conseguiram retornar à região e passaram a traficar índios. Foi, então, que surgiram os primeiros conflitos de jurisdição, já que ao aproximar-se do Amazonas, a França hostilizava Portugal. Com o passar do tempo, o desentendimento entre as duas potências tomou contornos mais acentuados, de aspecto militar. Desse modo, “[...] resolveram os governos de Portugal e da França entrar em entendimento com o objetivo de definir as raias de suas longínquas colônias americanas.” (JORGE, 1999, p. 56).

Uma tentativa de solução da questão veio quando, em 1713, Portugal e França firmaram o tratado de Utrecht. As negociações em torno desse tratado foram acompanhadas de calorosos debates, mas a França acabou renunciando à navegação do Amazonas em favor de Portugal,

assim como abriu mão do direito às terras compreendidas entre esse rio e o Oiapoque ou Vicente Pinzón, como afirma Jorge (1999).

O tratado de Utrecht foi um passo importante na direção do fim da controvérsia. Seu art. 8º, entretanto, geraria uma polêmica que se arrastaria por quase duzentos anos. Tal dispositivo, segundo Jorge (1999), trazia em seus termos o rio Amazonas e o Japoc ou Vicente Pinzón como referências para traçar a linha fronteira. No entanto, depois de anos, não havia ficado claro que rio era o Japoc ou Vicente Pinzón.

O Brasil pretendia [...] que o Japoc ou Vicente Pinzón era o Oiapoque, que desagua no Oceano, a oeste do Cabo Orange, e que pelo seu talvegue deveria ser traçada a linha de limites.

A França pretendia que o rio Japoc ou Vicente Pinzón fosse o rio Araguari (Arauari), que desagua no Oceano, ao sul do Cabo Norte. Desse modo, a primeira questão tinha por objeto exclusivo interpretar os termos “Japoc ou Vicente Pinzón” do art. 8º do Tratado de Utrecht, assinado em 11 de abril de 1713. Para tal fim, segundo o próprio árbitro, era necessário pesquisar, preliminarmente, se as peças contemporâneas da conclusão do Tratado estabeleciam de maneira precisa que sentido as partes contratantes conviram atribuir, e efetivamente atribuíram, à denominação Japoc ou Vicente Pinzón, de que se servia o ato diplomático. Para isso, foi mister estudar toda a história do território contestado, desde o Amazonas até o Oiapoque atual, a oeste do Cabo Orange. (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 242).

Desse modo, a questão envolvia dois principais problemas a serem solucionados, como nos explicam Rodrigues e Seitenfus (1995). O primeiro era determinar a fronteira exterior ou marítima, uma vez que a região de limítrofe entre Brasil e Guiana francesa possuía uma baía. Esse primeiro problema deveria ser resolvido com base numa interpretação mais precisa do art. 8º do tratado de Utrecht. Já o segundo problema dizia respeito à fronteira interior, “[...] tendo o árbitro a missão de determinar.” (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 241-242).

A defesa do Brasil foi confiada, novamente, ao Barão do Rio Branco, nomeado em 22 de novembro de 1898 “[...] como enviado extraordinário e ministro plenipotenciário em missão especial junto ao governo suíço.” (JORGE, 1999, p. 76).

Já bastante envolvido com o caso, Rio Branco chamava a atenção do governo brasileiro para dois pontos, que, segundo ele, eram fundamentais

na redação do compromisso arbitral, que eram a determinação, com a máxima clareza e precisão, dos limites do território em litígio, porquanto a França tinha intenções de expandi-lo, o que era uma pretensão infundada, como bem lembra Jorge (1999). E o outro ponto ressaltado pelo diplomata, de acordo com o autor, dizia respeito aos poderes do árbitro. Era preciso atenção no tocante ao que seria delegado ao árbitro para decidir, haja vista que estavam em jogo tanto a fronteira terrestre quanto a marítima.

Rio Branco entregaria ao árbitro a primeira Memória em 5 de abril de 1899 e a réplica, segundo Jorge (1999), oito meses mais tarde, em 6 de dezembro do mesmo ano.

O objetivo primeiro das partes, no processo de arbitragem, era procurar esclarecer o rio de que dispunha o art. 8º do tratado de Utrecht. Para tanto, a França argumentou que o rio Japoc ou Vicente Pinzón era o rio Araguari que desagua no oceano, na parte sul do Cabo Norte. De modo a sustentar sua tese, a defesa francesa teria se baseado, também, nas obras dos brasileiros Joaquim Caetano e Rio Branco para provar que era o rio Araguari o referido nos termos do tratado. Nesse sentido, é possível afirmar que a argumentação francesa baseou-se, predominantemente, em documentos históricos e geográficos, no sentido de reafirmar sua posição quanto à identidade do rio.

Quanto à defesa do Brasil, Rio Branco, na sua primeira Memória, depois de deixar claro quais eram as questões a serem submetidas ao árbitro e de estudar a geografia da área em litígio e de rever documentos que tratavam da ocupação portuguesa e das primeiras incursões francesas, escreveu sobre todo o longo processo de negociação que culminou na arbitragem, como lembram Rodrigues e Seitenfus (1995). Os autores também escrevem acerca da segunda Memória que deu corpo à argumentação brasileira. Segundo eles, ela era uma resposta à Memória francesa ao examinar toda a cartografia do território e o tratado de 1713. Nesse sentido, podemos sintetizar o texto da segunda Memória do Brasil em dois principais pontos:

- a) Como fronteira marítima, o rio Japoc ou Vicente Pinzón, designado no art. 8º do Tratado de Utrecht, é incontestavelmente o Oiapoque;
- b) Como “fronteira interior”, a linha do paralelo de 2º 24’, desde o Oiapoque até a fronteira holandesa, limite aceito pelo Governo francês, em 1817, e que deve ser mantido. (RODRIGUES; SEITENFUS, 1995, p. 243).

Com efeito, na questão da Guiana Francesa, ficou bastante evidente que uma imprecisão em um tratado, resultado de uma hermenêutica contraditória com relação a qual rio se referia o texto, em um momento já conturbado - o do colonialismo das potências europeias -, pode arrastar uma controvérsia por décadas. A dúvida quanto à definição dos rios de fronteira mencionados nos tratados de Utrecht (1713 e 1715) resultou em um desgaste que só teria seu desfecho com a arbitragem do Conselho Federal Suíço. E, nesse caso, a parte brasileira reuniu, o quanto possível, argumentos que demonstraram qual era o rio em questão, a fim de que o direito de soberania sobre a área contestada fosse reconhecido como sendo brasileiro, o que, de fato, ocorreu em 1900, com laudo proferido favoravelmente ao Brasil.

5 A QUESTÃO DA GUIANA INGLESA

A questão territorial com a Guiana Inglesa, que remonta, oficialmente, a 1829, teria sido iniciada em decorrência dos relatórios feitos pelo explorador saxão, posteriormente naturalizado inglês, Roberto Hermann Schomburgk, que os teria enviado para a Inglaterra, sugerindo um traçado fronteiriço que ficou conhecido como *Schomburgk line*. A linha adentrava territórios venezuelanos e brasileiros, e logo passou a ser apresentada pela Inglaterra como sendo o limite oficial de sua colônia sul-americana, como afirma Menck (2009). O caso só teve seu desfecho em 1904, com o laudo do árbitro do rei da Itália Vitério Emanuel Ferdinando Maria Genaro di Savoia, ou simplesmente, Vitério Emanuel III. Segundo Menck (2009), o rei italiano poderia ter traído seu compromisso na elaboração de seu laudo arbitral, porque teria considerado elementos outros, estranhos aos que estavam sendo discutidos na questão, o que teria favorecido a Inglaterra.

Nessa perspectiva, o autor levanta dois problemas centrais que permeiam sua tese:

O primeiro problema diz respeito à incrível facilidade com que se criou a questão fronteiriça. É surpreendente que opiniões de um único desbravador possam ter criado uma contenda territorial internacional, na qual não se reivindicava a volta a quaisquer limites imemoriais ou se levantada qualquer dúvida geográfica, como sucedeu, por exemplo, com a questão fronteiriça do Brasil com a Guiana Francesa, ou com a Argentina, em razão de Palmas. Tal

surpresa acentua-se quando se constata a pouca importância econômica que a área em questão tinha para a Inglaterra: ‘uma região em que não existe uma única vaca’, teria dito, com certo desprezo, o Ministro de Estrangeiros britânico, lorde Salisbury [...] Como poderia um simples particular, mesmo sendo cientista já de certo renome, agindo por conta de uma sociedade científica privada, baseado exclusivamente em sua opinião pessoal, ter criado uma questão de fronteira? Que reais interesses visava a Inglaterra satisfazer ao adotar oficialmente a linha fronteiriça sugerida pelo futuro sir Roberto Hermann Schomburgk? (MENCK, 2009, p. 26).

O segundo problema versa sobre a solução da questão em si, isto é, diz respeito às circunstâncias que poderiam ter influenciado a elaboração do laudo arbitral.

O Brasil efetivamente foi pego de surpresa pelo teor do laudo arbitral. Após as retumbantes vitórias, conseguidas nas então recentes arbitragens que envolveram as questões de Palmas e do Amapá, não se imaginava ser possível derrota.

Imediatamente, surgiram dúvidas sobre a seriedade e isenção do árbitro escolhido. Perguntou-se se o rei, por si ou por seus assessores, havia realmente lido e estudado os documentos que lhe foram entregues, suspeita que já havia sido levantada pelo próprio Joaquim Nabuco antes do proferimento do laudo. (MENCK, 2009, p. 26).

Desse modo, a seriedade e a isenção do árbitro foram questionadas. O que chama a atenção é o fato de o laudo arbitral ter sido bastante sucinto. Na época, os laudos costumavam ter, em média, novecentas páginas; o laudo do rei Vitória Emanuel III, neste caso, teve apenas duas. Além disso, o rei dispensou a integralidade do prazo de seis meses que o tratado de compromisso arbitral entre a Inglaterra e o Brasil concedia a ele para estudar a questão, o que se mostrou algo bastante inusitado, segundo Menck (2009).

Posto isto, é preciso deixar claro que a hipótese inicial da causa da questão, que seria a obstinação inglesa em acabar com o tráfico de escravos, não tem respaldo documental. A princípio, ela pode ser considerada como um dos fatores do litígio, tendo em vista uma possível pressão inglesa frente ao Império brasileiro, já que Schomburgk, em seus relatórios, escreveu sobre a escravidão indígena que o Brasil praticava em pleno século XIX. Não obstante, ela foi usada para prender a atenção da opinião pública inglesa

e conseguir com que a questão fosse levada às discussões do Parlamento inglês. Buscou-se envolver no caso a Sociedade Protetora dos Aborígenes – *Aborigines Protection Society* – cujo presidente, Thomas Fowell Buxton, era membro influente no Parlamento, segundo Menck (2009).

Durante o curso de um ano, Joaquim Nabuco, advogado brasileiro da questão com Londres, apresentou ao árbitro italiano dezoito consistentes volumes de textos, documentos e mapas, todos revisados e organizados por ele, e com mais de duas mil páginas manuscritas, como conta sua filha Carolina (1943). Diante de tamanho empenho, também era grande a ansiedade de Nabuco à medida que se aproximava a data da divulgação do laudo.

O mês de junho de 1904 foi marcante tanto na história do Brasil quanto na vida pessoal de Nabuco. Depois desses longos e árduos anos de negociações, estudos e trabalhos, que resultaram, como já mencionado, nos dezoito volumes, o laudo arbitral de Vitório Emanuel III estava prestes a ser pronunciado. A inquietação e a ansiedade de Joaquim Nabuco eram evidentes em carta à sua esposa que estava na capital inglesa com os filhos.

1º de junho.

Acabo de saber que a sentença será por estes três ou quatro dias; estou assim ansioso e ao mesmo tempo contentíssimo por findar o meu desterro [...].

13 de junho.

Amanhã é a sentença. Estou cansado e inquieto, receoso de ter perdido o meu esforço. Olharei eu para meus dezoito volumes com pesar? Não creio porque se obtivermos a metade ou a terça parte do território, com esforço que fiz, é sinal de que sem este esforço não teríamos salvado nada.

Quando receberes esta carta já se saberá de tudo. (MENCK, 2009, p. 46).

A sentença arbitral deveria ser puramente jurídica, no sentido de apenas dizer o direito. Assim, coube ao árbitro averiguar a quem cabia a posse da área em litígio, se esse direito dizia respeito à totalidade da área ou apenas à parte dela; e, dessa maneira, traçar a linha fronteira que delimitaria as duas jurisdições nacionais. O caso teve seu desfecho em 1904, com o laudo do rei Vitório Emanuel III predominantemente favorável às pretensões inglesas. Ou seja, diferentemente dos casos com a

Argentina e com a França, em que a parte brasileira teve ganho integral de causa, na questão com a Inglaterra, o Brasil ficou com a menor porção do território contestado, frustrando as expectativas de Joaquim Nabuco, o que poderia justificar a tese política apontada por Menck (2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consistente fundamentação jurídica dos argumentos dos advogados brasileiros, Barão do Rio Branco e Joaquim Nabuco, foi notadamente decisiva para o bom termo das tratativas nos processos arbitrais em fins do século XIX e início do XX, o que resultou em ganho de causa para o país, o que contribuiu, ainda, para a consolidação do princípio do *uti possidetis*, ou ocupação natural do espaço. Nas questões com a Guiana Francesa e com a Argentina, reivindicações aceitas integralmente; e com a Guiana Inglesa, ganho parcial. A revisão de tratados anteriores, respeitando termos já acordados e utilizando-se de hermenêutica jurídica clara, para novos pontos de contestação, contribuiu para o sucesso brasileiro.

Tal postura que privilegia o multilateralismo normativo fortaleceu-se ao longo do século XX, durante o processo de inserção internacional do Brasil, e se configura, hodiernamente, como uma das bases em que se assenta a política externa do país. Tradição que compõe o que Cervo (2008) chamou de acumulado histórico da diplomacia brasileira.

Tais questões lindeiras também possibilitaram visualizar, de modo empírico, o princípio da política externa brasileira, hoje previsto no art. 4º, VII, da CF/88, que enuncia a prevalência da solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil, e, em um sentido mais amplo, entender como o Direito Internacional alicerça as relações entre os Estados, no referente à paz.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Arquivo Histórico do Itamaraty. **Barão do Rio Branco. Atividades da missão**: observações sobre relatório de 08 de março de 1895: rascunho manuscrito. Rio de Janeiro: Arquivo Histórico do Itamaraty, 1895. Lata 855, Maço 01, Pasta 01.

BEVILÁQUA, C. **Direito público internacional**: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

BRASIL. **Carta das Nações Unidas de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

_____. **Senado Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CERVO, A. L. **Inserção internacional** – formação dos conceitos brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET A. **Direito internacional público**. Tradução: COELHO, Vítor Marques. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

JORGE, A. G. de A. **Rio Branco e as fronteiras do Brasil**: uma introdução às obras do Rio Branco. Brasília: Senado Federal, 1999.

LOBO, H. **Rio-Branco e o arbitramento com a Argentina**: a questão do Território de Palmas, também chamada das Missões. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1952.

MENCK, J. T. M. **A questão do rio pirara (1829-1904)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

NABUCO, C. **La vida de Joaquín Nabuco**. Buenos Aires: Editorial Vial, 1943.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RICUPERO, R. José maria da silva Paranhos, **Barão do Rio Branco**: uma biografia fotográfica. 2 ed. rev. amp. Brasília, DF: FUNAG, 2002.

RODRIGUES, J. H.; SEITENFUS, R. A. S. **Uma história diplomática do Brasil**: 1531 – 1945. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANIZATION IN REGIONAL INTEGRATION PROCESSES

Luis Felipe Osório*

Mariana Martins**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O sistema internacional. 2 Os processos de integração regional. 3 O papel das organizações internacionais. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Desde o fim da Segunda Guerra Mundial e a consequente emergência da hegemonia estadunidense, o cenário internacional adquiriu características muito peculiares. Avançou consideravelmente no estreitamento dos laços econômicos pelo mundo. Em meio à intensificação das trocas comerciais e financeiras, frutificaram iniciativas localizadas de integração regional, as quais foram apresentadas como saídas viáveis para um horizonte de paz e prosperidade entre as nações. Com o final da Guerra Fria, o panorama estrutural não foi alterado, mas importantes mudanças circunstanciais advieram, sobretudo, o incremento dos processos econômicos, os quais passaram, inclusive, a ser cunhados como blocos regionais. Essa aproximação é devida não apenas à correlação política governos do momento, mas é resultado de um movimento mais perene e relevante. Nesse diapasão, as principais propostas de integração aperfeiçoaram seu caráter formal, constituindo-se em organizações internacionais, cujas formas política e jurídica revelam a nova configuração do sistema internacional capitalista. Em função da centralidade das organizações internacionais na era pós-fordista, este artigo terá como finalidade investigar o papel das organizações internacionais nos processos de integração regional, para que se possa ter uma compreensão ampla e plena de sua real concretude. Para isso, cabe a utilização teórica da crítica mais atual sobre a forma mercantil, enquanto ordenadora da sociedade capitalista, expressa pela teoria materialista do Estado e do direito.

Palavras-chave: Organizações Internacionais. Integração regional. Direito internacional. Sistema internacional capitalista.

ABSTRACT: *Since the end of World War II and the consequent emergence of American hegemony, the international scene has acquired very peculiar characteristics. He has made significant progress in strengthening economic ties around the world. Amid the intensification of trade and finance, fruited located regional integration initiatives, which were presented as viable solutions to a horizon of peace and prosperity among nations. After the end of the Cold War, the structural outlook has not changed, but important changes in circumstances thereby made, above all, the increase of economic processes, which began even to be minted as regional blocs. This approach is due not only to the political arrangement of the governments of the epoch, but is the result of a more lasting and significant movement. In this vein, the main proposals of integration perfected its formal character, being in international organizations, whose political and legal forms reveal the new configuration of the capitalist international system. Due to the centrality of international organizations in the post-Fordist era, this article aims to investigate the role of international organizations in regional*

* Atualmente é Professor Adjunto de Direito e Relações Internacionais, com ênfase em Organizações Internacionais e Processos de Integração Regional na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Doutor em Economia Política Internacional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2015).

** Graduanda do curso de Relações Internacionais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

integration processes, so that we can have a comprehensive and full understanding of its real concreteness. For this, it is the theoretical use of the most current critique of the commodity form, while ordinator of capitalist society, expressed by materialist theory of State and law.

Keywords: *International Organizations; regional integration; international law; capitalist international system.*

INTRODUÇÃO

Entender as relações internacionais que cercam os Estados é tarefa de árdua compreensão devido à dinamicidade do sistema internacional e das diversas interpretações que um acontecimento social possa ter. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é entender e apontar como se dá a contradição entre o desenvolvimento institucional e normativo a respeito das organizações internacionais e o papel que estas desempenham nos processos de integração regional.

No entanto, para tal fim, é necessário que analisemos os atores que as compõem e o cenário pelo qual estão inseridas. Partiremos da premissa de que os atores são os Estados instituídos pela Paz de Vestefália (1648), onde, formalmente, todos são iguais entre si, visto que são possuidores de um território, de um povo e de soberania, o que limita a possibilidade de intervenção de um Estado em assuntos domésticos do outro, pois estes somente detêm o monopólio do uso da força no seu âmbito doméstico. Além do mais, caracterizaremos o sistema internacional como interestatal e capitalista.

Limitaremos nosso espaço temporal no período do pós-Segunda Guerra Mundial, pois foi a partir desse fenômeno que emergiram novas contradições que merecem atenção e que impactaram diretamente na estrutura no sistema internacional: a emergência dos Estados Unidos como *hegemon*, a instauração do pós-fordismo (ou neoliberalismo) como a estrutura político, jurídica e econômica vigente, além de inserir o sistema internacional na lógica capitalista. É nesse contexto que os processos de integração regional emergem e surgem à medida que se apresentam como um meio para atingir objetivos econômicos pela via da interdependência econômica.

Para tanto, estruturaremos o artigo em três partes. Primeiramente será abordado um estudo sobre o sistema internacional, partindo da análise crítica acerca do Estado através das categorias da mercadoria e das formas sociais do capitalismo. Abordar-se-á a teoria da derivação do Estado, no sentido que o Estado não pode ser meramente reduzido a um instrumento

da classe dominante, mas como representante da forma política necessária para reprodução o modo de produção capitalista, permeado de conflitos e crises. Quando afirmamos que o sistema internacional é interestatal e capitalista, o fazemos baseados na pluralidade dos Estados que interagem entre si num ambiente competitivo e violento.

Assim, após compreender a lógica que permeia as relações interestatais, abordamos como se deram os processos de integração regional sob hegemonia norte-americana, através do viés neoliberal. Para tal, abordaremos como o pós-fordismo superou o Estado de bem-estar social, baseado no modelo keynesiano, com objetivo de entender como o neoliberalismo impactou nos processos de integração pela via dos blocos econômicos.

Por fim, analisaremos o papel que as organizações internacionais desempenham nesses processos de integração, tendo em vista analisar o porquê de sua grande relevância no sistema internacional. Em primeiro momento, analisaremos a essência do Direito Internacional no qual as organizações internacionais estão inseridas para que assim possamos estabelecer o papel que elas desempenham: o de aparato formal da hegemonia, como será exemplificado no decorrer do presente texto.

Para tal fim será utilizado uma revisão bibliográfica de autores críticos acerca dos determinados temas supracitados, visto que estes identificaram a dialética entre a aparência e a essência que permeia as relações sociais capitalistas existentes no cenário internacional e nos Estados que o compõem.

1 O SISTEMA INTERNACIONAL

O sistema internacional se faz um importante objeto de estudo, pois este pode ser entendido como uma estrutura através da qual ocorrem todos os fenômenos ligados às relações internacionais dos agentes que o compõem, sejam eles Estados, organizações internacionais, classes sociais, entre outros. No entanto, antes que se entenda como essa estrutura impacta no comportamento dos agentes, também é necessário que se analise o que ocorre no interior destes. Aqui, partiremos da premissa de que as ações dos agentes e o que acontece em seu âmbito doméstico impactarão na estrutura. Desse modo, em primeiro momento, analisaremos o Estado para que possamos entender o funcionamento do sistema internacional.

Entendido a partir das categorias da mercadoria e das formas sociais do capitalismo, o Estado é composto pelas relações de forças da luta entre as classes e permeado de conflitos, desigualdades e violência. Nesse contexto, tomando o capitalismo como modo de produção vigente, vale ressaltar que não é o Estado que condiciona o seu surgimento, assim como é um equívoco estabelecer que o próprio capitalismo origina o Estado. O que há é uma derivação não lógica e não causal, onde o Estado e o capitalismo surgem concomitantemente, em uma correlação complexa.

O dinheiro necessita da garantia oferecida pelo aparelho de coerção estatal, ou seja, ele deve ser controlado e regulado pelo Estado. Mas ele não é criado pelo Estado; surge da estrutura e da dinâmica do processo de valorização do capital mediado pela troca mercantil. (HIRSCH, 2010, p.46)

Em outras palavras, o Estado é a forma política necessária ao capitalismo, tanto no âmbito doméstico como no sistema internacional, devido a duas características: a pluralidade dos Estados e ao caráter mundial do capital. Nesse sentido, a pluralidade dos Estados se dá por meio da “competição, concorrência, apoio e estabilização recíproca” (MASCARO, 2013, p. 96), originando formas políticas e jurídicas e instituições similares entre os Estados constituídos. Portanto, a competição se torna um importante elemento para a reprodução do capital, visto que permite a junção de classes dominantes e interesses do capital nacional, tornando expoente a exploração da classe trabalhadora. Portanto, a divisão política do capitalismo em um sistema de Estados isolados, que competem entre si, e a desigualdade dos desenvolvimentos econômicos constituem a base para as relações internacionais de dominação e dependência, não sendo vantajoso que exista um Estado global, pois assim o capital e a política não teriam ganhos absolutos com a competição interestatal (HIRSCH, 2010).

Contudo, mesmo diante dessa corrida competitiva, a cooperação ainda existe no sentido em que permite melhores condições concorrenciais entre os Estados e para que o capital encontre menos empecilhos em sua valorização. O que se pode concluir é que a política estatal se molda aos interesses do capital, através de aparatos jurídicos, econômicos, políticos ou militares, como, por exemplo, quando o Estado permite a garantia da propriedade privada sobre os meios de produção que se tornam pré-condição da exploração da força de trabalho, impedindo que a classe trabalhadora se unifique.

Assim posto, no sistema internacional há uma internacionalização da estrutura de exploração que ocorre no doméstico dos Estados. Dessa forma, sendo a essência do sistema internacional pautada no Direito Internacional, ou seja, na soberania, na igualdade jurídica e na liberdade sobre decisões políticas dos Estados, há por base desigualdades materiais entre eles. Portanto, o vínculo estabelecido será o da dependência, o que permite a operacionalização da divisão social internacional através da forma política.

A igualdade formal entre os Estados está plantada numa profunda desigualdade real, que se desdobra em duas esferas: a distinta condição de poder entre esses próprios Estados e a diversidade das forças e da dinâmica no capital no ceio de tais unidades políticas e no mundo. [...] Daí no plano internacional, dá-se uma duplicidade: já tanto uma política dos capitais quanto uma política dos Estados. [...] Nessa dinâmica permeiam materialidades distintas e antagonismos sociais. (MASCARO, 2013, p. 99-100)

Nesse contexto, na medida em que o capitalismo vai amadurecendo resulta na fase imperialista, no entanto, esse não foi um simples movimento. Lenin (2012) aponta para três fases pela qual o capitalismo percorreu. A primeira delas consistiu na mudança mais expressiva da economia capitalista que marca passagem do capitalismo concorrencial para o monopolista. Tal mudança significou a concentração da produção sob o controle de um reduzido número de detentores de capital, além de gerar a socialização da produção, contudo, os meios sociais de produção ainda se encontram nas mãos desses poucos monopolistas. Já a segunda fase, consiste no redirecionamento no papel dos bancos de simplesmente intermediários para uma forma que garantisse a operacionalização do desenvolvimento desigual sustentado pelos monopolistas. O banco assumiu o papel de monopolista onipresente que detêm e controla maior parte do capital dos detentores dos meios de produção, além de serem agentes produtores do capital financeiro e do lucro através da associação do capital bancário com o capital industrial. Por fim, a última fase se caracteriza pela mudança na forma pela qual o modo de produção capitalista opera. Com o crescente excedente do capital financeiro e a limitação do mercado interno em gerar lucro, o movimento tendia para a internacionalização do capital para o desenvolvimento em infraestrutura na periferia que se submeteu ao capitalismo. Percebe-se, pois, que essa fase consiste na exportação de capitais e não mais de mercadorias.

Vale ressaltar nesse momento que, no plano internacional, a relação de exploração não será somente entre a classe dominante (detentores dos meios de produção) e a classe explorada (trabalhadores), mas haverá de um lado as metrópoles e, de outro, as formações sociais dominadas/dependentes traduzidas na periferia do sistema internacional. No entanto, essa não é a única mudança resultante do imperialismo: o modo de produção e a divisão social do trabalho também se alteram, tornando-se complexas, interligadas e diversificadas.

A integração dos processos de trabalho no interior de uma firma em escala internacional pode assumir várias formas. Pode se tratar de uma integração vertical, cada filial em um país sendo encarregada de um estágio de produção ou de uma série de componentes e partes de um produto ou grupo de produtos. [...] Pode-se tratar, igualmente, de uma integração horizontal, cada estabelecimento ou filial especializando-se, de um objetivo a outro, na produção de produtos que elas trocam entre si. (POULANTZAS, 1975, p. 63)

As formas de acumulação de capital também foram alteradas e deslocadas da periferia (como aconteceu no período da colonização) para as próprias metrópoles, mas ainda sim continuaram a existir nas formações dependentes. Com isso, foi-se possível aumentar a exploração (baixos salários, intensificação do trabalho, diversificação dos produtos, entre outros fatores) objetivando o aumento da taxa de lucro, da valorização do capital através da exploração do trabalho e, conseqüentemente, aumento da exportação de capitais. No entanto, essas modificações continuaram ocorrendo na periferia, propiciando, além do mais, o “desenvolvimento do subdesenvolvimento” (POULANTZAS, 1975, p. 69) com a industrialização da agricultura, por exemplo.

Já na atualidade, essa relação imperialista se dá “quase sempre numa relação entre dois ou mais Estados, numa amarra de poder a partir de um Estado dominante que mantém, no entanto, a forma política soberana e autônoma das unidades estatais submetidas” (MASCARO, 2013, p. 102). A dominação das sociedades periféricas será responsável pela universalização das formas capitalistas; universalização esta que garante a operacionalidade do capitalismo na garantia das propriedades, da circulação mercantil e da exploração da mão-de-obra assalariada. Em outras palavras, a universalização é responsável por criar, na periferia, perfeitas condições para a reprodução do capitalismo.

O imperialismo pós-fordista (HIRSCH, 2010), ou neoliberalismo, do século XXI caracteriza-se pela tendência à cooperação, emergindo vários Estados centrais inseridos num sistema-mundo capitalista onde todos estão submetidos ao mesmo processo de acumulação. No entanto, a competição – disputa por melhores condições para a internalização do capital – ainda se faz presente. Esse processo acaba por deteriorar as condições sociais internas que resultam em novos conflitos, demandas e lutas de indivíduos, grupos e classes.

Portanto, o que se percebe é que o capitalismo contemporâneo estabeleceu-se para além dos Estados, instaurando sua própria dinâmica e fragilizando, em certa medida, o Estado, o qual teve sua função política alterada: não perdeu sua forma, mas, sim, seu conteúdo. Agora, a contradição encontra-se no fato que, ao invés dos Estados se apresentarem como um mecanismo de freio da desigualdade e exploração eminentes ao capitalismo, estes são, antes de tudo, um mecanismo de expansão da lógica capitalista no plano mundial, onde todos os agentes podem ser analisados através da forma mercantil.

2 OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

O Estado de bem-estar social, uma forma de organização fordista emergida no final do século XIX e início do século XX, fora desenvolvida pelos Estados capitalistas somente no pós Segunda Guerra Mundial. Baseada no modelo keynesiano (doutrina que defendia a necessidade de instrumentos estatais para promover o crescimento econômico e atenuar crises). A consolidação dessa estrutura estatal pode ser interpretada devido à disponibilidade de excedente econômico que deveria ser realocado junto ao aumento da capacidade administrativa do Estado, advindo de seus esforços de centralização estatal. Em outras palavras, seria o excedente econômico oriundo de períodos precedentes à Segunda Guerra Mundial que deveria ser aplicado sob forma de investimentos no setor social (os chamados gastos sociais) e no setor industrial por parte de um Estado fortalecido e centralizado, com vistas a garantir a estabilidade política.

No entanto, a interferência do Estado nas relações comerciais, objetivando a valorização da mão de obra, mediante o estímulo à demanda agregada e a garantia de direitos, acabou por representar o surgimento de barreiras para o desenvolvimento do capitalismo, pois, nesse contexto, a força trabalhista através dos sindicatos representava uma espécie de poder

de barganha ao desenvolvimento do modo de produção capitalista, na medida em que o custo da produção aumentava e, assim, diminuía o lucro dos detentores dos meios de produção. Contudo, quando há a recuperação, principalmente europeia, da economia capitalista e da fração dominante da classe burguesa, esse Estado de bem-estar social começa a entrar em estado de crise devido à pressão por maior liberalização da economia. Assim, na década de 1960 e 1970, surgia o pós-fordismo (HIRSCH, 2010) ou o neoliberalismo – uma reação ao modelo do bem-estar social e, de certa forma, um resgate às políticas adotadas no pré-Segunda Guerra Mundial. Tal período foi marcado por uma política internacional de liberalização dos mercados financeiros e de capitais e pela desregulamentação econômica. No entanto, após o fim da bipolaridade estabelecida pela Guerra Fria, em meados da década de 1990, o neoliberalismo iria impactar de maneira incisiva nos processos de integração regional. Sob hegemonia dos Estados Unidos, o discurso defendido era de que a união dos povos e a interdependência econômica seriam as condicionantes para a “paz”¹.

No entanto, a existência da contradição entre a teoria e a prática encontra-se quando o neoliberalismo, pautado na abertura das economias tanto do centro como da periferia possibilitando a instauração de empresas e capital estrangeiro em seu seio, acabou por causar mudanças na estrutura dos Estados, privilegiando o âmbito mercantil em face ao social. O sistema previdenciário foi privatizado, os sindicatos tiveram seu poder de barganha enfraquecido, o desemprego aumentou ao passo que a desigualdade social se ampliava. A flexibilidade do mercado deve ser vista para além da rapidez e capacidade de adaptação da economia, mas também como instabilidade social e política. Privatizou-se os aparelhos estatais e abriu-se a regulação para o mercado concorrencial (HIRSCH, 2010).

Como muito se discute, o pós-fordismo (HIRSCH, 2010) não representou o desaparecimento do Estado ou a sua diminuição na economia, mas sim aumentou a margem de manobra do capital no âmbito do poder político. Pleiteava-se a formação de um Estado forte que agisse em prol

¹ Analisada à luz da teoria neofuncionalista, a integração regional seria explicada por meio do compartilhamento de soberanias com o foco na solução de problemas comuns seja entre os Estados, entre as classes ou entre grupos políticos, onde as instituições deveriam servir de meio para solução do impasse. Assim, algumas motivações para a integração regional giravam em torno da promoção da segurança comum, a obtenção do desenvolvimento econômico, o controle por parte da nação mais forte e, por fim, a promoção de uma sociedade unificada. Além do mais, a integração regional em um setor (inicialmente econômico) ocasionaria um transbordamento (spill over) para outras questões que, por sua vez, irão garantir o desenvolvimento e aprofundamento da integração.

da classe financeira dominante, visto que o neoliberalismo não existe senão o capitalismo. Nessa maneira, o Estado entendido como a forma assumida pelas relações sociais de domínio, poder e exploração, é um fator de coesão que permeia o modo de produção capitalista. Ainda mais, “o Estado é a forma que a comunidade política assume sob as condições sociais dominantes no capitalismo” (HIRSCH, 2010, p. 32).

Nesse momento, vale ressaltar que também houve uma reorientação na classe dominante quando no processo de mudança do Estado burguês keynesiano para o Estado burguês neoliberal. A hegemonia das burguesias nacionais, predominante no Estado de bem-estar social, passara para o controle pelas burguesias internas ou para a fração da burguesia no bloco de poder (HIRSCH, 2010). Poulantzas (1975) complementa essa ideia demonstrando que o neoliberalismo permitiu uma espécie de dupla luta de classes: a dominação de uma classe dominante diante uma classe dominada, conduzindo a formação de um bloco no poder e, por conseguinte, a hegemonia de uma fração da classe dominante dentro do bloco no poder. Desse modo, a classe hegemônica terá duas funções, sendo uma de representar os interesses gerais da nação e outra de sobressair-se em relação às demais frações de classe na sua relação com o estado capitalista. O Estado se comporta, assim, como o centro do poder político e se coloca acima das divisões de classe, no sentido em que opera na representação de uma unidade social, responsável por atender os interesses de uma pequena parte da nação como se estes fossem a concretização da vontade nacional.

Ainda mais, Poulantzas (1975), inspirado no pensamento gramsciano, discorre que a hegemonia opera em dois âmbitos. O primeiro deles consiste no fato da hegemonia operar no âmbito das formas, das instituições políticas, onde as mesmas agem em prol dos interesses da classe dominante, dando tratamento especial a determinados assuntos. Já o segundo âmbito representa como a hegemonia opera na prática. Podemos destacar como exemplo o sistema financeiro internacional sendo regido pelo padrão dólar-ouro (instituído pelo Acordo de Bretton Woods) como se o dólar fosse uma moeda mundial aceita por toda a comunidade internacional antes de ser um interesse particular dos Estados Unidos. Dessa forma, o capital imperialista necessita do aparato político e jurídico do Estado para se internacionalizar, quando ao:

[...] celebrar acordos e tratados internacionais; ao permitir a exportação de capitais e mercadorias; ao definir taxas de câmbio, juros, tarifas aduaneiras; ao elaborar a política

protecionista em geral; e ao resolver controvérsias comerciais em organizações internacionais, entre outras prerrogativas. Neste diapasão, não há como rechaçar a integração econômica regional como um dos vetores do processo de internacionalização, encetado pelo aprofundamento da economia política liberal. (OSORIO, 2015, p. 164)

Assim posto, sob hegemonia norte-americana as propostas de integração econômica intensificaram-se por determinados motivos, sendo o principal deles o apoio decisivo dado pelo poder hegemônico à reconstrução econômica da Europa Ocidental como uma estratégia de reinserção internacional desta como subordinada ao sistema de poder norte-americano e não mais como centro do sistema internacional. Dessa forma, no contexto do neoliberalismo, os processos de integração regional se darão sob a forma de blocos econômicos, responsáveis por aumentar a interdependência econômica entre os Estados-membros visando à consolidação do regionalismo econômico. Entendendo os processos de integração regional como parte da internacionalização da forma político e jurídica do modo de produção capitalista, observa-se que, nesse sentido, os blocos econômicos operam como forma de legitimar os interesses econômicos liberais devido ao caráter mundial do capital, apesar de num primeiro momento, estes se pautarem pelo modelo de bem-estar social. Se no âmbito dos Estados o capital encontrava empecilhos em sua reprodução devido ao controle pelos aparelhos estatais, no cenário internacional o capital conseguiria operacionalizar de forma livre, principalmente quando utiliza da cooperação como forma de alinhar os capitais internacionais. Tal processo representou inúmeras mudanças na operacionalização do sistema internacional, na luta de classes e nas formas de trabalho.

A emergência de blocos econômicos em simultaneidade, um fenômeno da globalização, mas que fora consolidado na década de 1990, proporcionou a formação de regionalismos econômicos permeados pela concorrência entre os blocos constituintes. Tal concorrência se faz importante na medida em que representa um meio para a internacionalização do capital em busca de investimentos em diversas áreas e espaços políticos. Estes investimentos, por sua vez, não objetivaram a unificação das Nações senão por via econômica. Em outras palavras, a fragmentação política do mercado internacional é o fator que possibilita a reprodução do capital e da força de trabalho.

Nesse momento, percebe-se que a luta de classes do bloco no poder existente no interior dos Estados desaparece, no sentido de que há

uma aliança entre os capitais nacionais que supera essa polarização de interesses. As condições de trabalho tornam-se deterioradas e as relações sociais fragmentadas, visto que não há benefícios sociais nessa forma de cooperação. Além do mais, as empresas monopolistas buscavam uma saída às pressões sindicais, transferindo sua produção para áreas periféricas, onde o trabalho não era regularizado pelos sindicatos e onde o custo de produção não seria tão alto quanto nas metrópoles.

As articulações entre Estados devem ser pensadas como necessidades de reprodução interna do capital e também como imperativos de sua reprodução internacional. [...] Mas, além disso, a constituição dos blocos, de mercados comuns, de instituições multilaterais e internacionais permita que haja melhores condições para a concorrência entre Estados e também para que o capital encontre menos obstáculos ao seu processo de valorização. (MASCARO, 2013, p. 97)

3 O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Interpretando o Direito Internacional derivado da teoria formamercantil, ou seja, como constituído de uma relação entre os proprietários de mercadorias em suas relações de troca, Miéville (2005) defende que a coerção se faz um elemento presente e fundamental para entender essa teoria, visto que o uso da força é implícito às relações de trocas; a força as mantém e é o seu coração.

Indo de acordo às ideias de Pachukanis (1980) no que diz respeito à concepção do Direito, Miéville (2005), ora concordando ora criticando, também o entenderá como uma forma de dominação utilizada pela burguesia enquanto se demonstra como meio de proteção ao direito de propriedade tanto do proletário como do capitalista.

Em outras palavras, o que poderíamos chamar direito internacional, forma jurídica que regula as relações entre os grupos sociais organizados, antecede o capitalismo e o Estado burguês. Somente quando o Estado burguês torna-se o tema central dessas relações que podemos, com plena justificação, chamá-los de direito internacional: nesse momento que o ‘internacional’ nasce. Mas a forma das relações já existia. (MIÉVILLE, 2005, p. 132)

Contudo, vale ressaltar que as relações sociais do capitalismo não são simples relações sociais de troca de mercadoria, mas também são

as relações de exploração desigual que podem ser traduzidas na relação salarial, por exemplo. Dessa forma, a forma jurídica também incorpora as relações particulares da classe dominante na lógica capitalista de exploração. Se, a força decide, então não se tem um conflito de igualdade entre o capital e o trabalho.

Assim, Miéville (2005) acredita que a luta dos Estados capitalistas constitui o conteúdo do Direito Internacional. No entanto, essa luta entre os capitalistas é mais do que uma luta entre Estados de economia capitalista; ela se traduz como uma luta em busca de capital. “Esse conteúdo é uma contínua forma de luta sobre o controle dos recursos capitalistas, que irá, por muitas vezes, como parte da economia capitalista desencadear num processo competitivo de violência política” (MIÉVILLE, 2005, p. 139). Assim, esses Estados capitalistas agem em prol dos seus interesses particulares, mesmo que assinem acordos que pareçam ser em prol dos interesses gerais.

Como já supracitado, o capitalismo é baseado na troca de mercadorias e essa troca contém permanente violência. No entanto, a internacionalização da relação de trocas tende a levar à abstração do Estado como uma “terceira força” (MIÉVILLE, 2005, p. 139) como forma de estabilizar esta relação de trocas. Essa interpretação se faz importante para entender a separação da economia e política. No entanto, retomando ao uso da força coercitiva utilizada pelos Estados nas relações jurídicas, faz-se necessário ressaltar que essa força não será detida de forma igualitária, assim como todo o desenvolvimento do capitalismo se traduz na desigualdade. Pachukanis (1980) claramente demonstra o paradoxo do Direito Internacional, onde ao mesmo tempo em que se constitui numa relação entre atores juridicamente iguais, é uma forma em que os “Estados mais fracos não podem esperar para ganhar” (MIÉVILLE, 2005, p. 142). Ou seja, entre a igualdade de direitos, a força irá decidir.

O Direito Internacional burguês, em princípio, reconhece que os Estados têm direitos iguais, mas na realidade eles são desiguais em seu significado e seu poder. Por exemplo, cada estado é formalmente livre para escolher os meios que considere necessárias para aplicar em caso de infração ao seu direito: “No entanto, quando um Estado ‘maior’ permite que seus meios coercitivos sejam conhecidos pelo uso da força, um Estado ‘menor’ apenas oferecerá resistência passiva ou será obrigado a ceder”. Esses benefícios de igualdade não são apreciados por aquelas nações que não

se desenvolveram na lógica capitalista e que se envolveram em relações internacionais não como sujeito, mas como objeto de política colonial dos Estados imperialistas. (PACHUKANIS, 1980, p.178).

Dessa forma, é inserido nesse contexto que as organizações internacionais surgem. Entendidas como um órgão regulador e mediador de caráter instrumental e possuidor de personalidade jurídica própria e derivada, estas representam a união de vontades entre Estados, mas também entre outras organizações internacionais, sendo, portanto, um elemento centralizador de debates e regulador de soluções de controvérsias. Contudo, essa classificação há de ser analisada em sua essência.

Nessa perspectiva, “a disputa entre os Estados imperialistas pelo restante do mundo é, então, um fator constituinte da natureza e do destino das organizações internacionais correspondentes” (PACHUKANIS, 1980, p. 175). Percebe-se, pois, que as organizações internacionais acabam por refletir a luta de poder entre os Estados, ou seja, acabam por reproduzir a lógica capitalista da forma-mercantil, pois estão inseridas no contexto do Direito Internacional. Ainda mais, são a expressão dos interesses dos países dominantes – ou de uma fração de classe que os comandam – travestidos dos interesses gerais.

Ao analisarmos a estrutura das organizações internacionais, verifica-se que a suposta autonomia que possuem é responsável por esconder sua essência. A contradição entre o desenho institucional e a prática é expressa quando estas dão tratamento especial às questões de interesses dos países centrais ou da fração interna que os controlam. Desse modo, as organizações internacionais são o aparato formal da hegemonia, tendo em vista que representam a sua forma institucionalizada onde, nesse momento, pode-se citar o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a Organização das Nações Unidas (ONU), entre outras. No entanto, não se pode esquecer que a hegemonia também opera no âmbito das práticas para que haja sua manutenção ou a tomada de poder. Nesse sentido, o uso da força é superado pela ideologia que se traduz no consenso. Isso ocorre, porque para Cox (2007) o *hegemon* deve realizar concessões para a manutenção de uma hegemonia. Nessa lógica é que se pode entender como os Estados Unidos, enquanto *hegemons*, utilizam desse aparato institucional para projetar seu poder, sua dominação.

Quando Poulantzas (1975) analisou os sinais de dominação do capital americano no imperialismo, o autor não se ateve sobre como a hegemonia operaria no cenário atual. Assim, somente descreve que após a Segunda Guerra Mundial, o crescente volume de exportação de capitais pela via de investimentos diretos tinha um novo destino: as metrópoles imperialistas europeias. No entanto, “é necessário, assim, nos atermos às modificações atuais na constituição internacional do capital e na divisão social imperialista do trabalho” (POULANTZAS, 1975, p.62) para a compreensão da prática imperialista norte-estadunidense.

Se partirmos da premissa de que o crescimento econômico e, por conseguinte, a relevância no cenário internacional dos Estados Unidos foi incrementada pela via das exportações de capitais para a Europa, o que se percebe hoje é que o país utiliza das organizações internacionais para projetarem sua hegemonia no sistema internacional. Nesse contexto, podemos citar o padrão dólar-ouro, o qual foi responsável por estabelecer um novo sistema monetário que daria bases para o novo ordenamento mundial que emergia no pós- Segunda Guerra Mundial. Vale ressaltar que o dólar não foi instituído como uma moeda universal pautado na demanda da sociedade internacional, mas ocorreu no sentido contrário: a sua instituição foi emanada na vontade norte-americana a partir da aspiração de controlarem a economia internacional. E é a partir desse âmbito da prática que funcionam as principais organizações internacionais.

Não obstante, essa nova configuração mundial – pautada nas organizações internacionais – também foi responsável por inserir uma nova divisão social do trabalho. Se antes havia a dominação do centro sobre a periferia, agora a relação de dominação, exploração e dependência ocorre dentro e entre os centros imperialistas, num sentido horizontal. Por fim, percebe-se que as organizações internacionais são a representação das relações de força resultante da balança de poder existente no sistema internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na tentativa de se realizar um estudo sobre o papel das Organizações Internacionais nos processos de integração regional, deve-se primeiramente situá-las no espaço e no tempo para que, assim, seja possível compreender a raiz do fenômeno social. Dessa forma, o espaço refere-se ao sistema internacional formado pelas relações interestatais de caráter

capitalista. Portanto, é necessário que analisemos os Estados, visto que estes são os elementos fundamentais do sistema internacional.

Partindo da premissa da teoria forma mercantil, pensada por Pachukanis (1980), como um aperfeiçoamento ao pensamento de Marx, e desenvolvida pelos derivacionistas, como Hirsch (2010), os Estados são compostos pelas relações de forças da luta entre as classes e permeado de conflitos, desigualdades e violência. Nesse sentido, não é o Estado que condiciona o surgimento do capitalismo, assim como é um equívoco estabelecer que o próprio capitalismo origina o Estado. O que há é uma derivação não lógica e não causal, onde o Estado e o capitalismo surgem concomitantemente, em uma correlação complexa. Em outras palavras, o Estado é a forma política necessária ao capitalismo. Sendo constituído por diferentes classes e a luta entre elas, a competição entre e dentro dos Estados permite que haja a operação da exploração e da desigualdade em seu seio. Vale ressaltar que a luta existente no doméstico do Estado envolve tanto a classe dominante (burguesia) e a classe dominada (proletariado) como também envolve a luta no interior da classe dominante pelo controle do poder. Sempre em busca da máxima valorização do capital, a junção das classes dominantes e dos interesses do capital nacional acaba por resultar em perfeitas condições para o avanço do capital em face ao social.

Assim posto, no sistema internacional, a lógica que permeia os Estados se transborda para as relações externas destes devido ao caráter mundial do capital. A competição, agora, permitirá a emergência de uma nova divisão do trabalho, pois o capitalismo passa a operar de forma induzida no interior das formações sociais, permitindo a emergência da periferia no âmbito de interesse das classes dominantes através da universalização do capital que permite um modelo de acumulação mais perverso e sofisticado: o pós-fordismo ou o neoliberalismo.

Por conseguinte, no que se refere ao tempo, este será considerado aquele que irá da hegemonia do liberalismo econômico e político (ou fordismo) do pós-1945 até sua acentuação na década de 1990 (ou pós-fordismo). Nestes momentos os processos de integração regional desenvolveram um caráter eminentemente econômico. Dessa forma, no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, onde os Estados estavam dominados pelo otimismo do livre comércio e impulsionados pelo neoliberalismo, estes iniciaram um novo processo de cooperação pautado no discurso de que a integração regional, em primeiro momento, se daria

sob a constituição de blocos econômicos que agem em prol da classe dominante no poder e legitimam os seus interesses econômicos liberais.

Nesse contexto, a emergência dos blocos econômicos como forma de integração interestatal foi responsável por aumentar a interdependência econômica entre os Estados, além de permitir que as formas político e jurídica do modo de produção capitalista encontrassem ainda menos empecilhos para sua reprodução no âmbito do sistema internacional. Em suma, a cooperação via blocos econômicos representou, antes de tudo, um mecanismo para alinhar os capitais internacionais, já que o capital possui em sua essência o caráter mundial.

Outra mudança decorrente desse novo modelo de desenvolvimento da integração regional diz respeito à estrutura do Estado, se comparada com o Estado de bem-estar social do período antecedente: percebe-se que cada vez menos o capital encontra obstáculos para sua valorização, pois o Estado, ao invés de desaparecer, teve seu papel alterado na medida em que permitiu o aumento da margem de manobra do capital dentro do âmbito político.

Inserindo as organizações internacionais nesta dinâmica, evidenciam-se as formas política e jurídica do fenômeno, as quais materializam e denunciam a economia política dos modelos mais exitosos de integração regional, marcados pela violência e pela incessante busca de capital pelos Estados (e pela classe dominante no poder). Se as organizações internacionais estão inseridas nesse contexto, percebe-se que assim como nos Estados estas acabam por refletir a luta de poder entre os mesmos, ou seja, acabam por reproduzir a lógica capitalista da forma mercantil, pois estão inseridas no contexto do Direito Internacional. Ainda mais, as organizações internacionais são a expressão dos interesses dos países dominantes – ou de uma fração de classe que os comandam – travestidos dos interesses gerais. Se no pós-Segunda Guerra Mundial os Estados Unidos projetaram sua hegemonia ao exportar capitais para a Europa, hoje o que se percebe é que o país utiliza as organizações internacionais como forma de projetar seu poder no sistema internacional. Em outras palavras, pode-se concluir que a nova forma de organização do poder mundial se dá através do âmbito das práticas que operam as organizações internacionais. Por fim, o que se percebe é que há um descompasso entre o desenvolvimento institucional e normativo, onde as organizações

internacionais formalmente mais desenvolvidas são aquelas privilegiam o capital em detrimento do social.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Por Marx**. Tradução: Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 2015.

BLOCK, Fred. **Los Orígenes del Desorden Económico Internacional. La política monetaria internacional de los Estados Unidos, desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.

BONNET, Alberto. “Estado y capital: debates sobre la derivación y la reformulación del Estado. IN: THWAITES-REY, Mabel (org). **Estado y marxismo: un siglo y medio de debates**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

BRAUNMÜHL, Claudia von. “On the analysis of the bourgeois nation State within the world market context”. IN: HOLLOWAY, John e PICCIOTTO, Sol (eds.). **State and Capital: a Marxist debate**. Londres: Edward Arnold, 1978, p. 160-177.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. **Teoria da derivação do Estado e do direito**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Univeritária, 2015.

COX, Robert. Gramsci, Hegemonia e Relações Internacionais. IN: GILL, Stephen. **Gramsci, Materialismo Histórico e Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007, p. 101-124.

DINH, Nguyen Quoc, PELLET, Alain e DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público** (2 ed.). Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesário e HORTAL, María José Cervell. **El Derecho Internacional em la encrucijada**. Curso General de Derecho Internacional Público. Madri: Editorial Trotta, 2012.

HIRSCH, Joachim. **Teoria Materialista do Estado: processo de transformação do sistema capitalista de Estados**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

HIRSCH, Joachim. “The State Apparatus and Social Reproduction: elements of a theory of the bourgeois State. IN: HOLLOWAY, John e PICCIOTTO, Sol (eds.). **State and Capital: a Marxist debate**. Londres: Edward Arnold, 1978, p. 57-107

LÊNIN, Vladimir Ilitch. **Imperialismo, estágio superior do capitalismo: ensaio popular**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MIÉVILLE, China. **Between equal rights: a Marxist theory of international law**. Leiden, Boston: Brill, 2006.

_____. “The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction”. IN: MARKS, Susan (ed). **International Law on the Left. Re-examing Marxist Legacies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 92-133.

OSORIO, Luiz Felipe Brandão. “A Estrutura da Organização das Nações Unidas e seus desafios contemporâneos: reforma institucional e proteção de direitos humanos”. IN: BERNER, Vanessa Oliveira Batista e BOITEUX, Luciana (orgs.). **A ONU e as questões internacionais contemporâneas**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos/FAPERJ, 2014, p. 104-130.

OSORIO, Luiz Felipe Brandão. Um estudo crítico da União Europeia: contradições de seu desenvolvimento institucional e normativo. **Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia Política Internacional da UFRJ**. Rio de Janeiro, UFRJ/IE: 2015.

PACHUKANIS, Evgeny. “Direito Internacional”. IN: PACHUKANIS, Evgeny. **Pashukanis, selected writings on Marxism and Law**. Editado por Piers Beirne e Robert Sharlet. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Academic Press, 1980, pp. 168-182.

POULANTZAS, Nicos. **Hegemonia y Dominación en el Estado Moderno**. Córdoba: Ediciones Pasado y Presente, 1969.

_____. A Internacionalização das Relações Capitalistas e o Estado-Nação. IN: POULANTZAS, Nicos. **As Classes Sociais no Capitalismo de Hoje**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 45-96.

PROPOSTA DE ACORDO DO MERCOSUL SOBRE DIREITO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO: UM CONSENSO NECESSÁRIO

THE MERCOSUR DRAFT AGREEMENT ON APPLICABLE LAW RELATING TO INTERNATIONAL CONSUMER CONTRACTS: A NECESSARY CONSENSUS

Dennis Verbicaro*

Roberta Álvares**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A proteção do consumidor no Mercosul. 2 A necessidade de uma norma Mercosul aplicável a contratos internacionais de consumo. 3 Proposta de acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O artigo possui como objetivo analisar de que forma a proposta de “Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo” visa harmonizar a proteção dos consumidores na região. Tem-se como hipótese que este instrumento seria uma forma de cooperação na harmonização normativa Mercosulina sobre a matéria, mas ainda apresenta limitações. A fim de que se alcance o objetivo da pesquisa, essa se inicia com a apresentação da proteção do consumidor no contexto do MERCOSUL, retratando os principais avanços e dificuldades enfrentados nesse processo de integração. Em sequência, expõe-se acerca da necessidade de uma norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, sob uma perspectiva doutrinária. Posteriormente, analisa-se o teor da proposta de Acordo do MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, realizando-se considerações sobre alguns de seus pontos. Para que se alcancem os fins propostos, faz-se uso do método dedutivo e a metodologia se constitui de pesquisa teórica, bibliográfica, a partir da leitura de livros, artigos, sítios da internet, dentre outros; e documental, com a análise da Proposta de “Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”, além de outros instrumentos internacionais acerca da matéria abordada.

Palavras-chave: Contratos internacionais de consumo. MERCOSUL. Harmonização normativa.

ABSTRACT: *The current work aims to analyze how the “MERCOSUR Draft Agreement on Applicable Law Relating to International Consumer Contracts” aims to harmonize the protection of consumers in the region. The Paper has as hypothesis that this instrument would be a form of cooperation in Mercosulan normative harmonization on the matter, but it still has limitations. In pursuance of achieving the objective of the research, it begins with the presentation of consumer protection in the context of MERCOSUR, exhibiting the main advances and difficulties of this integration process.*

* Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFGA), Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará, Professor (CESUPA) da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa “Consumo e cidadania” (CNPQ). É Procurador do Estado do Pará e Advogado.

** Bacharelanda em Direito do 10º Semestre do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Integrante do Grupo de Pesquisa “Consumo e cidadania” (CNPQ).

Como citar: VERBICARO, Dennis; ÁLVARES, Roberta. Proposta de acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo: um consenso necessário. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 32, p. 53-87. jul/dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>.

In the sequence, it is exposed the necessity of a MERCOSUR norm applicable to the international contracts of consumption, from a doctrinal perspective. Subsequently, the content of the proposed MERCOSUR agreement on applicable law in the field of international consumer contracts is analyzed, with considerations about certain questions. In order to achieve the proposed goals, the deductive method is used and the methodology of the research is theoretical, bibliographical, based on the reading of books, articles, internet sites, among others; and documentary, with the analysis of the Proposal of "MERCOSUR Agreement on Applicable Law On International Consumption Contracts", in addition to other international instruments about the subject.

Keywords: *International consumer contracts. MERCOSUR. Normative harmonization.*

INTRODUÇÃO

No mundo globalizado, em que as relações de mercado ultrapassam fronteiras, o consumidor percebe-se em uma condição de vulnerabilidade ainda maior, o que implica na necessidade da tutela de seus direitos não apenas no âmbito interno, como também, na esfera internacional.

A globalização é um fenômeno altamente discutido e problematizado tanto no espaço acadêmico quanto nos meios de comunicação. Macedo Júnior (1999) refere-se, de forma provisória e preliminar, à globalização como um processo político e econômico, composto pelos seguintes elementos:

a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais e de consumo; c) enfraquecimento da ideia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais. (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 37).

Trata-se de um conceito inicial a esse complexo fenômeno o qual se apresenta, diversas vezes, de modo contraditório. Os impactos da globalização sobre o direito do consumidor são perceptíveis: abrangem desde a mudança estrutural no processo produtivo e no mercado de consumo, como também, as alterações nas práticas contratuais de consumo e a formação dos mercados regionais, como o Mercado Comum do Sul - Mercosul (MACEDO JÚNIOR, 1999).

O consumo transnacional evoluiu, visto que, com a globalização, o avanço tecnológico, a integração econômica crescente, o aumento do acesso à internet, entre diversos outros fatores, tornaram-se cada vez mais comuns as compras entre consumidores domiciliados em Estados distinto daqueles em que se encontra sediado o domicílio do fornecedor. Diante

desse cenário, discussão da proteção do consumidor faz-se essencial, em decorrência, sobretudo, do aumento de sua vulnerabilidade.

A questão dos contratos internacionais de consumo e a defesa do consumidor tem sido discutida no domínio do Mercosul. Em 2010, foi aprovado o Plano de Ação para a adoção do Estatuto da Cidadania no MERCOSUL, o qual estabelece no artigo 3º, item 10, que, a fim de alcançar seus objetivos gerais, será integrado uma série de elementos, dentre eles, a defesa do consumidor (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Almeja-se a criação do chamado “Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor”, o qual é composto pelo (1) Sistema MERCOSUL de Informações de Defesa do Consumidor, pela (2) Ação regional de capacitação - Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor e, finalmente, porém, tão relevante quanto, por uma (3) Norma MERCOSUL aplicável a contratos internacionais de consumo. (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Diante do contexto desafiador da proteção do consumidor nos contratos internacionais de consumo, o presente artigo objetiva analisar a proposta de “Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”. Assim, o corrente artigo se inicia com uma breve apresentação da proteção do consumidor no contexto do Mercosul, expondo os principais avanços e dificuldades enfrentados nesse processo de integração.

Em sequência, discute-se acerca da necessidade de uma norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, a partir da perspectiva doutrinária. Posteriormente, analisa-se o teor da proposta de Acordo do MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, realizando-se considerações sobre certas questões consideradas de grande relevância para fins de aplicabilidade prática.

O corrente trabalho não objetiva exaurir o conteúdo ora estudado, mas embasar e incentivar futuras pesquisas concernentes ao assunto, tendo em vista sua imensa relevância e riqueza. Na presente oportunidade,

realizam-se algumas indagações para as quais ainda não há respostas exatas e fechadas, portanto, trata-se de investigação em constante progresso.

1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL

Acordos comerciais são estabelecidos há milênios, sobretudo entre regiões próximas a rotas comerciais, de grande importância econômica. Os processos integracionistas geralmente se originam de acordos entre Estados Soberanos, seja com ou sem a interferência de uma organização intergovernamental. Via de regra, ao optarem por um processo de integração, os Estados buscam, gradualmente, eliminar barreiras tarifárias¹ e não-tarifárias² entre si. Com o tempo, a depender da forma de integração que se busca, estágios mais complexos podem ser perseguidos, como a livre circulação de pessoas e de capitais (CAPARROZ, 2012).

Conforme observa Caparroz (2012), embora tenham ocorrido tentativas isoladas no pós Segunda Guerra Mundial, em meio ao contexto bipolar no qual o mundo se encontrava, foi com o processo de globalização dos mercados e a compreensão de que sozinhos os Estados perderiam força em negociações multilaterais que percebeu-se um grande movimento no sentido da formação de blocos econômicos.

O mundo globalizado contribuiu para o interesse dos Estados de construir blocos econômicos com o objetivo de fortalecer suas respectivas economias, a fim de “[...] atenderem aos desejos da população interna através de um processo economicamente sustentável, maximizando as riquezas e reduzindo as desigualdades sociais da população que originam as comunidades de cada país” (PATRÍCIO, 2013, p.1).

Nesse sentido, criou-se a União Europeia, apesar de todos os seus importantes precedentes históricos, por meio do Tratado de Maastricht, em 1992, bem como o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, em 1991, e o Acordo de Livre-Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement* - NAFTA), em 1992. Tratam-se de relevantes processos atuais os quais originaram-se em períodos próximos (CAPARROZ, 2012).

¹ São os encargos tributários que se exigem na importação de produtos em certo Estado. Maiores detalhes em: CAPARROZ, Roberto, Comércio Internacional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2012.

² São mecanismos de defesa que influenciam nas operações comerciais estabelecidas internacionalmente, sem o uso de barreiras tarifárias. São exemplos as cotas, barreiras técnicas etc. Maiores detalhes em: CAPARROZ, Roberto, Comércio Internacional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2012.

De acordo com Caparroz (2012), os blocos econômicos ou processos de integração econômica se tratam de associações entre Estados os quais estabelecem relações econômicas e comerciais entre si, tendendo a concordar em abrir mão de parcela de sua soberania nacional em prol da totalidade dos associados. Organizam-se a partir de afinidades ou necessidades econômicas, políticas, comerciais e, por vezes geográficas, sendo o paradigma de seu desenvolvimento a União Europeia.

A doutrina costuma classificar os estágios dessa integração, embora tal classificação não seja absoluta, em razão de não se tratarem de tipos fechados, já que podem variar conforme o nível de integração entre os Estados-partes; não serem etapas sequenciais obrigatórias; tampouco tipologias fechadas, pois podem variar conforme as dinâmicas relações do mundo concreto (CAPARROZ, 2012).

Destacam-se como principais tipos de integração, segundo Caparroz (2012): a Zona de Preferência Tarifária (para parte da doutrina); Zona de Livre-Comércio; União Aduaneira; Mercado Comum; União Econômica; União Política. Resumidamente, a Zona de Preferência Tarifária destina-se tão-somente a reduções tarifárias recíprocas em certos produtos por um conjunto de países. Note-se que parte da doutrina entende que não há elementos de conexão suficientes que impliquem em um processo integração.

Caparroz (2012) leciona que a Zona de Livre-Comércio, considerada por parte da doutrina como a primeira etapa do processo integracionista, consiste na eliminação progressiva e recíproca de barreiras tarifárias e não tarifárias pelos Estados-Partes do tratado, não havendo acordo quanto às mercadorias de países terceiros. O NAFTA é um exemplo dessa etapa. Já a União Aduaneira se trata de uma Zona de Livre-Comércio em que os Estados-Partes passam a assumir uma política comercial uniforme quanto às importações decorrentes de Estados terceiros, por meio de uma Tarifa Externa Comum (TEC). É nessa etapa que se inicia a formação de comissões parlamentares comuns que buscam a harmonização legislativa em matéria tributária e comercial dos Estados-Partes.

O Mercado Comum, por sua vez, refere-se à livre circulação entre os países do bloco de mercadorias e serviços, bem como a completa eliminação de limitações aos fatores produtivos, ao capital e ao trabalho. Isso exige esforço legislativo conjunto entre os Estados-Partes sobre taxas de juros, regras de câmbio, questões fiscais integradas, direitos trabalhistas

e previdenciários, entre outros. Exige-se um alto nível de harmonização tributária (CAPARROZ, 2012).

Segundo Caparroz (2012), a União Econômica, por sua vez, vai além, adotando políticas econômicas, monetárias e fiscais uniformes. Exige-se um parlamento comunitário competente para produzir regras supranacionais. Trata-se a União Europeia dessa espécie de integração. Por fim, a União Política é um modelo teórico conforme o qual os Estados-Partes formariam uma federação ou confederação, com os ordenamentos jurídicos integrados e subordinados a uma Constituição Supranacional (ou anacional, para alguns).

O Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, foi instituído pelo Tratado de Assunção, celebrado em 26 de março de 1991, o qual teve como signatários 4 Estados: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Tal instrumento passou a vigorar em 29 de novembro de 1991, após os depósitos das ratificações dos referidos Estados. Recentemente, incorporaram-se ao bloco mais dois membros: Venezuela e Bolívia, sendo que a primeira se encontra suspensa do Mercosul³ e a segunda, em processo de adesão. Ademais, são Estados associados o Chile, Equador, Peru, Colômbia, Suriname e Guiana (MERCOSUL, 2017).

Desde sua criação, o Mercosul possui como objetivo primordial o alcance da integração regional. O Artigo 1º do Tratado de Assunção (1991) determinou que os Estados-membros decidiram constituir um Mercado Comum, o qual deveria ser estabelecido até 31 de dezembro de 1994. No entanto, ainda não se atingiu tal nível de integração, tendo a doutrina classificado o bloco como uma União Aduaneira imperfeita, visto há exceções à circulação de bens e serviços (SALDAÑA, 2003).

Isto posto, destaca Saldaña (2003) que embora seja uma união aduaneira imperfeita, o Mercosul também é importante porque inclui normas ecológicas, de consumo, sobre livre circulação de cidadãos e veículos entre os Estados-membros e reconhece certificados de estudos básicos.

De acordo com o artigo 1º do Protocolo de Ouro Preto (1994), o Mercosul é estruturado pelos seguintes órgãos: o Conselho do Mercado

³ No dia 05 de agosto de 2017, os Estados Partes do MERCOSUL (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) reuniram-se em São Paulo e decidiram, por unanimidade, suspender politicamente a Venezuela em seus direitos e obrigações de Estado Parte, conforme o artigo 5º, §2º do Protocolo de Ushuaia, de 1998. O Estado já havia sido suspenso em dezembro de 2016, em virtude do descumprimento de acordos assumidos no seu Protocolo de Adesão ao bloco. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8470/12/innova.front/decis%E3o-sobre-a-suspens%E3o-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercotel>>. Acesso em: 09 de Set. 2017.

Comum (CMC); o Grupo Mercado Comum (GMC); a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). Demais disso, determina-se no parágrafo único do dispositivo que poderão ser criados os órgãos auxiliares que se fizerem necessários ao alcance dos objetivos do processo de integração. Nos termos do Artigo 2º do Protocolo de Ouro Preto (1994), são órgãos com capacidade decisória de natureza intergovernamental o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

Segundo o artigo 3º do supracitado Protocolo (1994), o Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul e se incumbe da condução política do processo de integração e da tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para alcançar a constituição final do mercado comum. Tal órgão se manifesta por meio de Decisões, que são vinculantes aos Estados-Partes, em consonância com o artigo 9º do Protocolo (1994).

Segundo o Protocolo de Ouro Preto (1994), o Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo do Mercosul, e se integra por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais dos Estados-membros. É coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. Tal órgão se manifesta através de Resoluções, as quais são obrigatórias para os países membros. Nos termos do artigo 14 do Protocolo (1994), algumas das funções do GMC são velar pelo Tratado de Assunção, seus Protocolos e Acordos firmados em seu âmbito; propor projetos de Decisão ao CMC; manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas por outros órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências, entre outras.

Em consonância com o Protocolo de Ouro Preto (1994), a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) é o órgão encarregado de assistir o GMC. É competente por velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-membros para o funcionamento da união aduaneira, assim como por acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio infra-Mercosul e com países terceiros. Tal órgão se manifesta por meio de Diretrizes ou Propostas. As Diretrizes são vinculantes. Dentre suas funções e atribuições designadas no artigo 19 do referido documento, está a descrita no inciso IX, qual seja, “estabelecer os comitês técnicos

necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos”.

A CCM é assistida por órgãos ou foros dependentes e a ela subalternos, os chamados “Comitês Técnicos”, a fim de que sejam cumpridos seus encargos e funções. A Diretriz n.º 1/95 da Comissão de Comércio do Mercosul criou os Comitês Técnicos (CTs) e, analisada em conjunto com o artigo 8º da Decisão CMC n.º 59/00, tem-se, hoje, os seguintes CTs: CT-1 (Tarifas, Nomenclatura e Classificação de Mercadorias); CT-2 (Assuntos Aduaneiros); CT-3 (Normas e Disciplinas Comerciais); CT-4 (Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade); CT-5 (Defesa da Concorrência); CDCD (Comitê de Defesa Comercial e Salvaguardas); CT-7 (Defesa do Consumidor).

Criado pela Diretriz CCM n.º 1/95, o CT-7 é órgão subordinado à Comissão de Comércio do Mercosul, encarregado pela reunião dos órgãos dos Estados Partes responsáveis pela defesa do consumidor. O CT-7 visa intermediar o diálogo entre as agências nacionais e aprimorar e desenvolver a proteção e defesa do consumidor no Mercosul, por meio das políticas e ações de que trata. Dentre os temas discutidos no Comitê há as propostas de harmonização das normativas que já existem; ações de proteção e defesa dos consumidores; elaborações de marcos normativos; intercâmbio de informações sobre políticas e projetos desempenhados pelos Estados-membros; ações de educação sobre proteção e defesa do consumidor, entre outros (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

As questões finais das reuniões do CT-7, como resoluções de projetos e recomendações são discutidos na esfera da CCM e, posteriormente, no âmbito do GMC. Após aprovadas pelo GMC, as Resoluções do Mercosul devem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais, a fim de que possuam eficácia jurídica (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

De acordo com o Artigo 1º do Tratado de Assunção, o Mercado Comum implica no “[...] compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”. Isto significa que um dos propósitos do Mercosul é a harmonização das legislações dos Estados-Partes. É importante notar, no entanto, que o termo “harmonização” é distinto de “unificação”. Isto porque, nas palavras de Lôbo (1999),

A unificação é muito mais que harmonização, pois significa dotar os países envolvidos de legislação igual ou comum, sem divergências ou peculiaridades locais. [...]. O objetivo

da harmonização é mais modesto e, portanto, encerra maior probabilidade de êxito: favorecer a convergência das legislações dos países, em seus princípios e estruturas essenciais, eliminando ao máximo as divergências de soluções adotadas e estabelecendo reciprocidades de tratamento. Na harmonização, as legislações dos países permanecem autônomas. [...]. A unificação do direito, ou de determinado ramo do direito, em uma comunidade de nações, é uma etapa mais avançada, que pressupõe a superação de obstáculos que os permanentes processos de integração devem enfrentar. (LÓBO, 1999, p. 1).

Assim, o termo “harmonização” implica em uma busca de convergência legislativa entre os Estados-partes, no que se refere aos seus princípios e estruturas fundamentais, buscando-se eliminar ao máximo as diferenças de soluções eleitas e determinando tratamento recíproco.

O Tratado de Assunção não chegou a abranger a matéria da defesa do consumidor. Somente em 1994, passou-se a tratar da proteção ao consumidor em alcance regional com o Protocolo de Ouro Preto, em conjunto com a Resolução do Grupo Mercado Comum n.º 126/94.

A Resolução n.º 126/94 determinou como objetivo a realização de um regulamento comum para a defesa do consumidor no bloco (GRUPO MERCADO COMUM, 1994). As Resoluções n.º 123/96 (sobre conceitos relacionados à defesa do consumidor), 124/96 (sobre direitos básicos do consumidor), 125/96 (acerca da proteção à saúde e segurança do consumidor), 126/96 (sobre a publicidade) e 127/96 (acerca da garantia contratual) realizadas pelo Comitê Técnico n.º 7 e sugeridas, em 1966, ao Grupo Mercado Comum foram os primeiros instrumentos normativos a respeito da defesa do consumidor no bloco (GRUPO MERCADO COMUM, 1996). Ressalta Carvalho (2014) que embora se tratem de normas genéricas, possuem grande importância, pois são normas comuns ao bloco.

A Resolução n.º 123/96 harmonizou conceitos, definindo “consumidor”, “fornecedor”, “relação de consumo”, “produto” e “serviço” na esfera do bloco. Ela fora atualizada pela Resolução n.º 34/11, que, além

dos conceitos⁴, compreendeu o “dever de informar” e a “oferta vinculante” (GRUPO MERCADO COMUM, 1996a).

A Resolução nº 124/96 englobou os “direitos básicos do consumidor”, como a proteção à vida, saúde e segurança; educação; informação; proteção contra a publicidade enganosa; prevenção e reparação de danos, entre outros. A Resolução nº 125/96 se trata da saúde e segurança do consumidor, enquanto a Resolução nº 126/96 remete-se especificamente à publicidade. A Resolução nº 127/96 centraliza-se na garantia contratual dos consumidores e foi substituída, posteriormente, pela Resolução nº 42/98, que versa sobre a mesma matéria (GRUPO MERCADO COMUM, 1996b, 1996c, 1996d, 1996e).

Em 1997, houve a tentativa, por meio do CT-7, de estabelecer um regulamento comum de defesa do consumidor no Mercosul, o chamado “Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul”, o qual abarcava as cinco resoluções de 1996 supramencionadas e visava contar com um instrumento comum que reunisse as normas e princípios sobre a defesa do consumidor nos Estados Partes do Mercosul (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 1997). No entanto, tal instrumento não obteve êxito, tendo em vista que o Brasil não o aceitou. Isto porque, conforme observa Carvalho (2014), a legislação brasileira é a mais desenvolvida no que se refere à proteção e defesa do consumidor e seria um imenso retrocesso assinar o documento.

Ainda sobre a proteção do consumidor no Mercosul, é de grande importância mencionar o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, de 1996, o qual fora aprovado pelo CMC e integrou parte de sua Decisão n.º 10/96, mas que não chegou a entrar em vigor, pois dependia, nos termos de seu artigo 18, da aprovação do “Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor” (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 1996).

Quanto à saúde e segurança, destaca-se o Projeto de Resolução nº 01/02, Anexo IV da reunião ordinária do Comitê Técnico n.º 7 ocorrida em Buenos Aires entre os dias 25 e 26 abril de 2002. Tal documento se refere a aspectos operacionais da proteção da saúde e segurança do consumidor no Mercosul. O Projeto prevê mecanismos de comunicação entre

⁴ Conforme o artigo 1º, “a”, da Resolução nº 34/11, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela. Não se considera consumidor aquele que sem se constituir destinatário final adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros”.

fornecedores e Estados membros do bloco sobre eventuais problemas com produtos ou serviços potencialmente danosos aos consumidores. Busca-se implementar a troca de informações entre os Estados partes com vistas a evitar ou minimizar os riscos aos consumidores (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2002a, 2002b).

Conforme o Ministério da Justiça do Brasil (2017), *recall*

é a forma pela qual um fornecedor vem a público informar que seu produto ou serviço apresenta riscos aos consumidores. Ao mesmo tempo, recolhe produtos, esclarece fatos e apresenta soluções. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Atendendo à Resolução n.º 01/10 do Grupo Mercado Comum sobre a “Proteção da Saúde e da Segurança de Consumidores e Usuários - Aspectos Operativos”, o Brasil encaminhou casos de *recall* em 2011, por exemplo (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2011b), e tornou tal apresentação frequente⁵ nas reuniões no Comitê Técnico n.º 7. Demais disso, o Grupo Mercado Comum aprovou, em 2017, na Resolução n.º 04/17, o “Procedimento sobre alerta e retirada de produtos e serviços considerados potencialmente nocivos ou perigosos no Mercosul”.

O Plano de Ação para a adoção do Estatuto da Cidadania no MERCOSUL foi estabelecido em 2010 pelo Conselho do Mercado Comum, na Decisão n.º 64/10. O documento prevê em seu artigo 3º, item 10, que a fim de alcançar seus objetivos gerais, será integrado por certos elementos, dentre os quais, a defesa do consumidor. O Comitê Técnico n.º 7 é o responsável pela matéria concernente à proteção e defesa do consumidor (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

O Plano de Ação para a conformação progressiva de um Estatuto da Cidadania no Mercosul, tem como um de seus elementos, conforme seu artigo 3º, item 10, a criação do “Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor”, composto pelo (1) Sistema MERCOSUL de Informações de Defesa do Consumidor, pela (2) Ação regional de capacitação - Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor e por uma (3) Norma MERCOSUL

⁵ Cf. Anexo VIII da Ata 03/2012 da Reunião Ordinária do Comitê Técnico n.º 7, ocorrida entre 16 e 17 de agosto de 2012, em Brasília; Anexo IX da Ata 02/2013 da Reunião Ordinária do Comitê Técnico n.º 7, ocorrida entre 17 e 18 de junho de 2013, em Montevideu; Anexo IV da Ata 01/2014 da Reunião Ordinária do Comitê Técnico n.º 7, ocorrida entre 29 e 30 setembro de 2014, em Buenos Aires; Anexo VII da Ata 01/2015 da Reunião Ordinária do Comitê Técnico n.º 7, ocorrida entre 21 e 22 maio de 2015, em Brasília; Anexo 01/2017 da Ata s/n da Reunião Ordinária do Comitê Técnico n.º 7, ocorrida entre 20 e 21 abril de 2017, em San Salvador de Jujuy.

aplicável a contratos internacionais de consumo (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Em relação ao primeiro ponto, isto é, ao Sistema MERCOSUL de Informações e de Defesa do Consumidor, tem-se que em 2011, Brasil e Uruguai assinaram na oportunidade da LXVIII Reunião do CT-7 (Ata n.º 04/11) o Acordo de Cooperação Técnica entre o Ministério da Justiça do Brasil e o Ministério de Economia e Finanças do Uruguai, para a instalação na área de defesa do consumidor do Uruguai do Sistema Nacional de Informações e Defesa do Consumidor (SINDEC), em que há transferência de conhecimento e tecnologia, além do compartilhamento de informações sobre a proteção consumerista (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2011a).

Quanto ao segundo aspecto, ou seja, a Ação regional de capacitação (Escola Mercosul de Defesa do Consumidor), aprovou-se na LXXI Reunião do CT-7 (Ata n.º 3/12), em 2012, a proposta do “Programa do Curso MERCOSUL de Defesa do Consumidor” para servidores dos Estados Partes e Estados associados ao bloco, a qual havia sido apresentada na reunião anterior. Na ocasião, a delegação brasileira ofereceu uma proposta de conteúdo do curso. Na ocasião, as delegações se comprometeram a avaliar o conteúdo para que, com sua aprovação, fossem desenvolvidas as demais etapas. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012a).

Em junho de 2015, a Escola Nacional de Defesa do Consumidor, pertencente à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça do Brasil, promoveu o primeiro curso para formação de tutores em defesa do consumidor destinado aos servidores dos Estados membros do Mercosul e do Peru (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015a).

No que se refere à Norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, objeto de análise da corrente pesquisa, dedicar-se-á tópico específico, em momento posterior. Nota-se que esforços, sobretudo do Comitê Técnico n.º 7, com vistas a uma maior cooperação em prol da defesa do consumidor no bloco são crescentes.

Destaca-se também o “Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Organismos de Defesa do Consumidor dos Estados partes do Mercosul para a Defesa do Consumidor Visitante”, firmado em 2004 pelos representantes dos respectivos órgãos de defesa do consumidor dos Estados Partes no âmbito do CT-7, o qual almeja a cooperação e colaboração entre Estados. De acordo com seu artigo 2º, objetiva-se facilitar a efetiva defesa dos consumidores da região quando se encontrarem transitoriamente em Estado Parte diverso daquele em que são domiciliados, enfatizando-se,

em especial, a defesa do consumidor turista. Busca-se contribuir para a confiança mútua entre as autoridades competentes para a aplicação da legislação consumerista. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2004).

Frisa-se, nesse sentido, o “Projeto Piloto de Atenção ao Consumidor Turista e Visitante”, elaborado pelos países membros no âmbito do CT-7, a partir do qual é possível que os consumidores visitantes e turistas solucionem demandas consumeristas por meio do preenchimento de um formulário disponibilizado aos consumidores, padronizado entre os Estados partes do projeto. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012). Tal projeto é inovador, visto que, de acordo com Cipriano e Silva (2014),

[...] o órgão de proteção ao consumidor do local onde ocorreu o conflito e o da residência do consumidor estarão em permanente contato até o resultado final da demanda, criando uma verdadeira rede de trocas de informações entre os países envolvidos. (CIPRIANO; SILVA, 2014, p. 35).

As cidades que participam do referido projeto Piloto são Rio de Janeiro, São Paulo, Buenos Aires, montevidéu, Punta del Este, Caracas e Estado Vargas (CIPRIANO; SILVA, 2014). O Brasil também apresentou uma proposta de Convenção sobre cooperação em matéria da proteção do consumidor turista e visitante na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (HCCH, 2013).

Na conjuntura de proteção do consumidor no Mercosul, é importante destacar o artigo 2º da Resolução nº 126/94, em que o Grupo Mercado Comum resolveu que

Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no MERCOSUL cada Estado Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países.

Por conseguinte, enquanto um regulamento comum para a defesa do consumidor não é aprovado no bloco, cada Estado Parte aplica sua respectiva legislação acerca da proteção e defesa do consumidor, desde que não sejam impostas exigências a produtos e serviços oriundos de outros Estados Partes superiores àquelas aplicadas aos produtos e serviços nacionais ou de países terceiros.

A partir da exposição sobre a proteção do Consumidor no Mercosul, percebeu-se que, ao longo do tempo, o bloco buscou, através de seus órgãos e, sobretudo do CT-7, aumentar a cooperação e integração entre os Estados Partes em determinadas matérias. Alguns processos obtiveram maior êxito do que outros. Mas, igualmente, observa-se que a busca pela harmonização e cooperação continua, seja em procedimentos que já foram implementados ou os quais ainda estão em processo de discussão e aprovação.

2 A NECESSIDADE DE UMA NORMA MERCOSUL APLICÁVEL A CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO

Grande defensora de uma “Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP)” para proteger o consumidor turista e o consumidor que celebra contratos à distância, sobretudo por meio eletrônico, a professora Cláudia Lima Marques, já no ano 2000 empenhava-se em prol deste instrumento⁶, tendo em conta sua relevância (MARQUES, 2001).

Nos tempos atuais, em que o mundo encontra-se cada vez mais conectado, tem-se que o consumidor internacional pode ser tanto um consumidor-ativo quanto um consumidor-passivo. Conforme a professora Cláudia Lima Marques (2001), consumidor-ativo é o turista, o qual viaja para consumir em outro país, contrata internacionalmente ou relaciona-se com fornecedores estrangeiros. O consumidor-passivo internacional é aquele que contrata de seu próprio país, sem a necessidade de se deslocar de seu Estado.

O comércio eletrônico ou *e-commerce* vem tomando força progressiva no mundo contemporâneo, em virtude das facilidades que apresenta, consideradas verdadeiros atrativos tanto para os consumidores quanto para os fornecedores, como, por exemplo, a redução de custos administrativos da empresa; a possibilidade de se realizar uma compra sem a necessidade de que o consumidor saia de sua casa; ou, ainda, a oportunidade de adquirir um produto ofertado em outro país (MARINHO, 2010).

Segundo Marinho (2010), as primeiras transações eletrônicas se iniciaram entre empresas, em grupos, fóruns e plataformas tecnológicas em que empresas compradoras e fornecedoras poderiam negociar no

⁶ Em aulas ministradas no Curso de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos, no ano 2000, a professora Cláudia Lima Marques já havia concluído pela necessidade da Convenção. (MARQUES, 2001).

ambiente virtual, em tempo real. Tais negociações são conhecidas pela sigla B2B (*business to business*), que possibilita que as empresas se integrem, trocando informações e realizando transações. No entanto, na constante evolução do *e-commerce*, originaram-se os contratos realizados entre os consumidores finais e as empresas fornecedoras, chamados de B2C (*business to consumers*). São exemplos as contratações feitas na compra de livros e eletrônicos pelo consumidor final. Destaca Nadia de Araujo (2005) que tal distinção passou a adquirir relevância internacionalmente, influenciando o Direito internacional Privado em diversos Estados.

A professora Cláudia Lima Marques (2001) indica as especificidades presentes nas relações de consumo que as distinguem das relações comerciais em esfera internacional:

A primeira das especificidades do consumo internacional é, pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao status leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. O comércio internacional, as relações de compra e venda ou de prestação de serviços entre pessoas com sede em países diferentes, geralmente ocorre entre pessoas jurídicas ou profissionais, comerciantes e empresários, logo, especialistas e profissionais para poderem se movimentar no cenário dos negócios internacionais. No consumo internacional não é esta a realidade. [...]. Outra especificidade do consumo internacional é a sua falta de “continuidade” ou sua “descontinuidade”. Os atos de comércio caracterizam-se pela repetição e mesmo os contratos internacionais tendem a abrir mercados e relações bastantes cooperativas e duradouras. Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, são geralmente de troca, não possuem longa duração, nem se beneficiam do sistema financeiro internacional ou transferem tecnologia no sentido estrito da palavra. [...]. As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil re-execução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc. Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar

novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa. (MARQUES, 2001, p. 6 - 7).

Logo, o desequilíbrio intrínseco entre os contratantes; a falta de continuidade das relações; o pequeno valor, a massificação, e a difícil reexecução dos contratos de consumo são fatores que ilustram a sua especificidade, portanto, em razão da notória vulnerabilidade dos consumidores, tem-se como consequência a necessidade de um tratamento específico e diferenciado.

Diante da insuficiência dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados para versarem sobre a matéria, a doutrina passou para apontar para a necessidade da implementação do Direito Internacional Privado (DIPr), com normas específicas para tratar do assunto. A professora Cláudia Lima Marques (2001) defende a necessidade da implementação de normas do DIPr pós-moderno, sob a perspectiva dos valores sociais e com vistas à harmonia regional, a fim de serem assegurados parâmetros mínimos de proteção aos consumidores.

De acordo com Kropholler (1981, *apud* MARQUES, 2001), a elaboração de normas específicas para a proteção dos consumidores leigos ou não profissionais é necessária. Isto porque as conexões regulatórias do comércio internacional se dão entre agentes que se encontram em posições de equilíbrio, sendo os dois lados profissionais. Nesses casos, sugerem-se como conexão a autonomia da vontade, o local de execução ou o de conclusão do contrato. Esta condição de equilíbrio não existe nos contratos de consumo.

No comércio internacional, a autonomia da vontade é considerada o elemento de conexão mais relevante, no entanto, ela é limitada em se tratando das relações de consumo (MARQUES, 2001). O princípio da autonomia da vontade, trata-se de um fundamental elemento de conexão no DIPr. Por meio desse elemento, é plenamente possível que as partes definam, elas próprias, o direito aplicável em determinados casos (MAZZUOLI, 2015).

Na Europa, a Convenção de Roma, de 1980, aplica-se aos contratos internacionais de consumo. As legislações da região do Cone Sul já se demonstravam insuficientes para abordar a matéria, destarte, a professora Cláudia Lima Marques propôs uma Convenção Interamericana

sobre a lei aplicável aos contratos consumeristas, em uma conferência da Organização dos Estados Americanos (ARAUJO, 2005).

Nadia Araujo (2005) enfatiza que tanto a Convenção de Roma, de 1980, que se aplica aos contratos internacionais e apresenta previsão específica sobre a proteção do consumidor, em seu artigo 5º, quanto a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais (“Convenção Interamericana”), de 1994, selecionaram o princípio da autonomia da vontade como a regra de escolha do direito aplicável aos contratos, com regras subsidiárias.

A Convenção de Roma, entretanto, limitou grandemente a autonomia da vontade nas relações de consumo, diante do desequilíbrio entre as partes componentes da relação, o que foi ignorado pela Convenção Interamericana, inclusive pelo fato de que essa última não faz menção aos contratos consumeristas, tampouco os exclui de sua esfera de aplicação, prevendo somente a implementação de normas de caráter imperativo (ARAUJO, 2005).

Em virtude desse motivo, também, a professora Cláudia Lima Marques propôs uma Convenção sobre o direito aplicável aos contratos de consumo, para atuar juntamente com a Convenção Interamericana, estabelecendo-se a distinção entre B2B e B2C (ARAUJO, 2005).

Diante das discussões expostas neste tópico, foi possível depreender que uma norma Mercosul sobre os contratos internacionais de consumo é necessária e já era aguardada e defendida pela doutrina há anos. Isto porque, em virtude das especificidades das condições do consumidor diante do fornecedor, normas exclusivas que versem sobre a matéria se fazem essenciais para a proteção do elo mais fraco da relação.

3 PROPOSTA DE ACORDO DO MERCOSUL SOBRE DIREITO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO

Com vistas a aumentar o processo integracionista no Mercosul, o Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior do Mercosul, conforme já visto, aprovou em 2010 o Plano de Ação para a conformação progressiva do Estatuto da Cidadania do Mercosul. É interessante analisar o núcleo do referido Plano de Trabalho, bem como seus objetivos mais profundos partindo-se de seu preâmbulo.

Tal instrumento estabelece, *prima facie*, em seu preâmbulo, que se busca uma união cada vez mais estreita entre os povos do Mercosul, levando

em conta o espírito do Tratado de Assunção. Considera, outrossim, que os Estados Partes implementaram uma estratégia regional que representa um avanço progressivo e uma integração com enfoque multidimensional, visto que contempla ações e medidas políticas, econômicas, sociais, comerciais, educativas, culturais, de cooperação judicial e em questões de segurança. Ainda, nota-se a preocupação do CMC (2010) com o avanço na dimensão social e cidadã do processo de integração mercosulino, almejando-se o desenvolvimento sustentável, com justiça e inclusão social para os nacionais dos Estados Partes (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Outrossim, no Plano de Ação do Estatuto, o CMC (2010) considera, também, que os instrumentos adotados no Mercosul asseguram aos nacionais e às suas famílias “[...] o gozo dos mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas, de acordo com as leis que regulamentam o seu exercício”. Demais disso, o CMC (2010) entende ser

necessário consolidar um conjunto de direitos fundamentais e benefícios em favor dos nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e estabelecer um Plano de Ação para a conformação progressiva de um Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, com vistas a sua plena implementação no trigésimo aniversário da assinatura do Tratado de Assunção. (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010, p. 1).

Com fulcro no exposto, é possível inferir que o Mercosul visa estabelecer uma cidadania regional, logo, para tais fins, faz-se necessário a consolidação de um Estatuto da Cidadania do Mercosul. Nota-se que o Plano de Ação fora aprovado, justamente, para a constituição progressiva desse ambicioso projeto.

Assim sendo, conforme o artigo 2º do Plano de Ação ora analisado, o Estatuto da Cidadania mercosulino será integrado por diversos direitos fundamentais e benefícios para os nacionais de seus Estados Partes e terá como principais objetivos: (1) a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região, (2) a igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômica para os nacionais dos Estados Partes do Mercosul, e (3) a igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Conforme seu artigo 3º, o Plano de Ação se integra de 11 (onze) âmbitos, os quais possuem seus respectivos elementos, com o fim de alcançar os supracitados objetivos gerais do Estatuto. Incluem-se, nesse aspecto, (1) a circulação de pessoas, (2) fronteiras, (3) identificação,

(4) documentação e cooperação consular, (5) trabalho e emprego, (6) previdência social, (7) educação, (8) transporte, (9) comunicações, (10) defesa do consumidor, (11) direitos políticos. Ressalta-se, também, que poderá o Conselho do Mercado Comum atualizar, bem como ampliar o plano de ação, conforme o artigo 4º do instrumento (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

Almeja-se, nos termos de seu artigo 3º, item 10, que diz respeito à Defesa do Consumidor, a criação do chamado “Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor”, que se compõe por: (1) Sistema MERCOSUL de Informações de Defesa do Consumidor; (2) Ação regional de capacitação - Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor e; (3) Norma MERCOSUL aplicável a contratos internacionais de consumo. (CONSELHO DO MERCADO COMUM, 2010).

A defesa do consumidor no contexto do Mercosul é desempenhada no âmbito da Comissão de Comércio (Grupo de Monitoramento) e do Comitê Técnico nº 7, responsável pela matéria, conforme já observado em momento prévio.

Na LXXI Reunião do CT-7, ocorrida nos dias 16 e 17 de agosto de 2012, em Brasília, as delegações dos Estados Partes aprovaram a versão definitiva do projeto de Resolução GMC acerca do “Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”. Naquela ocasião, o CT-7 determinou que o projeto de acordo seria levado à apreciação pela Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012a).

Destarte, a proposta de “Acordo do Mercosul sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”, de 2012, foi aprovada pelas delegações do Brasil, Argentina, Uruguai e Venezuela, no âmbito do CT-7. O documento visa a proteção do consumidor e a adoção de regras comuns em relação ao direito aplicável aos contratos internacionais de consumo, contratos entre fornecedores de bens ou entre prestadores de serviços e consumidores ou usuários na região do bloco. Ademais, complementa que, como um meio de contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional no bloco, é conveniente harmonizar as soluções os assuntos sobre contratos internacionais (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Da análise de seu preâmbulo, a proposta de Acordo tem como base a necessidade de que se conceda proteção ao consumidor e demonstra a importância do compromisso firmado pelos Estados

no Tratado de Assunção no que tange à harmonização legislativa. Considera-se, inclusive, a conveniência da harmonização das soluções das questões sobre o consumo internacional, como contribuição para o desenvolvimento do comércio internacional no Mercosul e os trabalhos desenvolvidos em seu âmbito sobre a matéria até o presente momento. Almeja-se a adoção de regras comuns sobre o direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, contratos entre fornecedores de bens ou prestadores de serviços com consumidores ou usuários na região (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Atendo-se, ainda, ao preâmbulo, a Proposta observa

[...] que o crescimento exponencial das relações entre consumidores e profissionais, produtores ou fornecedores de bens e serviços na região e as cambiantes modalidades em que as mesmas se produzem tornam necessário um marco normativo claro que facilite a contratação internacional e estimule a confiança das partes nos contratos internacionais de consumo. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

A Proposta ressalta, outrossim, que, em se tratando de negócios internacionais, a contratação se trata da expressão jurídica do comércio e é de grande importância no processo integracionista. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Quanto à estrutura, o documento proposto apresenta 3 (três) capítulos: o primeiro volta-se às definições e ao seu âmbito de aplicação; O segundo, trata-se do direito aplicável; O terceiro, abrange as disposições gerais. (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Assim sendo, o Artigo 1º da proposta dispõe sobre seu âmbito de aplicação e externa que tal instrumento objetiva “determinar o direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, celebrados no âmbito do MERCOSUL” (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c, p. 2). O Artigo 2º traz conceitos relevantes, iniciando-se pelo de consumidor, qual seja, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela” (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c, p. 2). Conforme observa Ramille Freire (2015), a conceituação de consumidor no documento engloba o consumidor equiparado e o extracontratual.

O artigo 2º, B), da proposta abrange um conceito amplo de “fornecedor”, determinando que se trata de toda pessoa física ou jurídica,

nacional ou estrangeira, privada ou pública, sendo, no último caso, estatal ou não estatal, bem como os entes despersonalizados da Administração Pública dos Estados Partes, que desempenhe de modo profissional, mesmo que ocasionalmente, atividades de fabricação, produção, criação, montagem, transformação, construção, importação, distribuição e/ou comercialização de produtos e/ou serviços (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O conceito de contrato internacional de consumo é trazido pelo Artigo 2º, C), e é estabelecido quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor possui seu domicílio e Estado Parte distinto do domicílio ou da sede do fornecedor profissional o qual interveio na transação ou contrato. Neste ponto, observa-se a reafirmação do Artigo 1º da Proposta, pois somente são abrangidos os contratos celebrados na esfera dos Estados partes, limitando-se à proteção dos consumidores que possuem domicílio em um dos Estados membros (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Não recebem essa proteção os consumidores domiciliados em Estados que não fazem parte do Mercosul e que adquirem produtos de fornecedores domiciliados ou sediados em Estados componentes do bloco, tampouco os consumidores com domicílio em Estados do Mercosul que adquirem produtos de fornecedores de Estados que não são membros (FREIRE, 2015).

O Artigo 2º, D), item 1, da Proposta determina o domicílio do consumidor como local de celebração dos contratos de consumo à distância. Quanto aos contratos que não sejam à distância, o item 2 do mesmo dispositivo entende por local de celebração aquele em que o consumidor e o fornecedor se encontrarem fisicamente para a celebração dos contratos. Acresce o Artigo 2º, E) que, em caso de contratações internacionais de consumo, sobretudo à distância, considera-se o domicílio do consumidor aquele informado ao fornecedor no instante da celebração do contrato entre eles (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O Artigo 3º, item 1, da Proposta apresenta as exceções ao seu âmbito de aplicação: (1) contratos comerciais internacionais realizados entre fornecedores profissionais de bens e serviços; (2) questões derivadas do estado civil das pessoas e a capacidade das partes; (3) obrigações contratuais cujo objeto principal são questões sucessórias, testamentárias, regimes matrimoniais ou decorrentes de relações de família; (4) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro e as questões de jurisdição; (5) questões de direito societário, de previdência social, tributárias, trabalhistas, sobre nomes de domínio; (6) negócios jurídicos sobre os falidos e seus credores

e demais procedimentos semelhantes, especialmente as concordatas e análogos (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Complementa o item 2 do supracitado dispositivo que também são exceções à sua esfera os outros contratos, relações de consumo e obrigações deles resultantes que, compreendendo consumidores, estejam regulados por convenções internacionais específicas em vigor (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

No segundo capítulo da Proposta, o Artigo 4º dedica-se à matéria dos contratos internacionais celebrados pelo consumidor em seu Estado de domicílio, expressando que, sobretudo nas hipóteses contratações à distância, o direito aplicável será aquele eleito pelas partes, que podem optar pelo ordenamento jurídico do consumidor, local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor. Complementa, ainda, que o direito escolhido será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor e que, em caso de ausência de uma escolha válida, os contratos serão regidos pelo ordenamento jurídico do domicílio do consumidor (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O Artigo 5º remete-se aos contratos celebrados pelo consumidor que se encontra fora do Estado em que é domiciliado. Nesse caso, igualmente, o direito aplicável será aquele eleito pelas partes, podendo ser o do local de celebração ou de cumprimento do contrato ou o do domicílio do consumidor. Repete-se a preocupação de que o direito escolhido será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor e que, no caso de ausência de escolha válida, esses contratos serão regidos pelo direito do local de celebração (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O Artigo 6º, item 1, determina que a escolha do direito aplicável pelas partes precisa ser expressa, escrita, conhecida e consentida em cada um dos casos. Nas hipóteses de contratos de adesão do consumidor, cabendo ao fornecedor a escolha o direito aplicável, exprime-se que o direito escolhido deve ser expresso com clareza, tanto no que se refere às informações prévias apresentadas ao consumidor, quanto no contrato (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O item 2 do Artigo 6º determina que, caso a escolha do direito aplicado seja feita de forma *online*, à distância e interativa pelo consumidor, a opção do direito aplicável a ser escolhido precisa ser comunicada com clareza e destaque em todas as informações apresentadas ao consumidor. Reforça o item 3 que, nos contratos *online*, a escolha de qual normativa estatal deverá ser aplicada deve ser expressa de forma clara e com

destaque em toas as informações repassadas ao consumidor (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

Os Artigos 4º a 6º da Proposta adotam a autonomia da vontade das partes no que tange à escolha do direito aplicável, dentre as opções supracitadas. Determinam, também, que o direito escolhido pelas partes será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c). Em termos de aplicabilidade prática, no entanto, alguns comentários merecem ser ressaltados.

O princípio da autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável é ponto de grandes polêmicas sobre os contratos internacionais, inclusive, em relação aos limites dessa liberdade nas relações consumeristas. No âmbito B2B, é desejável a escolha da lei aplicável, no entanto, nas celebrações B2C, devem haver limitações certas, a fim de impedir que o consumidor apenas aceitasse o direito escolhido pelo fornecedor (ARAUJO, 2005). Destarte, nas palavras de Nadia de Araujo (2005),

As soluções mais modernas para os consumidores não excluem totalmente a autonomia da vontade nos contratos em que eles forem partes. Essa eleição deve ser tutelada para garantir um nível adequado de proteção, pois, como parte mais fraca, o

consumidor precisa de normas de DIPr diferenciadas. (ARAUJO, 2005, p. 21).

Muito positivo é o aspecto trazido pela Proposta de Acordo sobre a prevalência da norma mais favorável ao consumidor que celebra contratos internacionais, ademais, está de acordo com a doutrina moderna a inclusão da autonomia da vontade das partes. No entanto, neste ponto, cabem algumas considerações, pois ao exercer sua vontade, em certos casos, o consumidor poderá ter sua vulnerabilidade maximizada e o fornecedor poderá submeter-se a um ordenamento excessivamente oneroso, diverso do qual está habituado.

Quanto à possibilidade de escolha da legislação aplicável, Ramille Freire (2015) levanta, com razão, a seguinte inquietação: no mundo fático, o consumidor seria levado a optar, por conta própria, pelo direito aplicável que lhe seria mais benéfico. No entanto, tal processo seria longo, visto que, para a determinação do direito mais benéfico, demandaria um amplo estudo das legislações dos Estados Partes sobre a matéria, a fim de que se concluísse pelo ordenamento mais favorável. Isto poderia

abrir margem para potenciais abusos por parte do fornecedor, por conta do desconhecimento do consumidor.

O consumidor viria a enfrentar, portanto, uma barreira, por desconhecer as regras jurídicas distintas daquelas pertencentes ao Estado em que é domiciliado. Como saber, afinal, qual a norma mais favorável para si e, assim, selecioná-la, diante da celebração de um contrato internacional no espaço mercosulino? Esta é uma indagação que ainda necessita de respostas. Não se pode olvidar, também, eventuais obstáculos linguísticos, levando-se em conta que os idiomas oficiais do Mercosul são o português, o espanhol e o guarani.

Outro ponto discutido é que o grau de dificuldade para que o consumidor analise o direito aplicável que lhe é mais favorável poderia acarretar o desestímulo do próprio consumo *online* entre os Estados Partes (FREIRE, 2015). Isto porque o consumidor poderia chegar a desistir da contratação, em razão da obrigatoriedade da escolha do ordenamento aplicável.

Ainda, no caso do Artigo 4º, referente aos contratos realizados pelo consumidor no Estado em que é domiciliado, determina o item 2 que, na ausência de escolha válida do direito aplicável, serão os contratos internacionais regidos pelo direito do Estado do consumidor. Conforme Ramille Freire (2015), uma hipótese a se questionar seria quando o ordenamento aplicado fosse excessivamente oneroso ao fornecedor estrangeiro, sobretudo pequenos empresários e microempresários. Tem-se como exemplo o caso da obrigatoriedade de comparecer em juízo, sob pena de ser revel, devendo arcar com altas custas processuais e prejudicando o exercício de sua atividade, conseqüentemente.

Outrossim, acredita-se que o principal aspecto a ser discutido quanto ao segundo capítulo da Proposta de Acordo, referente ao direito aplicável, diz respeito ao modo pelo qual seria possível aplicar a norma mais favorável ao consumidor, diante de sua vulnerabilidade na celebração do contrato internacional.

O artigo 7º da Proposta se volta aos contratos de viagem e turismo, dispondo que o direito do domicílio do consumidor regulará os contratos de viagem, em pacote ou com serviços combinados, a serem cumpridos fora do domicílio do consumidor. Já o artigo 8º indica que as normas imperativas do Estado em que realizou a oferta, a publicidade ou outra atividade de comercialização, serão levados em consideração quando da

interpretação do contrato, que deverá ser feita em favor do consumidor (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c).

O terceiro capítulo do documento, composto pelos artigos 9º a 13, aborda as disposições gerais do instrumento proposto. O Artigo 9º enfatiza que, quando manifestamente incompatível com a ordem pública internacional, não será aplicado o direito estabelecido pelo documento ora analisado (COMITÊ TÉCNICO N.º 7, 2012c). Os demais artigos remetem-se a aspectos procedimentais, os quais não se encontram no objeto da corrente análise.

Enquanto não é aprovado o regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul, a legislação de cada Estado Parte sobre a defesa do consumidor e os regulamentos técnicos sobre produtos e serviços comercializados em seu território deverão ser aplicados. Demais disso, não poderão essas legislações e regulamentos impor exigências superiores às vigentes para produtor e serviços nacionais e de países terceiros àqueles decorrentes dos demais Estados Partes⁷.

As discussões acerca da norma Mercosul aplicável aos contratos internacionais de consumo são complexas e ricas, logo, não se exaurem nos pontos abordados no corrente tópico. Na presente oportunidade, buscou-se apresentar o contexto em que se insere esta proposta de acordo, seus principais dispositivos e alguns questionamentos em relação à sua aplicabilidade prática que já têm sido levantados. Visa-se, portanto, causar uma verdadeira curiosidade na comunidade acadêmica para que mais pesquisas sejam desenvolvidas na área e novos questionamentos e soluções sejam apresentados.

A Proposta “Acordo do Mercosul sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo” é um grande avanço na proteção internacional do consumidor mercosulino e era aguardada há anos. Ela preza pela aplicação da norma mais favorável aos consumidores, o que é louvável. Percebe-se uma evolução constante nos trabalhos do CT-7, o que é benéfico para a defesa dos consumidores mercosulinos. Constata-se, no entanto, que, no que se refere à proposta examinada na corrente oportunidade, há determinadas questões de cunho prático que ainda levantam considerações e ressalvas.

O projeto encontra-se paralisado, em virtude de divergências levantadas pela delegação venezuelana, a qual encontra-se voltada a uma revisão da proposta inteira (AMARAL JÚNIOR; VIEIRA, 2017), muito

⁷ É o que determina o artigo 2º da Resolução nº 126/94 do Grupo Mercado Comum.

embora, recentemente, em decisão do dia 05/08/2017, pela aplicação da cláusula democrática, tenha o país sido suspenso do Mercosul em razão da grave crise política e econômica, que o tem impedido de cumprir inúmeros tratados internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indústria cultural dita padrões de comportamento pré-estabelecidos, define quais serão as novas necessidades de consumo em escala global, interfere no senso estético, informa aquilo que deverá ser adquirido para se alcançar um pseudo *status* social e até mesmo para a realização pessoal. O consumidor está sendo doutrinado a ter seus hábitos de consumo decididos por terceiros, uma espécie de servidão voluntária, em que se revela mais cômodo aceitar os padrões impostos pela indústria cultural, a ter que fazer escolhas por si próprio. A abordagem utilizada é agressiva, fruto de um verdadeiro assédio, subjungando a capacidade de escolha e reflexão do consumidor, obrigando-o a decidir por impulso e de acordo com um único padrão estético estabelecido.

O apego a uma individualidade artificial, que sugere uma responsabilidade apenas para consigo mesmo são ideias difundidas pelos atuais e cada vez mais convincentes modelos de convencimento publicitário de massas, em detrimento da singularidade individual de cada um. Em outras palavras, a lógica do mercado atual suscita a “descartabilidade” dos homens (BAUMAN, 2011) a partir da própria superficialidade de suas predileções, em regras forjadas pelo próprio mercado.

A cultura do desperdício, do lixo e do uso irracional dos recursos naturais para aplacar as carências consumistas de um mercado global sempre ávido por novidades e novos padrões estéticos a serem seguidos vai reduzindo, cada vez mais, a individualidade humana e sua capacidade plena de fazer escolhas não apenas de consumo, mas também no âmbito profissional e afetivo.

Nos últimos anos, percebe-se uma evolução significativa do consumo transnacional, em virtude de uma série de fatores, como a globalização, o avanço tecnológico, a integração econômica em ascensão, maior taxa de acesso à internet, entre diversos outros fatores. Tornam-se cada vez mais comuns as compras entre consumidores domiciliados em Estados distinto do domicílio do fornecedor. Nesse contexto, a discussão

sobre a proteção do consumidor é essencial, em razão, sobretudo, do aumento de sua vulnerabilidade.

As normas de proteção do consumidor no âmbito do Mercosul vêm evoluindo, apesar de todos os desafios. A proposta de Acordo em matéria de contratos internacionais de consumo no âmbito do Mercosul é um dos exemplos desse avanço, como uma tentativa de harmonização da questão.

A doutrina já defendia há anos uma Convenção acerca dos contratos internacionais de consumo e, com o Plano de Ação do Estatuto da Cidadania do Mercosul, instituiu-se a proposta a qual, embora represente um avanço, ainda apresenta questionamentos em termos de aplicabilidade prática.

A integração regional se trata de objetivo essencial do Mercosul desde sua origem. Foi possível observar que, embora, nos termos do artigo 1º do Tratado de Assunção, o seu objetivo fosse a criação de um mercado comum até 1994, ainda nos dias atuais, o Mercosul se trata do que a doutrina denomina de união aduaneira imperfeita. Não obstante seu estado de integração hodierno, o Mercosul trata de normas de suma importância, como as ecológicas, de consumo, de livre circulação de cidadãos e veículos entre os Estados-membros.

Observou-se que no processo de formação do Mercosul, o Comitê Técnico n.º 7 (CT-7), órgão subalterno à Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), encarrega-se pela integração entre os Estados Partes em prol da defesa do consumidor. Também foi possível analisar os principais esforços desempenhados no Mercosul em prol de avanços em matéria de proteção ao consumidor. Alguns processos obtiveram maior êxito do que outros. No entanto, a busca pela harmonização e cooperação permanece, seja em procedimentos que já foram implementados ou os quais ainda estão em processo de discussão e aprovação.

Nesse diapasão, quanto à insuficiência dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados acerca dos contratos internacionais de consumo, a doutrina passou para apontar para a necessidade da implementação do Direito Internacional Privado (DIPr), com normas específicas para tratar do assunto. A professora Cláudia Lima Marques (2001) defende a necessidade da implementação de normas do DIPr pós-moderno, sob a perspectiva dos valores sociais e com vistas à harmonia regional, a fim de serem assegurados parâmetros mínimos de proteção aos consumidores.

Achegada de uma norma Mercosul sobre os contratos internacionais de consumo é necessária e iniciativas nesse sentido já eram defendidas

pela doutrina há anos. Isto porque, em virtude das especificidades das condições do consumidor diante do fornecedor, normas exclusivas sobre a matéria se fazem essenciais para a proteção do elo mais fraco da relação.

Nesse contexto, o CT-7 apresentou para apreciação da CCM, em 2012, com vistas ao Plano de Ação do Estatuto da Cidadania do Mercosul, a Proposta “Acordo do Mercosul sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”, uma vitória para a proteção internacional do consumidor mercosulino, a qual era esperada há tempos. Tal Proposta preza pela aplicação da norma mais favorável aos consumidores, o que é louvável. Porém, percebe-se que em seu texto, existem determinadas questões de cunho prático que ainda são objeto de considerações e ressalvas.

Constata-se uma evolução progressiva nos trabalhos do CT-7, o que é digno de reconhecimento e congratulações e claramente benéfico para a defesa do consumidor no Mercosul. No entanto, ainda há diversos desafios presentes e futuros que precisam ser tratados em favor do consumidor, o elo vulnerável das relações, no processo integracionista.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. International Consumer Protection in Mercosur. In: LIMA MARQUES, Cláudia Lima; WEI, Dan (Org.). **Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions**. Cham: Springer, 2017. p. 91-102.

ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: Análise da proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, n.2, v.2, 2005. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/contratos-internacionais-e-consumidores-nas-am%C3%A9ricas-e-no-mercosul-an%C3%A1lise-da-proposta-bras>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

CAPARROZ, Roberto. **Comércio Internacional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Gabriel Reis. **A proteção do consumidor no Mercosul:** Uma análise normativa dos instrumentos de proteção ao consumidor no Bloco Regional. 2014. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

CIPRIANO, Ana Cândida Muniz; SILVA, Juliana Pereira da. Proteção e Defesa do Consumidor Turista e Visitante no Brasil. In: CIPRIANO, Ana Cândida Muniz *et. al.* (Coord.). **A Proteção Internacional do Consumidor Turista e Visitante**. Brasília: Ministério do Turismo, 2014. p 31-37.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FREIRE, Ramille Taguatinga. **Consumidor Internacional no Mercosul:** A Necessidade de Harmonização Mínima a partir do Paradigma da União Europeia. 2015. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação - Universidade de Brasília, 2015.

HCCH. Proposition de l'Organe National du Gouvernement du Brésil: Projet de Convention sur la Coopération pour la Protection des Touristes et Visiteurs Étrangers et Mémoire Explicatif Relatif à la Protection des Touristes. 2013. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/1565f420-ac8f-4c13-9d71-3839fff28e58.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

JÚNIOR, Alberto do Amaral; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção Internacional do Consumidor no Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**, Foz do Iguaçu, vol. 106, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.03.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2017.

LÔBO, Paulo. As relações de Direito Civil nos processos de integração. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 34, 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1627>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 26, 1999. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19857/Globaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20direito%20do%20consumidor.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MARINHO, Luciana Giron de Barros. Contratação no âmbito virtual e o direito do consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8263>. Acesso em 18 dez 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo**. In: Curso de Direito Internacional., 2001, Washington/Rio de Janeiro. Washington: CJI/OEA, 2001. Disponível em: http://oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf>. Acesso em: 10 set. 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional privado: curso elementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MERCOSUL. **Cooperação**. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8004/2/innova.front.cooperacion>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

_____. **Decisão sobre a suspensão da República Bolivariana da Venezuela no MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8470/12/innova.front/decis%E3o-sobre-a-suspens%E3o-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercosul>>. Acesso em: 09 de set. de 2017.

_____. **Países do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7824/12/innova.front/paises-do-mercosul>>. Acesso em: 11 de maio de 2017.

_____. **Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto)**. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpdf101/anexo/Tratado_de_Assuncao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. N° 126/94. Defesa do Consumidor**. 1994. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MERCOSUL. MERCOSUL/CCM/DIR. Nº 1/95. Criação Comitês Técnicos. 1995. Disponível em: < http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Directivas/PT/Dir_001_095_Cria%C3%A7%C3%A3o%20Comit%C3%AAs%20T%C3%A9cnicos_At%C3%A1%201995.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 123/96.** Defesa do Consumidor - Conceitos. 1996a. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/2/innova.front/resoluc%F5es-1996>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 124/96.** Defesa do Consumidor - Direitos Básicos. 1996b. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/2/innova.front/resoluc%F5es-1996>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 125/96.** Defesa do Consumidor - Proteção à Saúde e Segurança do Consumidor. 1996c. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/2/innova.front/resoluc%F5es-1996>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 126/96.** Defesa do Consumidor - Publicidade. 1996d. Disponível em: < <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/2/innova.front/resoluc%F5es-1996>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 127/96.** Defesa do Consumidor - Garantia Contratual. 1996e. Disponível em: < <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/2/innova.front/resoluc%F5es-1996>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CMC/DEC Nº10/96.** Protocolo de Santa Maria Sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo. 1996. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_010_096_Prot%20Santa%20Maria%20Jurisd%20Intern%20Rel%20Consumo_At%C3%A1%201996.PDF>.

Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CCM/CT Nº 7/REC Nº1/97.** Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur. 1997. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

MERCOSUL. MERCOSUR/CCM/CT N° 7/ACTA N° 08/97. Reunión del Comité Técnico N° 7 Defensa del Consumidor. 1997. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. N° 42/98.** Defesa del Consumidor Garantía Contractual.1998. Disponível em: < <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3089/2/innova.front/resoluciones-1998>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CMC/DEC. N° 59/00.** Reestruturação dos Órgãos Dependentes do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comercio do Mercosul. 2000. Disponível em: < <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec5900.asp>>. Acesso em 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/02.** XXXVI Reunión del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor. 2002a. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/02.** Anexo IV: Proyecto de Resolucion “Proteccion de la Salud y Seguridad” - Aspectos Operativos. 2002b. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 02/04.** Anexo IV: Acuerdo Interintistucional de Entendimiento entre los Organismos de Defensa del consumidor de los Estados Partes del MERCOSUR para la defensa del Consumidor Visitante. 2004. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CMC/DEC. N° 64/10.** Estatuto da Cidadania do Mercosul Plano de Ação. 2010. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/11940-Estatuto-da-cidadania-do-mercosul-plano-de-acao.html>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

_____. **MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/10.** LXIII Reunião do Comitê Técnico N° 7 de Defesa do Consumidor. 2010. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/10.** Anexo V: Projeto de Resolução GMC sobre “Direito Aplicável a Contratos Internacionais de Consumo”. 2010. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

MERCOSUL. MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 04/11. LXVIII Reunión del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor. 2011a
Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>.
Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 04/11.** Anexo VI: Campanha de Recalls - Brasil. 2011b. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/ RES. N° 34/11.** Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos. 2011. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Resolutions/RES_034-2011_PT.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. **MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/12.** LXXI Reunião do Comitê Técnico N° 7 de Defesa do Consumidor. 2012a.
Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>.
Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/12.** Anexo IV: Proposta do Curso MERCOSUL de Defesa do Consumidor. 2012b.
Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>.
Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/LXXXIX GMC/P. DEC. N° 15/12.** Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo. 2012c. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/13.** LXXIII Reunión del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor. 2013.
Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>.
Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 02/13.** LXXIV Reunión del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor. 2013.
Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>.
Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 02/13.** Anexo VIII: Procedimiento de Alerta y Retiro de Productos y Servicios Considerados Potencialmente Nocivos o Peligrosos. 2013. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/?pag=d&lang=pt>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

MERCOSUL. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 02/13**. Anexo IX: Comunicaciones de Recalls Realizados en Brasil en los meses de abril y mayo de 2013. 2013. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/14**. Anexo IV: Listado de Recalls de Productos acompañados por Brasil. 2014. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 01/15**. Anexo VII: Comunicaciones de Recall 2015 (Brasil). 2015. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **MERCOSUR/CT N° 7/ACTA N° 01/17**. Anexo VI: Informe de Boletín SINDEC 2016 y de Comunicación de Recalls de Productos de la República Federativa de Brasil. 2017. Disponível em: <<https://gestorweb.mercosur.int/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **MERCOSUL/GMC/RES. N° 04/17**. Procedimento Sobre Alerta e Retirada de Produtos e Serviços Considerados Potencialmente Nocivos ou Perigosos no Mercosul. 2017. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8420/2/innova.front/2017>> Acesso em: 18 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Comitê Técnico n.º 7**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/mercosul-1/comite-tecnico-no-7>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. **Escola Nacional forma primeira turma de tutores do Mercosul e Peru**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/%20Escola-Nacional-forma-primeira-turma-de-tutores-do-Mercosul-Peru%20>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Recall**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seusdireitos/consumidor/saude-e-seguranca>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR *et al.* **Manual de defesa do consumidor no Mercosul e Peru**. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional do Consumidor, 2015.

PARLAMENTO DO MERCOSUL. **Idiomas Oficiais**. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4499/1/secretaria/idiomas-oficiais.html?rightmenuid=4493>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

PATRÍCIO, Mariza Giacomini Lozer. **O processo de integração do MERCOSUL**: particularidades e atualidades. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, n. 1, v. 39, 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12571/9062>>. Acesso em 18 dez. 2017.

SALDAÑA, Jorge Abel Rosales. Mercosur, la avanzada unión aduanera imperfecta. In: CORONADO, Jayme Preciado; VALENCIA, Alberto Rocha (Org.). **América Latina: Realidad, Virtualidad y Utopía de la Integración**. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, 2013. p. 249-265.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane. A indústria cultural e o caráter fictício da individualidade na definição do conceito de consumidor-comunidade global. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 17, p. 107-131, 2017.

UNIFORMIDADE NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG): CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DA LEI E APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

UNIFORMITY IN THE APPLICATION OF THE VIENNA CONVENTION ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG): CRITERIA FOR ITS INTERPRETATION AND APPLICATION OF PRECEDENTS

William Soares Pugliese*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Métodos de interpretação da CISG; 2. O caráter internacional da CISG; 3. A Uniformidade; 4. Modelo sintético de Direito; 5. Como se utiliza um precedente; 6. Iniciativas a favor da uniformidade na CISG; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata das regras de interpretação previstas pela Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980 (CISG), a qual foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n.º 538, de 18 de outubro de 2012. Dentre as regras estabelecidas pela Convenção, o trabalho foca no seu caráter internacional e na necessidade de se promover uniformidade em sua aplicação. O caráter internacional será analisado a partir da perspectiva sugerida por Jeremy Waldron, no sentido de que o Direito internacional é um retorno ao *ius gentium*. Já a necessidade de promover uniformidade parte das considerações de Camilla Baasch Andersen, para quem a uniformidade só é atingida por meio da aplicação da CISG. Ainda sobre o tema da uniformidade, trata-se a respeito do que a referida autora denomina de “modelo sintético de direito”. Em seguida, o artigo expõe elementos essenciais da teoria dos precedentes, necessária para a consecução da uniformidade. Por fim, são descritas algumas das iniciativas a favor da uniformidade na CISG.

Palavras-chave: CISG. Interpretação. Uniformidade.

ABSTRACT: *This article deals with the interpretation of rules laid down by the Vienna Convention on the International Sale of Goods 1980 (CISG), which was welcomed by the Brazilian legal system by means of Legislative Decree No 538 of 18th October 2012. Among the rules established by the Convention, this work focuses on its international character and the need to promote uniformity in its application. The international character will be considered from the perspective suggested by Jeremy Waldron, in the sense that international law is a return to the *ius gentium*. The need to promote uniformity stems from Camilla Baasch Andersen's considerations, to whom uniformity is achieved only through the application of the CISG. While on the subject of uniformity, comments are made about what the said author calls a “synthetic model of law.” Then, the article presents essential elements of the theory of precedent required for the achievement of uniformity. Finally, the paper describes some of the initiatives in favor of uniformity in the CISG.*

* Doutor em Direitos Humanos e Democracia pelo PPGD da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pelo PPGD-UFPR. Professor Substituto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado em Curitiba.

INTRODUÇÃO

A Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980 (CISG) estabeleceu uma regulamentação internacional da compra e venda. A partir dela é que foram lançadas iniciativas de uma Lei mundial de contratos internacionais e do Código Europeu de Contratos (XAVIER, 2011; NALIN; POSSENATO, 2008). Além disso, como afirma Ole Lando (2009, p.1), o projeto da CISG foi o padrinho de iniciativas como o UNIDROIT.¹

A chamada CISG² foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n.º 538, de 18 de outubro de 2012.³ O que parece, à primeira vista, uma simples adesão a um tratado internacional, quando observado com maior cuidado revela um complexo conjunto de normas, muitas delas diferentes das regras e princípios nacionais. Diante deste panorama, em uma primeira análise o jurista brasileiro poderia se sentir tentado a interpretar a CISG à luz da Constituição da República e dos demais dispositivos previstos na legislação nacional.

Ocorre, porém, que o artigo 7, (1) e (2), da CISG, impede esta conclusão. A Convenção de Viena estabelece previamente quais são seus critérios interpretativos e, aqui, afasta-se da tradição chamada de *Civil Law*. Vale dizer, inicialmente, que os principais critérios para a interpretação de seus dispositivos são o caráter internacional da própria Convenção⁴, a necessidade de se promover uniformidade em sua aplicação⁵ e a

¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPIC).

² Convention on the International Sales of Goods.

³ Art. 1.º Fica aprovado o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
Art. 2.º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

⁴ “its international character”.

⁵ “the need to promote uniformity in its application”.

observância da boa-fé⁶ no comércio internacional⁷. Prossegue a CISG, ao estabelecer outros dois critérios supletivos para a colmatação de lacunas⁸: os princípios gerais na qual ela se baseia⁹ ou, na ausência de todos os outros, a conformidade com o direito internacional aplicável¹⁰. A exceção para essas hipóteses está prevista apenas no artigo 6, que permite às partes excluir a aplicação da Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.¹¹

Nota-se, assim, que a CISG veda a utilização do Direito Nacional como fundamento para sua interpretação. Com isso, busca impedir o chamado “*homeward trend*”, ou seja, o favorecimento da parte por meio da aplicação de regras específicas de um país.¹² Em outras palavras, a CISG exige do intérprete, qualquer que seja o país em que a Convenção tenha sido ratificada, que a metodologia jurídica nacional seja abandonada e que se adotem as regras da própria Convenção.

São estas regras que o presente artigo se propõe a analisar. Na perspectiva da CISG, a primeira questão a ser discutida é o método interpretativo mais adequado para o estudo da Convenção de Viena. Serão analisados os métodos literal e histórico, com breves referências a outras opções da doutrina. A conclusão a que se chega, acompanhando o pensamento de Sieg Eiselen (EISELEN, 2009), é a de que a aderência estrita a qualquer um dos métodos somente prejudica a compreensão da Convenção. O que deve ser feito, na verdade, é a compreensão dos termos da CISG com o auxílio de dois critérios: seu caráter internacional e a necessidade de promover uniformidade.

O caráter internacional será analisado a partir da perspectiva sugerida por Jeremy Waldron (WALDRON, 2005), no sentido de que o Direito internacional é um retorno ao chamado *ius gentium*. Trata-se, porém, de um *ius gentium* que se afasta do mero Direito natural e que não é absolutamente cogente, como sua versão romana.

⁶ Especificamente sobre o tema da boa-fé na CISG, ver NALIN, 2014.

⁷ “the observance of good faith in international trade”.

⁸ Neste sentido, ver MAGNUS, 2009.

⁹ “general principles on which it is based”.

¹⁰ “inconformity with the Law applicable by virtue of the rules of private international Law”.

¹¹ “The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.”.

¹² Para uma análise pormenorizada do homeward trend, ver FERRARI, 2009. .

Já a necessidade de promover uniformidade merece cautelosa análise. Para tanto, parte-se das considerações de Camilla Baasch Andersen (ANDERSEN, 2009), para quem a uniformidade só é atingida por meio da aplicação da CISG. Ao se tratar da uniformidade, algumas considerações serão realizadas a respeito do que a referida autora denomina de “modelo sintético de direito”, em uma tentativa de justificar à ciência do direito a validade da CISG e, em mais larga escala, dos tratados internacionais.

Inevitavelmente, a discussão a respeito da uniformidade recai no tema dos precedentes. Como o Brasil é um sistema afeto à tradição da *Civil Law*, este artigo faz uma breve exposição a respeito da utilização da teoria dos precedentes persuasivos. Neste ponto, torna-se imprescindível a comparação das regras da CISG com o novo Código de Processo Civil que visa um Direito mais uniforme ou, nas palavras deste diploma, mais coerente e íntegro. Por fim, serão descritas as iniciativas a favor da uniformidade na CISG.

1 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA CISG

Diante do plano internacional em que a CISG é aplicada, e pela exclusão do direito doméstico imposta por seus próprios dispositivos, a primeira questão que deve ser considerada a respeito da Convenção de Viena de 1980 é a sua interpretação. Afinal, todo juiz, árbitro ou advogado terá que, direta ou indiretamente, adotar uma ótica para compreender o tratado e resolver um caso concreto (MAGNUS, 2009, p.33).

A CISG adotou o seu próprio método de interpretação justamente pelo fato de que seus intérpretes serão os mais variados possíveis. Atualmente, são 84 (oitenta e quatro) os países signatários, dentre eles Estados Unidos da América, China, Rússia e França.¹³ No Brasil, a Convenção entrou em vigor no país no dia 1.º de abril de 2014¹⁴. Parece seguro afirmar que, pelo critério territorial, metade do globo já é signatário

¹³ Uma lista completa dos países pode ser verificada em: PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. CISG: table of contracting states. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁴ Artigo 99 (1), CISG. Esta Convenção entrará em vigor, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que houver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acesso, incluindo o instrumento que contenha declaração feita nos termos do artigo 92.

da Convenção, o que revela sua importância e comprova a diversidade de intérpretes que voltam seus olhos ao texto da Convenção.

É para contornar a própria realidade que os relatores da CISG estabeleceram regras internas à Convenção, de modo a orientar a leitura de seu texto e aproximar as conclusões, independentemente do local e da tradição jurídica adotada. O método de interpretação, portanto, deve ser uniforme, assim como a aplicação do tratado.

Ocorre que este é um objetivo parcial, mas não é a finalidade da CISG. A uniformidade não se esgota em si mesmo, mas sim no escopo de facilitar as relações de compra e venda entre partes em Estados diferentes e para reduzir os custos dessas transações.¹⁵

Nesta perspectiva, um dos métodos de interpretação que merece ser analisado e excluído é o chamado *homeward trend*¹⁶, ou “método político” (MAGNUS, 2009, p.35), pois ele pode levar a conclusões bastante diferentes a respeito da Convenção. É o que se passa a expor.

Por método político de interpretação procura-se representar a tendência, observada em alguns julgamentos, de que as cortes nacionais acabam por favorecer seus próprios cidadãos ao apreciar casos de compra e venda internacional.¹⁷ Isto pode ocorrer por meio da interpretação da CISG, já que a língua e o sentido das palavras podem ser manipulados.¹⁸ Não se pretende fazer qualquer acusação ao Judiciário brasileiro, mas sim considerar uma prática já observada em outros países e que merece ser combatida.¹⁹

A simples menção de que essa prática existe parece ser suficiente para reprimi-la. Este comportamento das Cortes nacionais ofende os

¹⁵ O autor também afirma que a uniformidade contribui para a paz entre as nações. Ver: MAGNUS, 2009, p.35.

¹⁶ Ou “assunções e concepções com pano de fundo doméstico”, em tradução livre de FERRARI, 2009.

¹⁷ Citar alguns casos.

¹⁸ Vale lembrar que a língua é uma difícil barreira a ser superada na interpretação e na uniformização da CISG. Ver: LANDO, 2009, p.4; livro que achamos no Cesar Pereira.

¹⁹ “Nos casos de compra e venda internacional seria relativamente fácil privilegiar a indústria nacional por meio de decisões judiciais. As cortes de um país poderiam facilmente rejeitar as alegações das partes estrangeiras contra partes nacionais, e confirmar as alegações dos nacionais contra os estrangeiros de uma forma sistemática. Não é necessário que isso seja feito abertamente.” Tradução livre de “In international Sales cases it would be rather easy to prefer the home industry by court decisions. The courts of a country could easily reject claims by foreign claimants against home defendants in a systematic way. It is not necessary that this is done openly.” (MAGNUS, 2009, p.35).

principais objetivos da justiça, como o tratamento isonômico e a neutralidade das decisões, como também diverge do caminho buscado pela própria CISG, qual seja, a uniformidade da interpretação e a regulamentação da compra e venda em termos internacionais.

A expectativa, porém, é a de que esta prática seja cada vez mais reduzida. Iniciativas de compilação das decisões a respeito da CISG, como o CLOUT²⁰, têm identificado uma tendência cada vez mais próxima dos objetivos da Convenção²¹.

Evitar a interpretação política da Convenção é uma atividade que exige, mais do que tudo, confiança no Poder Judiciário.²² Como um tratado internacional, não há como realizar um controle absoluto dessas decisões, muito menos há um tribunal internacional competente para reformar os casos julgados. Assim, o que se pode afirmar é que ou o sistema funciona, ou não há unificação da compra e venda internacional.

Ultrapassada a questão da interpretação política, é preciso identificar qual método de interpretação é o mais adequado à CISG. O consenso na doutrina especializada é de que o primeiro passo deve ser o método literal²³. Se o texto for claro, o que se entende é que o tribunal não deve ir mais longe do que as disposições da Convenção.

O método literal é uma reação natural e talvez a mais comum aproximação a um texto com caráter legislativo. A compreensão derivada da legislação costuma ser aquela que um leitor de boa compreensão obtém a partir das palavras de um dispositivo.²⁴ Este método parte da ideia de que a linguagem é clara, livre de ambiguidades e dotada de um único significado. Seu ponto positivo, como destacado por seus defensores, é a

²⁰ Case Law on UNCITRAL Texts. Sua atividade será analisada com mais cuidado no item 7.

²¹ "If one takes the last twenty CLOUT cases relating to the CISG in theory at least ten foreign parties and ten home parties should have won their case had the courts decided in a neutral, impartial manner. In fact, the outcome of this little test showed an almost equal number of foreign and home parties who won their case." (MAGNUS, 2009, p.36).

²² São diversos os autores que sustentam a ausência de controle e a necessidade de confiança nas decisões judiciais. Ver: DIMATTEO et al., 2001, p.14; LANDO, 2009, p.4; SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.124.

²³ "There is however a wide ranging consensus that the first step in the interpretation of the CISG should be a literal interpretation by having regard to the wording and if the wording is clear the court or tribunal need to go no further." (EISELEN, 2009, p.61).

²⁴ "The understanding of the text is said to be based on the meaning that a competent, knowledgeable, purposeful and informed user of ordinary language would give to ordinary words used in a statute." (EISELEN, 2009, p.63).

segurança jurídica que o literalismo produz.

Entretanto, essa segurança jurídica é mais uma ficção do que realidade. É preciso lembrar que a CISG foi redigida com termos amplos, dotados de diversos sentidos.²⁵ Além disso, deve-se recordar que a Convenção foi traduzida para diversas línguas, e em todas elas o processo de tradução pode ser, também, um processo de alteração de sentido.²⁶

Para suprir essas deficiências, mesmo os defensores do literalismo vêm adotando uma postura moderada. Para tanto, aplicam o texto legal em conjunto com alguns comentários à Convenção ou até mesmo um precedente.²⁷

Esta postura moderada parece mais adequado, pois atende ao que a própria Convenção de Viena determina. Não se deve olvidar que o art. 7 (1), faz referência a seu caráter internacional e à necessidade de promover uniformidade. Estes dois critérios, por si só, exigem do intérprete que considere casos anteriores e que pense o texto legislativo à luz do comércio além das fronteiras.²⁸ Nas palavras de Sieg Eiselen, “uma aderência muito rigorosa às palavras somente traz consigo o risco de que o ideal de uniformidade será prejudicado”²⁹.

As considerações anteriores dão ensejo a uma dúvida pertinente: se a interpretação exclusivamente literal não é desejada, como ela pode ser a mais recomendada pela doutrina especializada? A resposta está na combinação deste método com a chamada intenção legislativa, ou histórica.

Trata-se de uma concepção bastante comum, de que o propósito da interpretação é dar efeito às intenções do legislador. Este objetivo não

²⁵ Neste sentido, faz-se referência à expressão “good faith”, do art. 7 (1).

²⁶ “A boa-fé, considerada desde os tempos medievais, como o Grundprinzip des Handels, pode ser concebida em duas acepções, ou seja, como princípio e como standard. Alguns ordenamentos atribuem-lhe a natureza de um standard, servindo de critério de julgamento; em outros, é reputada um princípio, o que lhe dá maior importância.” (FRADERA, 2011, p.13). Ver também: MacQUEEN, 2007, p.614-644.

²⁷ “In some cases the application of the plain meaning of the words is coupled with a reference to commentary or other case Law, but without reference to context or purpose or drafting history.” (EISELEN, 2009, p.81).

²⁸ Neste sentido, Ulrich Magnus sustenta que o juiz ou árbitro tem o dever de promover uniformidade. (MAGNUS, 2009, p.41).

²⁹ “A too strict adherence to the words only bears with it the risk that the ideal of uniformity will be undermined”. (EISELEN, 2009, p.89).

é estranho, seja para a tradição da *Civil Law*, seja para a *Common Law*³⁰. Na compilação *Interpreting Precedents*, as referências à interpretação histórica são lembradas na Alemanha (ALEXY; DRIER, 1991, p.87), França (TROPER; GRZEGORCZYK; GARDIES, 1991, p.179), Reino Unido (BANKOWSKI; MACCORMICK, 1991, p.377) e Estados Unidos (SUMMERS, 1991, p.415), dentre outras.

A busca pela intenção legislativa, em sua concepção inicial, trata justamente do estudo da chamada “vontade do legislador”. No entanto, este método pode ir mais além, concentrando ainda a noção de interpretação dinâmica, ou seja, a possibilidade de se buscar a intenção da lei para os casos novos³¹, não previstos expressamente pelo dispositivo. Um simples exemplo da interpretação dinâmica pode ser dado com fundamento no art. 13, da Convenção de Viena, que dispõe: “Art. 13. Para os fins da presente Convenção, o termo “escrito” abrange as comunicações endereçadas por telegrama ou por telex”³².

A doutrina atual (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2014, p.347-38) sequer discute o fato de que as comunicações de que trata o art. 13 podem ser encaminhadas por fac-símile ou por e-mail. Trata-se, justamente, de uma interpretação dinâmica, já que a intenção do legislador era permitir às partes que utilizassem os meios de comunicação escrita mais eficientes da época. Com o desenvolvimento da comunicação, o texto da CISG passou a ser interpretado de forma extensiva, relativizando a literalidade por conta da história da Convenção e de sua construção ao longo do tempo.

Como, porém, conferir se uma determinada interpretação é adequada ou não à história da CISG? Felizmente, os trabalhos preparatórios da Convenção de Viena de 1980 foram rigorosamente compilados, dando

³⁰ “This goal has not only been recognised in Civil Law systems but has also been confirmed by judges and scholars of Common Law states.” (GRUBER, 2009, p.91).

³¹ “[...]it seems that an updating or dynamic interpretation does not necessarily depart from the concept of legislative intention. In many cases, the goal of a dynamic interpretation lies in ascertaining a presumed will of the legislator in situations which, especially due to changing economic, political or cultural circumstances, have not really been thought of by the legislator.” (GRUBER, 2009, p.91).

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Tradução de Iacyr de Aguiar Vieira. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

origem aos chamados *travaux préparatoires*³³, e em especial o chamado *Secretariat Commentary*³⁴.

Os atos e procedimentos que culminaram com a CISG constituem uma das mais importantes ferramentas para sua interpretação. Parte da doutrina reputa esses textos como o principal instrumento de estudo da Convenção.³⁵

A proposta de utilização dos *travaux préparatoires*, porém, disfarça a dificuldade de se trabalhar com estes documentos. O principal motivo é que antes da CISG se tornar definitiva, a numeração dos artigos foi alterada inúmeras vezes e, por conta disso, muitas vezes encontrar trechos relevantes nestes documentos se revela uma verdadeira busca por uma “agulha no palheiro”³⁶. Em uma tentativa de facilitar o acesso à história documental, merece destaque a obra de John Honnold (HONNOLD, 1989).

Por fim, é importante lembrar do chamado *Secretariat Commentary*. Trata-se de uma publicação a respeito do esboço da CISG de 1978 que, apesar de ter numeração de artigos diferente, tem um texto quase idêntico ao da Convenção de 1980. Os

Comentários do Secretariado são a fonte histórica mais citada pelas decisões que aplicam a CISG e têm, por isso, grande importância prática.³⁷

Observa-se, assim, que a CISG exige uma metodologia que engloba a interpretação literal com a história legislativa. No entanto, a utilização dessa dupla metodologia não garante os resultados esperados pelos relatores da Convenção. Tenha-se em mente que os *travaux préparatoires* não são um documento unilateral, mas sim uma compilação de opiniões de todos os participantes da Convenção. Muitas vezes, para sanar as divergências, o grupo de juristas optou por normas de textura

³³ Disponíveis em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html>. Acesso em: 14 fev. 2013.

³⁴ GLOBAL SALES LAW. **New Schlechtriem/Schwenzer Commentary (3rd english ed.)**. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

³⁵ “The acts and proceedings of the Vienna Conference constitute the most important tool for the interpretation of the CISG.” (GRUBER, 2009, p.98).

³⁶ “This is especially due to the fact that during the deliberations the article numbering system has been changed several times. Therefore it has been pointed out that looking for relevant parts of the travaux préparatoires can end in a search for a needle in a haystack”. (GRUBER, 2009, p.98).

³⁷ “There are hardly any solutions offered by the Secretariat Commentary that have not been adopted by courts and scholars.” (GRUBER, op. cit., p.102).

aberta, cujo legado é o espaço para mais discussão e controvérsia quando da aplicação dos dispositivos.

Portanto, o que se quer afirmar é que a definição dos métodos de interpretação, apesar de importantes, não garantem a consecução dos objetivos gerais da Convenção^{38, 39}, que são o tratamento isonômico das partes no plano internacional e sua aplicação uniforme por todo o mundo.

Sendo assim, é necessário examinar dois dos principais critérios interpretativos, destacados pelo art. 7 (1), para que se tenha uma exposição completa da metodologia da CISG. Por isso, passa-se a examinar o caráter internacional da Convenção e, em seguida, seu ideal de uniformidade.

2 O CARÁTER INTERNACIONAL DA CISG

Para a interpretação da CISG, seu art. 7 determina que o intérprete deverá “ter em conta” o seu caráter internacional. A doutrina mais autorizada compreende este dispositivo como um comando explícito dirigido aos tribunais jurisdicionais e arbitrais.⁴⁰ Portanto, não se trata de uma simples recomendação. É por este motivo que o caráter internacional da CISG não pode ser visto como uma mera indicação, mas deve ser tomado como verdadeiro critério interpretativo.

Neste sentido, o caráter internacional incorpora o princípio da interpretação autônoma, ou seja, o significado dos termos usados pela Convenção devem ser determinados independentemente de qualquer pré-concepção doméstica (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.123). As soluções desenvolvidas precisam ser aceitáveis em diferentes sistemas jurídicos, com diferentes tradições jurídicas.

³⁸ “[...] a uniform method of interpretation is indispensable in order to achieve and further the unification purpose of the Convention.” (MAGNUS, 2009, p.59).

³⁹ “In interpretive matters, there can be several possible answers. Nonetheless, a broad use of the above mentioned interpretative factors can lead to an objective assessment and thereby help reduce the risk of diverging interpretations”. (GRUBER, 2009, p.111).

⁴⁰ “The formula ‘regard is to be had’ is more than a mere recommendation to use the interpretative principles established by Article 7(1). It is rather to be understood as a most explicit command directed at courts and arbitral tribunals applying the Convention.” (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.123).

Para se compreender o caráter internacional, é preciso recordar que a CISG surgiu de negociações entre muitos Estados⁴¹ que, direta ou indiretamente, perseguiram ideias e inspirações, formularam propostas em línguas estrangeiras e assumiram compromissos, tudo isso para obter um mínimo de seus reais interesses. Uma Convenção formulada a partir dessas circunstâncias deve ser interpretada com muita cautela (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.123).

Uma das questões mais relevantes, neste ponto, é o problema das línguas em que a CISG foi redigida. Existem seis versões oficiais da Convenção⁴², igualmente autênticas⁴³. Nem sempre, porém, todas as versões são consistentes em sua terminologia. Ou melhor, nem sempre o significado de um termo será o mesmo para o Direito de todos os países signatários da convenção. Pense-se, por exemplo, nas diferenças entre os significados de “*good faith*”, “*Treu und Glauben*” e “boa-fé”, nos Direitos inglês, alemão e brasileiro, respectivamente. O intérprete da CISG deve se despir das concepções domésticas e compreender que a Convenção precisa ser interpretada independentemente, com base no contexto da própria Convenção.

Tratar a CISG como uma Convenção cujo caráter internacional deve ser levado em conta significa dizer, ainda, que a sua compreensão e aplicação precisam ser uniformizadas em um nível acima do nacional (DIMATTEO *et al.*, 2001, p.9-10). Esta uniformização é a chave para se evitar o problema recorrente de conflito de dispositivos legais entre países.⁴⁴

Como, porém, justificar a todos os países signatários que os dispositivos da CISG devem ser interpretados de forma independente,

⁴¹ “A massiva adesão dos países à Convenção de Viena de 1980 e a influência direta e indireta que ela tem exercido sobre legislações nacionais demonstra a sua ampla aceitação no mundo e o seu sucesso como ‘Direito mundial da compra e venda’ (world sales law)”. (DOLGANOVA; LORENZEN, 2009). .

⁴² Inglês, Árabe, Chinês, Francês, Russo e Espanhol.

⁴³ Em que pese a autenticidade das seis versões, a inglesa ainda é considerada a versão mais adequada: “If there is a need to consult the original language versions, then as a rule it will have to be assumed that in the case of discrepancies between the various language versions the English text (and occasionally the French text) express the intention of the Conference better than the other versions”. (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.130).

⁴⁴ “This characteristic implies that its overall purpose is the standardization of law at a level above that of a national law. This standardization provides the important benefit of avoiding the long-standing problem of conflict of laws among nation states.” (DIMATTEO *et al.*, 2001, p.9-10). .

alheia às concepções nacionais? Jeremy Waldron (WALDRON , 2005) propõe uma solução que merece ser destacada no presente artigo.

O Direito Internacional já foi sinônimo de “Direito das Nações”. No entanto, a expressão Direito das Nações já teve um significado muito mais amplo, abrangendo não apenas o Direito dos Estados, mas também questões específicas, como contratos, crime e propriedade, de forma universal. Tratava-se de um conjunto de princípios estabelecidos por uma espécie de consenso entre juizes, juristas e legisladores ao redor de todo o mundo: era algo como a *Common Law* da humanidade.⁴⁵

A concepção de Direito das Nações de Waldron, ou *ius gentium*, como prefere o autor, parte de duas ideias antigas. A primeira é o Direito natural, especialmente na visão de Cícero, de razão de acordo com a natureza, de aplicação universal, imutável e eterna (WALDRON , 2005, p.133). A segunda ideia, da qual Waldron extrai o nome de seu Direito das Nações, era o contraponto romano ao direito dos próprios romanos: o *ius gentium*, compreendido como um corpo de regras comuns a todas as comunidades vizinhas.

Da combinação dessas duas visões, Waldron propõe que o *ius gentium* pode funcionar como uma inspiração ao Direito doméstico e como um guia para estabelecer um Direito internacional⁴⁶, no sentido de se conceber um corpo de regras externo e alheio ao direito de cada país (*ius civile*). Para tanto, é preciso que cada intérprete compreenda essas diferenças e se insira em um corpo de julgadores mais amplo do que o Poder Judiciário de cada Estado.

Para aplicar o *ius gentium*, cabe ao julgador se atentar ao caráter internacional das regras, compreendida a expressão como um corpo jurídico distinto, relevante para todo o mundo (ou ao menos aos países signatários de uma convenção). Neste sentido, parece bastante razoável afirmar que, para haver de fato este corpo jurídico, o *ius gentium* depende de uma aplicação uniforme de suas regras.⁴⁷

A própria explicação do caráter internacional, portanto, exige da exposição que o passo seguinte a ser analisado seja a uniformidade.

⁴⁵ “it once had a broader meaning, comprising something like the common law of mankind”. (WALDRON , 2005, p.132).

⁴⁶ “Ius gentium is still both an inspiration for domestic law and a guiding ideal for a uniform body of transnational law.” (WALDRON, 2005, p.135).

⁴⁷ Observe-se, aqui, que o *ius gentium* proposto é a versão contemporânea de Jeremy Waldron. Sabe-se que a figura latina foi bastante deturpada e politizada, especialmente no medievo. Neste sentido, ver a crítica de GLITZ, 2012.

Não por acaso, os relatores da CISG colocaram os dois critérios de interpretação lado a lado.⁴⁸

3 UNIFORMIDADE

Quando se redige uma lei que se pretende uniforme, não existe *a priori* uma garantia automática de que seus dispositivos serão aplicados da mesma maneira. Mais do que isso, também não é claro o grau esperado de uniformidade, nem mesmo como este ideal será atingido. Na CISG, a uniformidade é um conceito obscuro e difícil de se definir, especialmente pelo fato de que a Convenção se alastra por seis continentes e é aplicada por praticamente todas as culturas jurídicas do mundo.

Camila Baasch Andersen destaca os elementos mais comuns da doutrina, quando da tentativa de definir uniformidade. Em primeiro lugar, este conceito é muito diferente da definição de um dicionário, já que as leis não se aplicam sempre do mesmo modo – a questão, no Direito, é estabelecer similaridade.⁴⁹ Portanto, a definição de uniformidade está muito ligada aos resultados obtidos pela aplicação da Convenção.⁵⁰

O segundo elemento é o fato de que os defensores da uniformidade sugerem que o conceito de unificação do Direito depende da harmonização e culturas jurídicas que, com isso, podem estabelecer e aplicar regras similares entre diversas culturas jurídicas.⁵¹ Esta posição se aproxima do tema acima defendido, no sentido de que o caráter internacional da CISG somente será alcançado se houver a separação do direito nacional em face de um novo *ius gentium*.

⁴⁸ Artigo 7(1). Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

⁴⁹ “Uniformity in law is different from a dictionary definition, as no laws are ever applied ‘always the same’, but it is concerned with establishing similarity, and a definition is therefore very result based.” (ANDERSEN, 2007, p.4).

⁵⁰ “If uniformity of interpretation can be understood as being something less complete, extraordinary strides have been made. The drafters of the CISG helped in including Art. 7(1) CISG in the text. When a State ratifies the Convention the political authorities have given an instruction to its courts as well as to practitioners and academics that in the interpretation of the Convention regard is to be had among other things to the need to promote uniformity in its application.” (BERGSTEN, 2009, p.30).

⁵¹ “The major promulgators of legal uniformity strongly suggest that the concept of unification of law rests on the bringing together of legal systems, so the result in question is the establishing of similar rules across divides of legal cultures” (ANDERSEN, 2007, p.4).

Um terceiro elemento destaca que o Direito Uniforme demanda uma nova forma de se fazer Direito, em que se tem uma origem e um foco diferente. Mais do que isso, esse novo ordenamento surge em um contexto transnacional.⁵² Dentro deste contexto, leve-se em conta que é virtualmente impossível obter uma uniformidade no sentido de absoluta igualdade no tratamento dos casos. Assim, deve ser considerada como parte deste elemento a noção de que a uniformidade pode ser alcançada em diferentes graus de similaridade entre as decisões.⁵³

Tem-se como quarto elemento que a unificação moderna é um processo político voluntário, em que diferentes jurisdições optam por partilhar um grupo de regras.⁵⁴ Não existe, aqui, uma imposição pela força, como nos exemplos históricos de Direito uniforme.⁵⁵

Por fim, o elemento que parece ser o mais relevante para esta exposição, tem-se que não é na criação dos textos que se dizem “uniformes” que se obtém a verdadeira uniformidade. É na aplicação desses textos que se pode constatar se houve ou não sucesso na obtenção de similaridade.⁵⁶

Dos elementos destacados, parece bastante claro que o Direito Uniforme não assume essa característica pela ação dos relatores das Convenções. A redação dos dispositivos pode, no máximo, assumir uma atividade prospectiva, indicando caminhos para o intérprete. O mesmo pode ser dito para a doutrina: não importa o quanto os autores defendam e expliquem o entendimento da CISG, sua função é meramente diretiva.

⁵² “Uniform law is a new form of lawmaking, with a different origin and a different focus, and it usually arises in a transnational context – or at least in a trans-jurisdictional context”. (ANDERSEN, 2007, p.4.-5).

⁵³ “It is important to note that uniformity is not an absolute but a variable, so we see that our intermediary definition has to encompass the concept of varying degrees”. (ANDERSEN, 2007, p.5).

⁵⁴ “Modern unification of laws is a political voluntary process whereby different jurisdictions elect to share a set of rules [...]. The element of voluntarily sharing is essential and defining”. (ANDERSEN, 2007, p.5).

⁵⁵ “Not where it was imposed upon them, as opposed to historical uniformity (like Roman law, common law, or other colonial laws).” (ANDERSEN, 2007, p.5).

⁵⁶ “It is not in the creation of texts which call themselves ‘uniform’ that any actual uniformity in law is created, but in the successful application of such texts, where the success is determined by the degree of similarity attained.” (ANDERSEN, 2007, p.5).

Como se sabe, qualquer texto com caráter legislativo não passa de um simples texto até que ele seja aplicado.⁵⁷ Assim, os verdadeiros responsáveis pela consecução da uniformidade são os juízes e os árbitros. Afinal, é apenas com a aplicação dos dispositivos do Direito Uniforme que será possível identificar se os casos são ou não tratados de forma igual. Portanto, é por meio da aplicação que se obtém uniformidade, não por meio da redação da lei.⁵⁸

Diante de todos esses elementos, Camila Baasch Andersen oferece um conceito de uniformidade: é a gradação variável de efeitos similares de um fenômeno que atravessa as fronteiras de diferentes jurisdições, resultando da aplicação de esforços deliberados para criar um conjunto de regras específicas, compartilhadas de alguma forma.⁵⁹

A partir do conceito de uniformidade, Andersen oferece logo em seguida a definição do que considera um corpo de Direito Uniforme: um conjunto de normas projetado para ser voluntariamente compartilhado além das fronteiras de diferentes jurisdições que, quando aplicado, resulta em uma gradação variável de efeitos semelhantes de um fenômeno jurídico.⁶⁰

Andersen enfatiza nos dois conceitos apresentados a gradação variável de similitude entre as diversas aplicações do Direito. Para ir mais além na exposição deste conceito, é preciso deixar a noção geral de uniformidade e aplicá-la para uma forma particular de Direito Uniforme. Neste artigo, como é de se esperar, a uniformidade na CISG será aprofundada.

Neste momento, é preciso questionar a razão pela qual se pretende ter uniformidade com a aplicação da CISG. A resposta não é difícil de se apresentar: os Estados compartilham voluntariamente

⁵⁷ “O momento de julgar envolve a renúncia do ato de apenas seguir a norma, implicando a suspensão de sua aplicação, ao mesmo tempo que a sua leitura implica a reescrita da norma, tornando o seu texto passado em texto para o presente, através a sua avaliação e reconstrução de sentido. A decisão deve seguir a norma e reinventá-la, ao mesmo tempo.” (KOZICKI, 2012, p.85-86).

⁵⁸ “Any promulgated text of law is just words until it is applied as law. And any drafted text purporting to be a uniform law is nothing until it is applied uniformly as law. It is in the application that uniformity is made, not in drafting.” (ANDERSEN, 2007, p.6).

⁵⁹ “We can define uniformity as the varying degree of similar effects on a phenomenon across boundaries of different jurisdictions resulting from the application of deliberate efforts to create specific shared rules in some form.” (ANDERSEN, 2007, p.6).

⁶⁰ “We can define ‘uniform laws’ as specific legal rules or instruments of some form [not necessarily defined as law in all jurisdictions] deliberately designed to be voluntarily shared across boundaries of different jurisdictions which, when applied, result in varying degrees of similar effects on a legal phenomenon”. (ANDERSEN, 2007, p.7).

um grupo de regras sobre compra e venda com o objetivo de remover barreiras legais e criar um campo único de negociação, o que beneficia todas as partes. Espera-se, portanto, que um grupo de profissionais se especialize nesta matéria para que possa oferecer consultoria adequada aos interessados no comércio internacional.

Da mesma forma, os profissionais que aplicarão a CISG – sejam eles juízes ou árbitros –, devem reconhecer que os dispositivos da Convenção são compartilhados com colegas de outras jurisdições, e que o desenvolvimento deste Direito Uniforme (ou um Direito Entre Nações) depende de uma análise diferente daquela sugerida pelas regras domésticas (ANDERSEN, 2007, p.9).

Se o Direito Uniforme tem a sua própria definição e os seus próprios fundamentos, é possível concluir, com John Honnold e Camila Andersen, que o Direito Uniforme é uma disciplina distinta.⁶¹ Não se trata de uma disciplina isolada, mas sim um ramo do Direito que possui regras próprias e um princípio informador diferente dos demais, especialmente do Direito brasileiro. Mais do que isso, é um ramo que exige do intérprete uma análise despida das concepções e conceitos de um corpo nacional de regras⁶², com a consulta de decisões de outras jurisdições e em outras línguas.

Como dar conta de um ramo tão distinto? A solução, na visão da maior parte da doutrina, é a adoção de uma *Common Law* transnacional.⁶³ Este fórum internacional de pesquisa e debate foi batizado de *jurisconsultorium*, pois os juristas podem consultar uns aos outros, tanto em termos acadêmicos como na pesquisa de precedentes de outras jurisdições (ANDERSEN, 2007, p.13).

Deixe-se claro, porém, que o *jurisconsultorium* não é um local físico, nem está concentrado em um único endereço eletrônico. Trata-se de uma verdadeira comunidade de estudantes, advogados, juízes e árbitros que dividem suas experiências e opiniões, internacionalmente. O tamanho dessa comunidade e a diversidade de seus participantes é diretamente proporcional à relevância e a aplicabilidade da CISG. De qualquer forma,

⁶¹ “We should expect (and insist) that tribunals construing an international convention will appreciate that they are colleagues of a world-wide body of jurists with a common goal.” (HONNOLD, 1995).

⁶² “There must be no homeward trend when uniform laws are interpreted, neither in sources nor in interpretational principles.” (ANDERSEN, 2007, p.13).

⁶³ “The rules of interpretation in most jurisdictions now recognize that these aids are admissible in interpreting conventions and there is strong evidence that they are used in many instances.” (EISELEN, 2009, p.89).

o presente artigo apresenta as principais iniciativas de compilação de decisões e doutrina a respeito da CISG, no item 7.

Para obter-se uniformidade, portanto, é preciso abandonar as concepções domésticas e ingressar em um Direito das Nações, cujo objetivo é aproximar a interpretação e a aplicação da CISG entre todos os Estados signatários. Vale recordar que o caráter internacional da Convenção não é um critério distinto, mas o próprio fundamento do Direito Uniforme.

Para se compreender o funcionamento distinto dessa disciplina, remete-se aos dois próximos itens. O item 5 apresentará o chamado “modelo sintético de Direito”, numa tentativa de explicar o fundamento de um direito sem fonte de autoridade e sem uma “norma fundamental”. Ainda, para haver similaridade entre as decisões, é preciso que os magistrados se aproximem da *Common Law*, no sentido de levar em consideração as decisões anteriores a respeito dos temas da CISG.

4 MODELO SINTÉTICO DE DIREITO

De todo o exposto até aqui, parece ter ficado claro que para a devida aplicação dos critérios do caráter internacional e da uniformidade, a interpretação da CISG deve ser tomada a partir de regras próprias, o que forma uma espécie de disciplina autônoma. O problema é que, como se trata de um Direito supranacional, não existe uma única “norma fundamental” que justifique a necessidade de aplicação uniforme.

O que a doutrina propõe para resolver este dilema está muito próximo das perspectivas realista e funcionalista. Trata-se de uma solução bastante simples, mas com efeitos jurídicos complexos. O que se defende é uma aproximação de um ponto de vista prático da realidade comercial:⁶⁴ se a CISG é importante para o comércio internacional, então ela deve ser aplicada de modo uniforme. Não se trata, portanto, de proteger o Direito nacional ou respeitar princípios internos, a questão é preservar o comércio internacional.

A partir dessa necessidade prática, cuja demonstração é bastante simples, as justificativas teóricas exigidas tornam-se complexas. Se não há hierarquia para exigir a aplicação da Convenção em um determinado

⁶⁴ “A much more functional approach can be taken IF the problem can be approached from a practical angle of commercial reality.” (ANDERSEN, 2009, p.215).

sentido, o modelo a ser construído deve ser “sintético”, justamente porque ele existe fora das definições clássicas de Direito.⁶⁵

Para se compreender este modelo sintético, a primeira observação a ser feita é a de que o acadêmico que se propõe a estudar o comércio internacional não pode ser apenas um acadêmico. Pelo contrário, deve ser (ou se colocar no papel de) um homem de negócios, a fim de compreender a comunidade envolvida no objeto de seu estudo.⁶⁶ Além disso, o que nos parece mais relevante, o acadêmico deve se despir da moldura jurídica de seu país, ingressando neste outro Direito.

Não há, propriamente⁶⁷, uma justificativa jurídica para demonstrar a necessidade de que o magistrado se coloque dentro de outro sistema normativo para resolver as questões relativas à CISG. No entanto, se a ideia é fazer do Brasil uma parte importante do comércio internacional, o pior que pode ocorrer é aplicar a Convenção em sentido diverso daquele que a uniformidade prevê.

O que se espera é, em um primeiro momento, um exercício de humildade de juristas, advogados e magistrados. Todos terão dificuldades para trabalhar com um sistema bastante distinto do que se tem dentro da Jurisdição brasileira. Essas dificuldades são de diversas ordens, partindo da dificuldade de compreensão de línguas estrangeiras, passando pela necessidade de pesquisa de jurisprudência em fontes que não os tribunais superiores brasileiros, até a dificuldade de se trabalhar com um sistema que se aproxima da *Common Law*. Vale lembrar, neste sentido, que os precedentes a respeito da CISG, independentemente do tribunal ou da corte arbitral que o proferiu, possuem autoridade persuasiva, o que significa dizer que existe certa expectativa de que sejam seguidos.

Inúmeras são as opiniões que reforçam a eficácia persuasiva das decisões anteriores da CISG. Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer

⁶⁵ “While it may be synthetic from a scholar’s point of view, because it exists outside determinable concept of definitions of law or origins of law, it is nevertheless a very real and non-synthetic reality for commercial trade.” (ANDERSEN, 2009, p.229).

⁶⁶ “As Schmitthoff has oft pointed out, an international commercial lawyer must be a man of business, and the commercial scholar must also understand the business community which his discipline supports. Moreover, as evidenced above, to understand uniform laws, they must be removed from any domestic legal framework.” (ANDERSEN, 2009, p.230).

⁶⁷ O pouco que se pode argumentar a este respeito é a própria adesão do Estado brasileiro às regras da CISG, sem qualquer ressalva por parte do legislador.

destacam essa autoridade ao comentar o art. 7(1) da CISG.⁶⁸ Larry DiMatteo, por sua vez, defende a eficácia persuasiva por meio do termo *soft law*, cujo significado atribuído é de uma evidência do direito internacional para futuros julgadores.⁶⁹ Em uma posição ainda mais extremada, Ulrich Maguns defende que a CISG obriga os julgadores a promover uniformidade, levando em consideração os precedentes internacionais. No entanto, acaba cedendo no fim de sua exposição, considerando que pela ausência de hierarquia entre os tribunais de diferentes países, a eficácia a ser defendida é a persuasiva.⁷⁰

Diante dessa aproximação com a teoria dos precedentes, parece relevante tratar, ainda que brevemente, de seu funcionamento. Por esta razão, o próximo item busca explicar a utilização de precedentes, sem a pretensão de esgotar o tema.

5 COMO SE UTILIZA UM PRECEDENTE

A teoria dos precedentes possui dois conceitos fundamentais para a compreensão do modo como os precedentes são aplicados na *Common Law*: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Por meio desses dois conceitos os juristas da *common law* extraem a regra jurídica das decisões judiciais. Sua compreensão representa a base para que o respeito aos precedentes possa ser observado.

Este item procura examinar os dois elementos. É importante notar, porém, que estes temas são amplamente debatidos pela filosofia do direito da *common law*. As opiniões ocupam extremos: enquanto alguns autores sustentam sua vital importância⁷¹, outros afirmam que os conceitos são inúteis⁷², pela impossibilidade de identificá-los com precisão nas decisões.

⁶⁸ “Rather, foreign court decisions and arbitral awards may have, if well-reasoned, persuasive authority, and will – and should – then be followed by other courts and arbitral tribunals.” (SCHLÉCHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p.126).

⁶⁹ “[t]he use by courts and arbitral panels of the CISG as evidence of customary international law.” (DIMATTEO et al., 2001, p.14).

⁷⁰ “The duty obliges for notice to be taken of foreign decisions; that means that judges have to examine whether relevant foreign case law exists, and if so, have to consider it. By no means are they formally obliged to follow it. [...] Foreign decisions can therefore only be granted persuasive authority.” (MAGNUS, 2009, p.42).

⁷¹ Por exemplo, DUXBURY, 2008.

⁷² Ver, dentre outros, STONE, 1959.

Dada a grande produção literária a respeito da *ratio decidendi*, dar-se-á especial enfoque ao texto que originou toda a discussão e que se revela essencial para qualquer estudo que pretenda tratar do assunto: o ensaio de Arthur Lehman Goodhart (GOODHART, 1930).

Antes, porém, de trazer o raciocínio de Goodhart, os conceitos merecem uma breve apresentação. A *ratio decidendi* refere-se às premissas necessárias à decisão. Já os argumentos ditos de passagem, que não se revelam vitais para a manutenção do julgado, são denominados *obiter dicta*.

A definição de Roland Séroussi aproxima-se deste entendimento. Para o autor, a *ratio* “não é senão a regra jurisprudencial fundamental, o cerne da decisão” (SÉROUSSI, 2006). Já os argumentos considerados *obiter dicta*, “embora não tenham caráter imperativo, permitem compreender a decisão graças às opiniões dadas pelos juízes ‘incidentemente’, na forma de digressões (*by the way*)” (SÉROUSSI, 2006, p.34). Essas rápidas definições são capazes de transmitir uma noção básica dos dois elementos. Além disso, a identificação do que é *ratio* e do que é *obiter* em uma decisão é muito mais difícil do que defini-las teoricamente.

Uma das primeiras tentativas de se estabelecer a distinção entre os dois elementos foi empreendida por Eugene Wambaugh.⁷³ De acordo com sua teoria, a *ratio decidendi* seria uma proposição em um julgamento que, caso tivesse seu sentido invertido, resultaria na alteração da decisão.⁷⁴

O erro de Wambaugh, porém, foi rapidamente identificado. Se um tribunal fundamenta sua decisão com dois argumentos distintos, ao se tomar qualquer um dos motivos e reverter seu significado o resultado da decisão não é alterado. Portanto, em todo caso que contiver duas razões independentes, o teste de Wambaugh indicará que as duas são, na verdade, *obiter dicta*, pois nenhuma delas é suficiente para, isoladamente, alterar o resultado da decisão (DUXBURY, 2008, p.76-77).

Cerca de quarenta anos após o ensaio de Wambaugh, Arthur L. Goodhart publicou um verdadeiro divisor de águas: “*Determining the ratio decidendi of a case*” (GOODHART, 1930). O raciocínio do professor

⁷³ Além do texto original, a doutrina de Wambaugh é bem explicada em CROSS; HARRIS, 1991, p.52 e segs.

⁷⁴ “The beginner can determine whether a given proposition of law is involved in a given case by first fram carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition.” (WAMBAUGH, 1892, p.5-6).

de Oxford parte de uma citação de John Salmond, para quem o precedente é uma decisão judicial que contém um princípio. Este princípio, que tem força vinculante, é comumente chamado de *ratio decidendi*. Entre as partes, a força vinculante seria o dispositivo da decisão, mas para o Direito, esta *ratio* abstrata teria caráter de lei.

A princípio, então, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é uma opinião de um juiz e que esta opinião deve ter influenciado a solução de um caso particular. Caso contrário, qualquer informação oferecida pelo juiz seria *obiter dictum*. Até a publicação de Goodhart, este era todo o desenvolvimento da doutrina sobre o tema. O que se apresenta a seguir são as inovações publicadas em 1930.

O autor sustenta que nunca é fácil indicar quais foram os motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão. Afinal, a lógica dos argumentos e a análise dos fatos da decisão anterior podem ter sido feitas de forma incorreta. Mas, ainda assim, essa decisão formará um precedente, com um princípio vinculante, como se toda a fundamentação fosse correta. Goodhart, aliás, afirma que muitos dos casos que se tornaram vitais para o Direito foram examinados por maus juízes – e que ainda assim fizeram “bom” Direito.⁷⁵

De qualquer forma, o autor não apresenta essas considerações para questionar a validade e a autoridade do Direito. Ele o faz para determinar, em seguida, as regras para a identificação da *ratio decidendi* dos precedentes.

A primeira regra dispõe que as razões expostas pelo juiz não influenciam a *ratio decidendi*. Essa regra deriva justamente da preocupação de que a fundamentação do juiz pode derivar de erros de interpretação, ou mesmo de má-fé. A segunda regra, por sua vez, sustenta que a *ratio decidendi* não se encontra na proposição de Direito do juiz, pois ela pode ser abrangente demais ou restritiva demais.

A terceira regra enunciada destaca que o juiz é quem escolhe quais fatos são importantes para a resolução do caso. Isso quer dizer que nem todos os fatos apresentados em juízo são levados em consideração para a tomada da decisão. Quem interpreta o precedente deve, portanto, estudar como o juiz observou os fatos e as provas para então ver qual foi a decisão tomada. Sem isso, o sistema de precedentes não significaria nada.

⁷⁵ “Paradoxical as it may sound, the law has frequently owed more to its weak judges than it has to its strong ones. A bad reason may often make good law.” (GOODHART, dez. 1930, p.164).

A quarta regra complementa e auxilia na compreensão da terceira. Existem dois tipos de fatos: os materiais e os imateriais. Alguns fatos são tipicamente imateriais, pois decorrem da imparcialidade do Judiciário, como pessoa, lugar, tempo e valor.

Com exceção desses fatos, os demais podem ser materiais. A melhor forma de saber se eles foram ou não levados em consideração pelo juiz é pelo exame do relatório. Após identificar se o magistrado reporta-se ou não a um determinado fato, é preciso investigar se ele o considerou relevante ou não para a resolução da questão. Alguns deles são expressamente considerados imateriais, ou seja, declarados irrelevantes, para a solução do caso, mas esta não é a situação mais comum.

Ao final de seu artigo, Goodhart ainda afirma que *obiter dicta* seriam as conclusões baseadas em fatos hipotéticos, entendidos como qualquer situação cuja existência não seja aceita pelo juiz. Esta ideia foi denominada por outros autores como uma argumentação “de passagem”.

O problema de toda a teoria dos precedentes de Goodhart, e de diversos autores que se seguiram, é que os textos parecem estar voltados exclusivamente para um direito costumeiro, sem considerar as regras jurídicas positivadas. Esta solução, portanto, é insuficiente para dar conta de temas como a uniformidade da CISG, pois nesta Convenção é preciso aliar o respeito a precedentes com a interpretação de dispositivos legais. Neste sentido, cabe destacar a contribuição de Frederick Schauer, que alia a teoria dos precedentes à interpretação legislativa (SCHAUER, 2009).

Para Schauer, um fato se torna material se uma regra jurídica o torna relevante. É uma regra jurídica que define quando duas situações são similares e é uma regra que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal. Se há uma regra externa ao precedente que determina a materialidade dos fatos, é esta regra, e não o precedente, que carrega a força vinculante.⁷⁶

Partindo das considerações do autor, é possível, portanto, elaborar uma justificativa para a *ratio decidendi*: é a partir dela, ou seja, da explicitação dos fatos e das soluções jurídicas dos casos, que os juízes conferem materialidade às leis. Portanto, caberá ao magistrado examinar os fatos juridicamente relevantes e aplicar o Direito de acordo com seus pares e respeitando as decisões anteriores acerca do tema.

⁷⁶ “If the standard for materiality comes from outside the precedent case – a statute, for example, then the structure is doing the work and we do not have an example of precedential constraint at all.” (SCHAUER, 2009, p.52).

Neste sentido, cabe destacar a aproximação da proposta de interpretação da CISG a partir da uniformidade com dispositivos do novo Código de Processo Civil brasileiro. Assim, o art. 926 dispõe que os tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A uniformização das decisões, aqui, é um dever dos tribunais, mas ao mesmo tempo é um critério para os julgamentos. Há, portanto, uma aproximação da postura das Cortes nos julgamentos a partir da CISG com os casos do direito interno brasileiro.

Por fim, deve-se notar que no que toca à CISG, os pares do magistrado estão dispersos pelo mundo, no chamado *global jurisconsultorium*. É a respeito deste tema que se dedica o último item deste artigo, cujo objeto é uma breve exposição das iniciativas a favor da uniformidade na CISG.

6 INICIATIVAS A FAVOR DA UNIFORMIDADE NA CISG

Diante das complexidades inerentes à interpretação e à aplicação da CISG, diversas iniciativas se formaram com a intenção de colaborar para a uniformidade. Este item apresenta as principais iniciativas, com a intenção de proporcionar ao intérprete brasileiro um ponto de partida para a pesquisa jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema.

Uma das principais compilações de decisões acerca da CISG partiu dos esforços da UNICITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). Já em 1983, esta comissão já havia destacado a necessidade de se compilar as decisões de tribunais nacionais e de cortes arbitrais a respeito da CISG. Este projeto resultou no chamado CLOUT (*Case law on UNCITRAL Texts*)⁷⁷, um sistema que compila ementas e resumos de decisões de todo o mundo⁷⁸. Além disso, todas as decisões são traduzidas para os seis idiomas base da CISG, com o objetivo de facilitar seu acesso.

Dentro do CLOUT, duas iniciativas merecem destaque. A primeira são os Digestos, uma série de três publicações, até o momento, que vinculam decisões aos artigos da CISG, resultando em uma espécie

⁷⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Welcome**. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

⁷⁸ “In the CLOUT system abstracts of court and arbitral decisions are published in all six languages of the Commission.” (BERGSTEN, 2009, p.30).

de legislação comentada. Todos estão disponíveis na internet⁷⁹. O CLOUT também tem outro projeto de grande importância. Trata-se do tesouro,⁸⁰ uma tentativa de compilar explicações e sinônimos para as diversas palavras utilizadas pela CISG, em suas diversas línguas⁸¹.

Vale mencionar, ainda, a Biblioteca Digital sobre Comércio Internacional e CISG (*Electronic Library on International Commercial Law and the*

CISG) da Universidade de Pace.⁸² Trata-se de um esforço conjunto entre essa Universidade e do Instituto de Direito Comercial Internacional,⁸³ cujo objetivo é fornecer uma base de dados completa, com artigos acadêmicos e decisões dos mais diversos tribunais, sempre com foco na CISG.

Por fim, lembre-se do Conselho Consultivo da CISG, ou International Sales Convention Advisory Council (CISG-AC). Trata-se de uma iniciativa privada que visa promover uma interpretação uniforme da CISG. Seus membros não representam países ou culturas jurídicas, são estudiosos que buscam o conhecimento das questões atinentes à Convenção de Viena de 1980. Não por acaso, os membros do CISG-AC destacam como seus principais objetivos a consideração primordial ao caráter internacional da Convenção e a necessidade de promover a uniformidade.⁸⁴

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar que a CISG exige uma metodologia que englobe a interpretação literal com a história legislativa.

⁷⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Digests**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html>. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁸⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Digests**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html>. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁸¹ Esta não é a única tentativa de um tesouro. Tem-se notícia, também, do projeto de ROGERS; KRITZER, 2003.

⁸² PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. **CISG DATABASE**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁸³ Institute of International Commercial Law.

⁸⁴ CISG ADVISORY COUNCIL. **Welcome to the CISG Advisory Council (CISG-AC)**. Disponível em: <<http://www.cisgac.com/>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

No entanto, limitar-se a esses dois critérios de interpretação não é suficiente. A própria redação da CISG optou pela técnica de redação com normas de textura aberta, cujo legado é o espaço para mais discussão e controvérsia quando da aplicação dos dispositivos.

Diante disso, argumentou-se que cabe ao julgador se atentar ao caráter internacional das regras, compreendida esta expressão como um corpo jurídico distinto, relevante para todo o mundo. A partir dessa noção, defende-se a necessidade de se interpretar internacionalmente a CISG a partir do critério de uniformidade. Para se obter uniformidade é preciso abandonar as concepções domésticas e ingressar em um Direito das Nações, cujo objetivo é aproximar a interpretação e a aplicação da CISG entre todos os Estados signatários.

Para tanto, o artigo também expôs, brevemente, a teoria dos precedentes, a qual é relevante para a compreensão de como a jurisprudência internacional se integra ao conteúdo da CISG e assume um papel de fonte para os julgamentos a serem proferidos pelos tribunais brasileiros. Ao final, o artigo também destacou os principais bancos de dados de decisões sobre o tema, para permitir que a uniformidade não seja um mero ideal, mas realidade na aplicação da Convenção de Viena.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DRIER, Ralph, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.73-121.

ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

_____. The interrelation of the CISG and Other Uniforme Sources. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p. 207-259.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Statutory Interpretation in the United Kingdom. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.359-406.

BERGSTEN, Eric. Methodological Problems in the Drafting of the CISG. In:

CISG ADVISORY COUNCIL. **Welcome to the CISG Advisory Council (CISG-AC)**. Disponível em: <<http://www.cisgac.com/>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DIMATTEO, Larry A. *et al.* **International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. New York: Cambridge University Press, 2001.

DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias. **Revista Fórum CESA**, v.4, n.10, p.46-61, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISELEN, Sieg. Literal Interpretation: the Meaning of Words. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p.61-89.

FERRARI, Franco. Homeward Trend: What, Why and Why Not. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p.171-206.

FRADERA, Vera Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Vera Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011. p.1-21.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e Lex Mercatoria**. São Paulo: Clássica, 2012.

GLOBAL SALES LAW. **New Schlechtriem/Schwenzer Commentary (3rd english ed.)**. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

GRUBER, Urs Peter. Legislative Intention and the CISG. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p. 91-111.

HONNOLD, John. **Documentary history of the uniform law for international Sales**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

_____. Uniform Laws for International Trade: Early “Care and Feeding” for Uniform Growth. **International Trade and Business Law Journal** (Australia). Murdoch, v.1, p.1-10, 1995. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold3.html>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p. 5-31.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LANDO, Ole. Preface. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p. 1-4.

MacQUEEN, Hector L. Good Faith, mixed legal systems and the principles of European contract law. In: ANDENAS, Mads *et al.* (Orgs). **Liber Amicorum Guido Alpa**: Private Law Beyond the National Systems. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.614-644.

MAGNUS, Ulrich. Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations. In:

JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p.33-59.

NALIN, Paulo. A boa-fé entre dois mundos: *civil law e common law* (aproximação comparativa do princípio da boa-fé “brasileira” em vista da aplicação uniforme do art. 7 da CISG). In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata Carlos; XAVIER, Luciana Pedroso. **Compra e venda internacional de mercadorias: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 121-139.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro; POSSENATO, Naiara (Orgs.). **Código Civil Europeu dos Contratos**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Tradução de Iacyr de Aguiar Vieira. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

PACE LAW SCHOOL INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW. **CISG DATABASE**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **CISG: table of contracting states**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ROGERS, Vikki M.; KRITZER, Albert H. A Uniform International Sales Law Terminology. In: SCHWENZER, Ingeborg; HAGER, Günter (eds.). **Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p.223-253. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/sisu/a_uniform_international_sales_terminology.vikki_rogers.and.albert_kritzer/>. Acesso em: 08 abr. 2013.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010.

_____. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÉROUSSI, Roland. **introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v.22, p.597-620, nov. 1959.

SUMMERS, Robert S. Statutory Interpretation in the United States. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.407-459.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.171-212.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Digests**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Digests**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html>. Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. **Travaux préparatoires**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. **Welcome**. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the modern *ius gentium*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.119, p.129-147, 2005.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown & Co, 1892.

XAVIER, Marília Pedrosa. Código Europeu de Contratos: o suposto retorno ao modelo codificado e as perspectivas para o Brasil e a América Latina. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v.3. p.615-635.

A ETIMOLOGIA DO RISCO. HERANÇA IBÉRICA AO MUNDO? BREVE E DESPRETENSÍOSA TEORIA

THE ETYMOLOGY OF RISK. IBERIAN HERITAGE TO THE WORLD? BRIEF AND UNPRETENTIOUS THEORY

Paulo Silva Fernandes*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Primeiros “seguros”. Os seguros marítimos. 2 O desenvolvimento do seguro marítimo na Europa. O jogo do risco. 3 O *Tractatus de Assecurationibus et Sponsonibus Mercatorum*, do português Pedro de Santarém (ou Santerna). 4 Do café londrino “Lloyd’s” a um colosso mundial dos seguros. Referências.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a questão, colocada em sede de História do Direito e na Sociologia, da origem etimológica da palavra “risco”, que acabaria por, entre outros significados, caracterizar as chamadas Sociedades do Risco. Nele tratamos da história e evolução (e aplicação) da palavra, aparentemente ligada aos seguros marítimos, do Tratado de Seguros de Pedro de Santarém e, fundamentalmente, da história do Lloyd’s. A questão não possui resposta cabal a final, mas constitui, esperamos, um desafio para os eventuais interessados a investigarem sobre a matéria.

Palavras-chave: Risco. Sociedade do Risco. Seguros Marítimos. História do Direito. Pedro de Santarém. Lloyd’s.

ABSTRACT: *The present study deals with the question of the etymological origin of the word “risk” in the History of Law and Sociology, which would, among other meanings, characterize the so-called Risk Societies. We deal with the history and evolution (and application) of the word, apparently linked to maritime insurance, the Insurance Treaty of Pedro de Santarém and, fundamentally, the history of Lloyd’s. The issue does not have a full answer to the final, but it is, we hope, a challenge for any interested parties to investigate on the matter.*

Keywords: Risk. Risk Society. Sea Enshurements. Law History. Peter of Santarém. Lloyd’s.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa uma despretensiosa aproximação – num contexto entre a História do Direito e a Teoria da Sociedade do Risco, à etimologia da palavra “risco”, que é, segundo Luhmann, desconhecida, embora possa atribuir-se-lhe, segundo o autor, uma origem árabe. O que é facto é que a palavra aparece em vários documentos medievais, encontrando significativa aplicação nos campos do comércio em geral e do comércio marítimo em particular. De resto, Luhmann afirma mesmo ser o *seguro marítimo* uma arcaica forma de planeamento e controle do

risco¹. Contudo, ainda segundo o mesmo autor, o uso da palavra, antes confinado a este círculo estrito, ganharia expansão em toda a Europa, mais precisamente do ano 1500 em diante, provavelmente a custo da generalização da impressão.

Para Giddens, a noção de *risco* terá adquirido expressão durante os séculos XVI e XVII, começando por ser usada pelos protagonistas ocidentais dos Descobrimentos, nomeadamente espanhóis e portugueses. Chega este autor a afirmar ter a palavra *risco* chegado ao inglês designadamente através do espanhol ou do português, parecendo dever o seu uso ser referido a situações de navegação em mares desconhecidos, ainda não descritos nas cartas de navegação, na altura dos Descobrimentos. Tinha, por isso, uma íntima ligação à noção de *espaço*².

Numa (outra) visão diferente, autores existem que defendem uma origem anterior se não da palavra, pelo menos do próprio acto de mutualidade e de transferência do risco, antecipando-as até à Antiguidade, mais propriamente a quase dois milénios antes da era Cristã, nomeadamente entre os Hebreus e os Fenícios, com base em referências encontradas no Talmude e no Código de Hamurabi, ou ainda na Grécia e Roma Antigas.

1 PRIMEIROS “SEGUROS”. OS SEGUROS MARÍTIMOS

No Oriente da Antiguidade, mais propriamente na China, é conhecida a associação entre os mercadores que operavam a travessia dos grandes rios, no sentido de dividirem a carga a transportar por vários barcos, no fito de, em caso de naufrágio ou de outro sinistro, os danos reduzirem-se ao mínimo.

No caso de uma dessas embarcações não conseguir atingir a outra margem, o fruto de uma coleta, uma espécie de quotização entre os vários mercadores, previamente levada a cabo, ajudaria a indemnizar o mercador sinistrado dos seus prejuízos

Já na Idade Média encontramos alguns fenómenos associativos de assistência, nomeadamente as *guildas*. Estas seriam inicialmente originárias dos Vales dos Alpes e respeitariam “à mutualização do risco

* Investigador Doutorado Integrado no Centro de Estudos Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga, Portugal).

¹ LUHMANN, Nikla. **Risk** - a sociological theory. 1ª ed. Estados Unidos: Aldine De Gruyter, 2005, p. 9.

² GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000.

entre os aldeãos na base de comunidades corporativas”³, encontrando-se também *guildas*, ou comunidades mutualistas, ligadas à Igreja, que visavam por seu turno a defesa mútua dos frades em caso de doença, incêndio ou de lhe advir algum sinistro causado pelas viagens pelos mesmos efetuadas; conhecem-se *guildas* na maioria dos países europeus da era Medieval. Visariam aquelas, assim, a solidariedade cristã e já uma forma arcaica de redistribuição do risco. Também algumas *corporações*, como as *mútuas de pescadores*, ter-se-ão expandido a partir do Século X, sendo do Século XI a difusão dos primeiros contratos relativos à cobertura de *riscos marítimos*⁴.

Todos estes fenómenos traduzem a necessidade de associação, com vista a poder fazer-se face a riscos que, fossem ou não de pequena probabilidade de ocorrência, mediante uma pequena quotização, poderiam ajudar muito quem sofresse os efeitos de um sinistro, normalmente de dimensões profundamente devastadoras para o património do sinistrado.

2 O DESENVOLVIMENTO DO SEGURO MARÍTIMO NA EUROPA. O JOGO DO RISCO

Em termos exatos e historicamente datados, o mais antigo contrato de Seguro escrito conhecido parece datar de 1347 e foi celebrado em Génova, sendo igualmente de génese italiana as primeiras leis escritas sobre seguros, embora não nos chegue de Itália a obra mais emblemática sobre o tema, como veremos à frente.

Mas também em Portugal, mais precisamente no reinado de D. Fernando, uma lei aprovada entre 1367 e 1383 encarregou-se de instituir um seguro marítimo obrigatório para todos os navios com mais de 50 toneladas que existissem no país. É de 1367 a criação, pelo mesmo D. Fernando, da *Companhia das Naus*, a qual exigia o registo de todos os navios nas condições referidas supra, bem como o pagamento de dois por cento de todos os lucros líquidos apurados nas viagens efetuadas por esses navios, efetuado nas Bolsas de Lisboa e do Porto. Com o fruto desses pagamentos, constituiu-se um fundo destinado a indemnizar “todos aqueles que perdessem os seus navios por naufrágio, apresamento ou roubo”⁵.

³ VASQUES, José. **O contrato de seguro**. Portugal: Coimbra Editora, 1999, p. 21.

⁴ CORREIA, Luís BRITO. Seguro – I – Aspetos Jurídicos. **Polis** – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 5. Lisboa: Verbo, 1987, p. 664.

⁵ J. DIONÍSIO DE ALMEIDA, “Seguro – II. Aspetos Económicos”, in *Polis* – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 5, p. 671-672.

Multiplicavam-se então os contratos de risco marítimo, visto ser cada vez maior a sua necessidade, com a intensificação do comércio e das viagens internacionais de alto risco, levadas a cabo pelos nossos navegadores.

É de notar a 1.^a edição, datada de 1552, do *célebre Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus Mercatorum* de Pedro de Santarém (ou Santerna), que é o primeiro *Tratado de Seguros* escrito, onde o seguro marítimo era tratado com uma autonomia e um rigor ainda hoje apreciados.

Mas é em Inglaterra que os seguros marítimos e as inerentes especulação e jogo do risco àqueles associados ganham uma expansão e desenvolvimento notáveis, muito por mor do *Lloyd's*, inicialmente um café frequentado por mercadores, armadores e banqueiros, transformado mais tarde em autêntica Bolsa de Seguros e que dura até aos nossos dias.

Pela importância que detiveram tanto o *Tratado de Seguros* de Pedro de Santarém como o *Lloyds*, cada um de sua maneira, no desenvolvimento do seguro marítimo, ser-lhes-ão dedicados os próximos parágrafos.

3 O TRACTATUS DE ASSECURATIONIBUS ET SPONSIONIBUS MERCATORUM, DO PORTUGUÊS PEDRO DE SANTARÉM (OU SANTERNA)

Considerado por muitos como o primeiro tratadista de seguros, o português Pedro de Santarém (ou Santerna) foi responsável por uma obra que, nascida no seio de uma turba de incertezas teóricas sobre a definição, catalogação e desenvolvimento dos seguros, veio aclarar o panorama da época. De sucesso enorme (contando-se pelo menos 22 edições dessa magistral obra), o *Tractatus* de Santerna “constrói cientificamente o conceito de seguro, estabelece com grande rigor a diferenciação entre os seguros e os contratos que mais se lhe assemelham, e lança com precisão rigorosa e clareza admirável as bases fundamentais deste contrato”⁶.

No início do *Tractatus*, escreve:

“Eu, Pedro de Santarém, português, doutor em ambos os Direitos, instado várias e frequentes vezes por mercadores meus amigos, para fazer um opúsculo sobre os seguros e promessas dos mercadores, que em linguagem vulgar se chamam *apostas*, embora não duvidasse da grande e árdua dificuldade da matéria e da sua utilidade para todos

⁶ AMZALAK, Moses Bensabat. O “Tratado de Seguros” de Pedro de Santarém. *Anais do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras*, Vol. XXVI, Tomo Segundo. Lisboa: Editora Império, 1958, p. 348.

os homens, não quis de modo algum e na medida das minhas forças frustrar os seus desejos e rogos, convencido como estou de que o seu conhecimento será em extremo frutuoso, tanto para eles, como para outros amigos nossos. Na realidade, muitíssimas vezes os pródidos mercadores pensando nos perigos do mar, protegem as suas coisas contra a crueldade da fortuna com o escudo do seguro, e defendem-nas estipulando com outros para os casos da fortuna adversa, por cujo inopinado assalto muitas vezes perdem todos os seus bens familiares⁷⁷.

E por entender que à volta desta convenção de seguro de riscos, avolumando-se grandes discussões entre mercadores, nomeadamente à volta do *preço de um risco*, pelo qual um desses mercadores toma nas mãos o infortúnio do outro, muitas coisas não eram claras, Santerna debruça-se com afinco em vários pontos de clarificação dessa sorte de seguros.

Além de uma defesa da legitimidade do instituto dos seguros – no fito de o distinguir com êxito da *usura* (proibida, como se sabe, na época, por razões de ordem fundamentalmente teológica) e fruto de divergências profundas entre os juriconsultos da Idade Média – Santarém dedicou-se ao estudo da forma externa do contrato de seguro, da análise de quem poderia ou não ser segurador e/ou segurado e sobre quais poderiam ser os factos da vida, ou, *rectius*, os riscos passíveis de constituir objeto de seguro (v.g. os riscos de mar, de fogo, do roubo de amigos ou inimigos, etc.).

Mas como o nosso âmbito de estudo queda-se pelos seguros marítimos, vejamos, seguindo de perto os escritos de **Amzalak** sobre o *Tratado* de Santarém, qual o âmbito daqueles na época:

Quando o navio e as mercadorias pertenciam à mesma pessoa, o seguro do navio abrangia o das mercadorias;

O dano não ficava a cargo do segurador quando fosse causado por negligência do segurado;

Os seguros de contrabando ou de mercadorias ilícitas eram proibidos;

Quanto ao valor dos objetos segurados, Santarém opta pelo critério do valor no local de destino;

Quanto à construção da noção de caso fortuito, muito discutida na época, Santerna distingue-o do caso imprevisto que prudentemente se poderia ter evitado;⁸.

⁷ Apud AMZALAK, op. cit., p. 348.

⁸ AMZALAK, op. cit., p. 349-352.

Quanto à duração do risco, Santerna entende que o mesmo começava à saída do navio do porto e cessava 24 horas depois de o navio ter aportado no destino, exceto nos casos em que da apólice constasse a cláusula “mercadorias salvas em terra”, caso em que o risco apenas cessava quando se verificasse este facto.

Em caso de sinistro, se o mesmo ocorresse por falta de notícias, a apólice consagrava um prazo findo o qual o navio considerar-se-ia perdido; se o navio fosse capturado ou em caso de presa do navio ou das mercadorias seguradas, se houvesse restituição, Santarém entendia que, em caso de restituição, o segurador não era obrigado a qualquer indemnização. Se este facto parece hoje ostensivo, alguns autores da época afirmavam o contrário...

A indemnização era devida na totalidade, em caso de perda total, e parcialmente, em caso de perda parcial do objeto segurado. O abandono das mercadorias só era válido se houvesse prejuízo quase total e o abandono do navio era permitido em caso de in navegabilidade ou dando-se a circunstância de os danos terem ultrapassado metade do valor do navio. Santerna defendia ainda e sempre a equidade e a boa-fé nas relações de seguro entre os mercadores e nunca a intervenção do Direito.

Desta análise perfunctória do *Tratado de Seguros* de Pedro de Santarém pode retirar-se a conclusão de que foi, sem dúvida, um marco na sedimentação de conceitos ligados aos seguros do mar, bem como um repositório importante de informação de todos quantos, em toda a Europa de então, se dedicavam à prática do comércio e da contratação de seguros, nomeadamente do ramo marítimo, bem como um marco indelével no engrandecimento intelectual do nosso país.

Rumemos a Inglaterra.

4 DO CAFÉ LONDRINO “LLOYD’S” A UM COLOSSO MUNDIAL DOS SEGUROS

O *Lloyd’s* era um café de Londres, frequentado por mercadores, banqueiros e toda a sorte de armadores e homens do mar. Ora, aliando esta junção de mesteres a um gosto pela especulação, pelo negócio e pela compra do risco na busca do lucro, em um jogo de apostas norteadas pela obtenção de ganhos mais ou menos fáceis, à necessidade de os que se aventuravam nas penumbras de mares desconhecidos, povos hostis e tormentas de vária ordem, em empresas que movimentavam centenas de homens, toneladas

de mercadorias e valores avultados de dinheiro, e se juntarmos ainda o risco enorme inerente a tamanha empreitada, poderemos antever o cenário ideal ao desenvolvimento dos seguros marítimos.

O negócio assentava, fundamentalmente, na confiança, nas informações circulantes (*brevitatis causae*, podemos chamar-lhe “especulação”) sobre o comércio marítimo e numa bolsa de subscritores individuais (*underwriters*) que, como o próprio nome indica, subscreviam, aceitando os riscos que lhes eram impostos, um documento onde se descrevia esse mesmo risco e o montante que cada um dos *underwriters* estaria disposto a tomar, o que é o mesmo que dizer, quanto dinheiro é que estava disposto a segurar, enquanto *tomador de risco*. A constituição formal de uma Associação de Subscritores, os *underwriters* já referidos, data de 1686 e deve-se a Edward Lloyd.

De resto, a especulação e a gestão do risco de cada um – na ânsia do lucro – foram, em nossa ótica, mais do que uma qualquer função social do seguro, a lógica de base deste mercado de seguros londrino⁹.

Ao seguro de mar propriamente dito, andariam associados, como bem nota José Vasquez¹⁰, os primeiros seguros de vida (do capitão e da tripulação, de passageiros e de determinado tipo de *mercadoria*, que seriam os escravos).

Mesmo perdida a histórica supremacia marítima da Grã-Bretanha, e no cenário dos nossos dias, ainda podemos constatar que os *names* ligados à *Lloyd's*, indivíduos afortunados e que continuam a jogar o seu património à custa da aceitação de riscos alheios, eram, em 1988, cerca de 33.500, embora a grave crise que se abateu sobre a instituição nos anos noventa tenha levado uma considerável parte desses mesmos *names* à ruína. Não existe solidariedade nas perdas, dado o carácter pessoal do investimento, entre outros problemas que extravasam o carácter deste estudo, vieram a revelar alguma fraqueza hodierna da instituição secular. De resto, essa análise tanto mais escorreria por entre os espartilhos apertados deste trabalho, quanto mais a *Lloyd's*, dos 350 sindicatos que possuía em 1992, apenas 107 conservavam a inteira dedicação aos seguros marítimos, tendo os restantes seguido outra orientação.

⁹ Neste sentido, claramente, José VASQUES, op. cit., p. 21.

¹⁰ VASQUES, op. cit., p. 20.

Resta a confirmação da questão primeiramente colocada: será a palavra “risco” de origem ibérica? Fica a questão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. Dionísio de. Seguro – II – Aspetos Económicos. **Polis** – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 5. Lisboa: Verbo, 1987.

AMZALAK, Moses Bensabat. O “Tratado de Seguros” de Pedro de Santarém. **Anais do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras**, Vol. XXVI, Tomo Segundo. Lisboa: Editora Império, 1958.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000.

CORREIA, Luís Brito. Seguro – I - Aspetos Jurídicos. **Polis** – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 5. Lisboa: Verbo, 1987.

LUHMANN, Nikla. **Risk** - a sociological theory. 1^a ed. Estados Unidos: Aldine De Gruyter, 2005.

VASQUES, José. **O contrato de seguro**. Portugal: Coimbra Editora, 1999.

A EXPERIÊNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: UM ESTUDO DE CASO

THE EXPERIENCE OF THE RESOCIALIZATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH THE LAW: A CASE STUDY

Phablo Freire*

Joemerson Rodrigues da Silva**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Delimitação do Problema, Campo de Pesquisa e Métodos; 2. Aporte teórico e normativo; 2.1 Teorias de Axel Honneth e Henri Tajfel; 2.2 A disciplina normativa do ECA; 3. Dados da pesquisa; 3.1 A intervenção da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina-PE; 3.1.1 Os Programas implementados; 3.1.1.1 Programa: Portarias e Fiscalização (Caráter Preventivo); 3.1.1.2 Programa Resgate: Educação com Justiça e Segurança; 3.1.1.2.1 Ciclo de palestras; 3.1.1.2.2 Mediação nas escolas; 3.1.1.2.3 Audiências concentradas; 3.1.1.2.4 Oficinas preventivas; 3.1.1.3 Projeto Ampliando Medidas, Ampliando Horizontes; 3.1.2 A percepção dos agentes públicos da Vara Regional da Infância e Juventude sobre a importância da implementação dos programas; 3.2. Mapeamento das Medidas Socioeducativas: Números das Internações, Internações Provisórias e Reincidência entre 2008 e 2014; 4. Análise dos dados e discussões; Considerações finais; Referências.

RESUMO: A atual pesquisa objetiva apreender o itinerário da ressocialização de crianças e adolescentes em conflito com a Lei a partir da experiência da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina-PE, no intervalo entre de 2003 a 2015. A escolha desta Vara se justificou em razão dos altos índices de efetividade na ressocialização. Quanto ao método adotado na pesquisa, buscou-se o levantamento de dados objetivos, informadores diretos dos incididos ressocializantes, por meio da análise de todos os programas e ações implementadas, e dados subjetivos, que informam a percepção desses atores sociais na construção do processo. A análise de todos os dados coletados se deu por frequência simples para os dados objetivos, quantificáveis, e análise de conteúdo temático para aqueles dados identificados nas entrevistas. Os aspectos conclusivos da pesquisa puderam informar uma combinação de elementos aptos à produção dos resultados, a saber, uma perspectiva positiva e previa à implementação das ações por parte dos agentes públicos, identificada no senso comum de resgate compartilhado entre aquele grupo de profissionais e uma série de ações combinadas e dirigidas ao alcance do objetivo de intervenção preventiva e propriamente ressocializante, implementada em conjunto com a própria comunidade.

Palavras-chave: Ressocialização de crianças e adolescentes. ECA. Crianças e adolescentes em conflito com a Lei. Prevenção. Identidades sociais.

ABSTRACT: *The current research aims at understanding the itinerary of the resocialization of children and adolescents in conflict with the Law, based on the experience of the Regional Court*

* Advogado, Professor universitário, pós-graduado em gestão de cidades pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE), pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional. Mestrando em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF).

** Acadêmico de Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

of Childhood and Youth of the 18th Circumscription, Petrolina-PE, in the interval between 2003 and 2015. The choice of this Court was justified because of the high effectiveness indexes of resocialization. As for the method adopted in the research, it sought to collect objective data, direct informants of resocializing incidents, through the analysis of all programs and actions implemented, and subjective data, which inform the perception of these social actors in the construction of the process. The analysis of all the collected data was by simple frequency for the objective data, quantifiable, and analysis of thematic content for those data identified in the interviews. The conclusive aspects of the research were able to inform a combination of elements capable of producing the results, that is a positive and pre-implementation perspective of the actions by the public agents identified in the shared common sense of rescue among that group of professionals and a series of actions combined and aimed at achieving the goal of preventive intervention and properly resocializing, implemented in conjunction with the community itself.

Keywords: *Resocialization of children and adolescents. ECA. Children and adolescents in conflict with the Law. Prevention. Social identities.*

INTRODUÇÃO

A relação entre o Estado e as crianças e adolescentes em conflito com a Lei é por vezes controversa e espinhosa, especialmente quando os atores sociais envolvidos carregam consigo uma carga valorativa determinada não por dados concretos, reais, e sim, por conceitos outros, imprecisos, fomentados pela desinformação ou preconceitos.

A dinâmica dessa relação poderia ser compreendida a partir de diversos vetores, dentre eles a força do senso comum que informa a população, e por vezes profissionais do Direito ou acadêmicos jurídicos, reforçando uma ideia de que é impossível o sucesso na tentativa de ressocialização das crianças e adolescentes que se encontram em contato com a prática de atos infracionais. Reforça-se em todos os ambientes sociais, exatamente pela força orientadora do senso comum, uma ideia de que esses indivíduos possuem uma índole criminosa inata, impossível de ser revertida e que tentativas ressocializantes seriam sinônimas de um trabalho inútil. Outros discursos reverberam ideias de que a criminalidade imputável, de um modo geral, utiliza-se da inimputabilidade das crianças e adolescentes para o cometimento de delitos, passando a ser acobertados por um manto jurídico, e, em razão deste raciocínio, devem os ‘menores infratores’ ser tratados como adultos.

Isto posto, torna-se necessário reconhecer que o fenômeno da construção das identidades de jovens, crianças e adolescentes, é em si mesmo um processo complexo e, quando estes se encontram em situação de conflito com a Lei, tal noção de complexidade – inerente aos processos –, é potencializada, tornando a sua compreensão um desafio ainda maior.

Tendo em vista essa realidade, notória em todo o território nacional, a presente pesquisa busca lançar um olhar sobre a ressocialização de crianças e adolescentes em conflito com a Lei a partir da experiência bem sucedida de agentes públicos diretamente em contato com o fenômeno social, a saber, o Juízo da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina-PE e seus auxiliares, no intervalo de 2003 a 2015. Numa análise dos dados objetivos - os quais informam um alto grau de ressocialização - e subjetivos, relativos ao modo como esses sujeitos percebem todo o processo e como essas percepções determinam suas condutas e estas últimas, os resultados mensurados.

A tentativa de compreensão do fenômeno deu-se por meio de um mapeamento das atividades da referida Vara, sua atuação, por meio da análise dos programas implementados por essa equipe, desde sua elaboração – analisando sua base e formatação jurídica –, até os elementos pontuais de sua execução junto à comunidade. Em complementação a estes dados, foram realizadas entrevistas com os servidores envolvidos, com vistas ao levantamento de dados subjetivos não perceptíveis numa abordagem meramente quantitativa.

Deste modo o presente estudo de caso, cujo caráter é eminentemente exploratório, jurídico-descritivo, materializa-se por meio de métodos quantitativos e qualitativos. Sendo os primeiros, necessários para a avaliação dos resultados objetivos de ressocialização, os números de ações preventivas, intervenções, audiências e Medidas Socioeducativas aplicadas – dentre elas as internações –, ao longo do espaço temporal delimitado para pesquisa. Enquanto que o uso dos dados qualitativos, levantados por meio de entrevistas semiestruturadas e em profundidade, justifica-se pela necessária compreensão do modo como os sujeitos envolvidos na condução o processo o compreendem e compreendem os destinatários finais; as crianças e adolescentes (GUSTIN; DIAS, 2013, p.29-88).

Inicia-se assim o estudo com uma breve explanação sobre as teorias utilizadas para compreensão do fenômeno, seguindo-se por uma análise da disciplina normativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no tocante às questões dos direitos elencados para esses indivíduos em processos de construção de suas identidades, as formas para sua implementação, manutenção e proteção e, finalmente, as questões propriamente relativas à ressocialização. Na sequência, são expostos e analisados os dados coletados em campo, sobre o trabalho da

Vara. Encerrando-se com uma análise de todos os elementos expostos à luz das teorias elencadas.

1 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA, CAMPO DE PESQUISA E MÉTODOS

A atual pesquisa objetiva apreender o itinerário da ressocialização de crianças e adolescentes em conflito com a Lei a partir da experiência da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina-PE, no intervalo entre intervalo de 2003 a 2015. A escolha desta Vara em especial se justifica em razão dos altos índices de efetividade na ressocialização.

O levantamento do itinerário se deu por meio da análise dos programas e ações implementadas pelo Juízo e seus auxiliares e dos marcadores de desempenho do trabalho voltado à ressocialização identificados no período. Sendo optado, como recurso complementar à compreensão do processo, a análise das percepções dos agentes públicos diretamente envolvidos.

Deste modo, foram considerados como participantes o Juiz que preside a aludida Vara e um número representativo de servidores que atuam diretamente nas questões relacionadas à execução dos programas de prevenção e intervenção junto a crianças e adolescentes, sendo um total de 02 indivíduos que atuam diretamente na equipe multidisciplinar e 01 profissional da Fundação de Atendimento Socioeducativo em Pernambuco (FUNASE-PE).

O levantamento dos dados suficientes para delimitação deste itinerário se deu por meio da coleta de documentos como as portarias que disciplinam as ações e programas implementados pela Vara no aludido lapso temporal, além do levantamento dos dados jurídicos relativos as audiências acerca da matéria.

Para levantamento das percepções dos envolvidos foram selecionados dois tipos de abordagens metodológicas, sendo utilizada a entrevista semiestruturada para os servidores e a entrevista em profundidade com o Juiz da Vara. Justificou-se esta última escolha metodológica pela necessidade de uma coleta mais pormenorizada das impressões do Magistrado acerca do fenômeno, tendo em vista seu papel determinante da condução de todo o processo.

A análise de todos os dados coletados se deu por frequência simples para aqueles dados objetivos, quantificáveis, e análise de conteúdo para aqueles dados qualitativos identificados nas entrevistas. Finalmente, após uma primeira análise, foi realizada uma triangulação – enquanto recurso de validação dos resultados –, entre os dados colhidos, as teorias e a disciplina normativa.

2 APORTE TEÓRICO E NORMATIVO

2.1 Teorias de Axel Honneth e Henri Tajfel

Axel Honneth (1949) desenvolveu uma das mais relevantes teorias jurídicas sobre a dinâmica social de construção e reconhecimento de direitos. Em sua obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais” o autor desenvolve um *corpus* teórico sobre os elementos e traços sociais necessários para que os atores sociais possam estar aptos a se perceberem enquanto indivíduos e partícipes da coletividade e, elaborarem, sobre e para si mesmos, um conceito satisfatório de dignidade.

Os espaços sociais, públicos ou privados, quando juridicamente admitidos são, em sua essência, uma construção social, não são achados postos naturalmente; pelo contrário, são elaborados por meio daqueles que entre si interagem em sociedade. Nesse diapasão, aqueles direitos experimentados, reconhecidos ou suprimidos, o são, por meio de um processo de elaboração social, de construção, de reconhecimento ou de negação, do qual somente estão cientes aqueles que possam ser considerados como sujeitos de direitos. Noutros termos, é considerado sujeito de direito aquele indivíduo que inserido no campo social está apto a dele participar, respeitando a si próprio e aos outros na mesma posição de sujeitos de direitos (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p.572-573).

Num primeiro momento, pode parecer redundante dizer que a construção de direitos demanda a condição de sujeito de direitos e, equivocadamente, pode-se presumir que todos os que estão em sociedade o são. Todavia, nos termos propostos por Honneth (1949), existem requisitos específicos que devem ser observados nos indivíduos para que seja possível inferir se há, para eles ou não, a condição de sujeito de direito.

Bittar & Almeida (2015, p.571) discorrendo sobre os conceitos tratados em Honneth informam que, minimamente, três são as habilidades

daquele que ocupa, socialmente, o *status* de sujeito de direitos, quais sejam: ser capaz de articular suas necessidades por meio da linguagem, ser capaz de construir uma narrativa acerca de sua própria vida a partir de uma perspectiva de igualdade social e articular uma sensibilidade moral (valorativa) em relação aos contextos nos quais está inserido.

A luta por reconhecimento, articulada pelos sujeitos de direitos, manifesta-se precisamente nos cenários de desigualdade, onde direitos inexistem ou, em existindo, são inefetivos, passando a ser objeto de discussões, de interações com vistas à elaboração de novas narrativas, de novos sentidos socialmente partilhados sobre a titularidade e exercício dos direitos. Nesse contexto, outra expressão, de fato, não poderia ser melhor empregada do que aquela escolhida por Honneth (1949): “luta por reconhecimento”. Destarte, os sentidos empregados pelo autor para “reconhecimento” coincidem com os de “autorrespeito”, que por sua vez, sinonimiza com a própria noção de dignidade. Não há dignidade em espaços onde os indivíduos não são capazes de perceber a si mesmo como sujeitos dignos de respeito, por si mesmos, pelos grupos com os quais desenvolvem senso de pertença, e por outros, que mesmo lhes sendo alheios, devem a eles o senso de respeito.

A luta pelo reconhecimento é, em si mesma, uma luta pela possibilidade de construção narrativa de realidades socialmente percebidas onde a igualdade seja material, percebida, experienciada. Esse autorrespeito – enquanto requisito intrínseco à dignidade –, é algo que se encontra intrínseco à condição humana, estando, portanto, alcançadas nesse contexto, crianças e adolescentes. Essa condição, das crianças e adolescentes como sujeito de direitos foi reconhecida, expressamente, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, (ECA), em seu art. 100, parágrafo único, Inciso I¹.

A compreensão da dinâmica social de interação, de luta por reconhecimento, dos indivíduos e dos grupos, sobretudo no tocante ao estudo da elaboração de suas narrativas sobre si mesmos e sobre os grupos, a que pertencem ou não, perpassa, necessariamente, as teorias sobre identidade social. No curso de sua teoria sobre as identidades sociais, Henri Tajfel (1983, p.289) postula que em todos os agrupamentos sociais configura-se como elemento sempre presente, o esforço dos sujeitos – isoladamente

¹ ECA, art. 100, Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas. I: condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal.

percebidos– para a produção contínua de um conceito satisfatório sobre si próprios. Conceitos esses que se aglutinam num acervo de sentidos elaborados sobre si e sobre os grupos, resultando numa produção que se dá na interação social, conceituada por Tajfel (1983) como *identidade social*.

Um dos pontos disparadores da teoria é a produção de uma autodefinição individual, elaborada pelos sujeitos a partir de um senso de pertença e não-pertença aos grupos, influenciando, positiva ou negativamente, nessa construção do acervo de significados, que delineia suas identidades ao passo em que dá sentido e coesão à realidade que experimentam. Deste modo, a identidade social dos indivíduos é compreendida em Tajfel (1983, p. 290) como “aquela parcela de autoconceito dum indivíduo que deriva do seu conhecimento da sua pertença a um grupo social, juntamente com o significado emocional e de valor associado àquela pertença”.

As identidades dos indivíduos são assim elaboradas socialmente e estão associadas a sua capacidade de produção de uma autodefinição, carregada de sentidos que se comunica com a possibilidade de autorespeito e de autoafirmação. Elementos indissociáveis daquele conceito elaborado por Axel Honneth (1949).

Assim, os sujeitos de direito elaboram a si mesmos ao tempo em que interagem socialmente, construindo narrativas sobre sua dinâmica social e identidades, participando da elaboração daqueles espaços em que existem e vivenciam seus direitos. Não sendo, inclusive, possível desenvolver um estudo sobre essa elaboração de identidades sem que seja também analisada a sociedade nas quais estas se desenvolvem, nem tampouco possível um estudo satisfatório sobre sociedades e suas dinâmicas sem um olhar lançado sobre como a dinâmica de elaboração das identidades se dá (CIAMPA, 2004, p.69).

2.2 A disciplina normativa do ECA

Sem prejuízo da previsão constitucional e infraconstitucional acerca dos direitos destinados a crianças e adolescentes, o ECA, promulgado em 1990, veio instituir um rol de direitos que devem amparar os indivíduos que se acham nessa especial condição, restando a cargo da família, da sociedade do Estado o cuidado para que tais determinações encontrem os meios suficientes à sua materialização (ECA, art. 4º).

Em seu art. 4º, *caput*, de um modo geral, são apresentados os direitos nucleares reconhecidos às crianças e adolescentes, quais sejam:

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Todos garantidos, conforme dicção do próprio código, com absoluta prioridade. O parágrafo único do art. 4º trata, inclusive, de informar, com bastante clareza, o que viria a ser a “prioridade” evocada no *caput, in verbis*:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

No Título II, do art. 7º ao 59, são abordados de modo pormenorizado, os direitos previamente elencados no art. 4º, com desdobramentos necessários à sua efetividade, como a disciplina, v.g., da família natural e substituta, dos procedimentos de guarda, tutela e adoção, entre outras medidas. No contexto das crianças e adolescentes em situação de risco e em conflito com a Lei, alguns direitos, expressamente disciplinados, podem ser considerados de alta relevância e, por este motivo, abordados a seguir.

O Capítulo V, dos Arts. 60 a 69, disciplina o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, naquelas relações envolvendo crianças e adolescentes. Intenta-se que estes tenham o necessário contato com as questões profissionais que lhes acompanharão na vida adulta, de modo que a disciplina normativa cuida para que esse contato respeite os limites jurídicos dos outros direitos, preservando-os todos em um exercício harmônico (art. 69, I, II).

O Capítulo IV trata do acesso à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, direitos esses disciplinados nos arts. 53 a 59. Nesse contexto, de conflito com a Lei e de elaboração das identidades desses jovens, é de alta relevância o cuidado hermenêutico com os incisos I, II, IV e V do art. 53 que asseveram como direito desses jovens a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; direito de ser respeitado por seus educadores; direito de organização e participação em entidades estudantis; acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência”.

É fator determinante para o sucesso de medidas que intentem alterar a realidade dos jovens, em conflito com a Lei, um agir empático –por aqueles que possuem o poder para implemento das medidas previstas

no ECA—, voltado à promoção de igualdade entre eles e os demais jovens, propiciando o direito à construção e percepção de um ambiente em que eles sintam e experimentem o respeito, próprio e dos outros, para com eles, além de assegurado o acesso e permanência escolar,

O direito à convivência familiar e comunitária, encontra disciplina legal nos arts. 19 a 24, do Capítulo III. Importa frisar que o legislador andou muito bem ao reconhecer que o indivíduo para ser capaz de elaborar uma narrativa existencial saudável sobre si mesmo, carece, necessariamente, de um convívio positivo, em família e em comunidade. E tratou de adjetivar esse convívio, trazendo na última parte do art. 19 a qualidade específica que esse convívio deveria manifestar, a saber, aquele que seja capaz de “garantir seu desenvolvimento integral”. O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, foram disciplinados dos arts. 15 a 18-B, no Capítulo II. Nesse diapasão, a dicção do art. 15 é clara em afirmar que:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à **dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais** garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990) (grifos nossos)

É explícito na norma o reconhecimento da dignidade, enquanto pessoas humanas, que devem gozar as crianças e adolescentes, tendo em vista sua condição especial de indivíduos em processo de desenvolvimento – leia-se construção de suas identidades –, e o legislador vai além, ao também reconhecer a condição desses indivíduos como sujeitos de direitos, civis, humanos e sociais.

Ora, se nesse contexto normativo, aplicarmos a teoria de Axel Honneth (1949) para localizarmos um conceito instrumentalizável de dignidade² e de sujeitos de direitos, que inclusive estão estreitamente ligados, não poderíamos afirmar outra coisa senão a necessidade de promover, para essas crianças e adolescentes um senso de autopercepção, um processo de informação deles acerca de suas condições, da situação de pessoas em formação, de indivíduos no curso de elaboração de narrativas

² Para Honneth a dignidade do indivíduo está diretamente relacionada com sua capacidade de perceber-se na coletividade, ou seja, de poder construir uma narrativa enquanto sujeito a partir da experiência de outros indivíduos, parametrizando a sua própria por estas outras na construção da ideia de busca por direitos iguais. Sendo a capacidade e possibilidade luta para construção dessa igualdade o mínimo que se pode chamar de dignidade, sendo assim digno aquele que se encontra capaz de lutar por seus próprios direitos. .

sobre si mesmos. Ainda, de que, quando em conflito com a Lei, precisam, antes mesmo de intervenções punitivas, da materialização e proteção de seus direitos, da concretude de todos os cuidados que devem anteceder a punição, a saber, aqueles que deveriam assegurar o “seu desenvolvimento integral”. Sendo a promoção de tais cuidados um dever atribuído a três grupos: a família, a sociedade e o Estado, não cabendo a criança e adolescente o ônus da correção dessas disparidades.

Nesse diapasão, dois pontos carecem ser destacados. 1) Quando achados em situação de risco, em conflito com a Lei, o adolescente e a criança, não podem ser responsabilizados, eles mesmos, por reorganizar o ambiente e seus contextos e; 2) se considerado que apenas a partir do contexto, dos grupos e dessas realidades, é que se torna possível a elaboração das novas narrativas acerca de si –enquanto recursos cognitivos necessários à construção das identidades –, eles mesmos, os jovens em conflito, não seriam capazes de promover para si e em si mesmos tais circunstâncias.

A responsabilidade de readequação dos ambientes às determinações legais é dever da família, da sociedade e do Estado. Noutros termos, a criança e o adolescente, devem ser acompanhados e para eles deve ser construído um ambiente em que, de modo saudável, seja possível a elaboração de suas identidades, de narrativas compatíveis com a sociedade, sendo, para tanto, necessária uma elaboração de ambientes aptos a tanto. Peso que não deve recair sobre crianças e adolescentes pois, de outro modo, não restaria qualquer resquício de dignidade para esses indivíduos.

A perspectiva de que a responsabilidade pela prevenção contra ameaças e a responsabilidade no ajuste da realidade para a afirmação e proteção dos direitos de crianças e adolescentes também foi conteúdo abordado pelo ECA, em seu Título III, Capítulo I, dos arts. 70 a 80, com especial atenção à dicção do art. 70-A que determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas”, tendo por objetivo a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação dos direitos listados acima, além de ações múltiplas e combinadas para construção de ambientes favoráveis à manutenção dessas realidades.

Nesse diapasão, cabe destacar o conteúdo do art. 70-A, incisos II e V que ao tratar dessa responsabilidade do Estado, na figura da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assevera:

Art. 70-A: II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o

Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente (...) V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

A partir da inteligência presente nos citados artigos é que se pode desprender que cabe ao Estado, a partir de suas instituições e órgãos do Poder Judiciário, a promoção dessas ações conjuntas que venham assegurar o conhecimento e efetividade, dos direitos das crianças e adolescentes, junto aos seus destinatários.

Tal articulação entre órgãos e instituições, no sentido de promoção e manutenção de direitos, foi ratificada pela Parte Especial do ECA, em seu Título I, Capítulo I, que a seu turno trata da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente. Neste sentido, é dada pela Lei uma abordagem pormenorizada à matéria, evidenciando os papéis de entidades governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na implementação do conteúdo normativo do Estatuto.

A partir do art. 98 são enfrentadas as medidas de proteção, aplicáveis, segundo a própria dicção normativa, sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados. Destaque-se que, ao tratar nos arts. 99 a 102, o Estatuto traz importantes registros como aqueles presentes no inciso III e VI do art.100, respectivamente, *in verbis*:

Art. 100: (...) III - **responsabilidade primária e solidária do poder público**: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais (...) VI - **intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida** (BRASIL, 1990) (grifos nossos).

Resta evidente, pela inteligência dos dispositivos pinçados, a responsabilidade do Estado, por meio de seus órgãos, na condução das atividades voltadas à proteção e manutenção dos direitos de crianças e adolescentes, especialmente aquelas medidas destinadas à intervenção,

quando tais prerrogativas se achem violadas ou sob ameaça. Cabendo, nestes casos, as necessárias ações que devem se dar mesmo de ofício, pelas autoridades que, a depender da natureza da situação concreta, estejam aptas a promoção das necessárias correções.

Apenas após a observância de todo esse arcabouço normativo, que institui direitos e disciplina sua proteção, promoção e manutenção, é que se deve falar nas medidas “punitivas” – aplicáveis quando do cometimento dos atos infracionais (conceituados no art.103) –, tratadas pelo ECA como Medidas Sócioeducativas e disciplinadas nos arts. 112 ao 125.

De outro modo, pensando numa aplicação primeira das medidas previstas a partir do art.112, estar-se-ia desconsiderando a natureza de especial fragilidade desses indivíduos e os danos e lesões a direitos decorrentes dessa postura. Evidentemente não se ignora a necessidade de incidência das Medidas Socioeducativas, no entanto, o que não se pode tampouco ignorar é o contexto em que elas efetivamente são necessárias e a imperiosa obrigatoriedade de observância de todo o rol procedimental que lhes é, por força normativa, anterior.

3 DADOS DA PESQUISA

Tendo em vista o objeto delimitado para pesquisa e, a partir dos métodos selecionados, tornou-se possível acessar o itinerário dos indivíduos em estudo a partir dos dados descritos e analisados nos tópicos a seguir.

3.1 A intervenção da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina-PE

No ano de 2003 é criada Vara com exclusiva competência para as questões de Infância e Juventude no município de Petrolina-PE. Desde o início das atividades judiciais até o momento de realização da atual pesquisa, contabilizam-se treze anos de atuação jurisdicional, sendo implementados, no entanto, os programas e ações que integram o objeto da análise, apenas a partir do ano de 2010.

A Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, situada no Município de Petrolina-PE, abrange sete municípios no total, sendo eles: Afrânio, Dormentes, Cabrobó, Lagoa Grande, Orocó, Santa Maria da Boa Vista e Petrolina. A equipe multidisciplinar que atua em conjunto com o juízo é formada por oito profissionais.

Os profissionais selecionados para o presente estudo, pautados na disciplina jurídica presente na Constituição vigente e no ECA desenvolvem em sua respectiva circunscrição, uma série combinada de ações dirigidas à prevenção e intervenção junto às crianças e adolescentes em conflito com a Lei, sendo precisamente esse conjunto de programas implementados o que se avaliará a seguir.

3.1.1 Os Programas implementados

3.1.1.1 Programa: Portarias e Fiscalização (Caráter Preventivo)

O primeiro dos programas implementado pela Vara, fora intitulado como *Programa: Portarias* encontra-se em execução desde 2010 até a data em que se realizou este estudo. Implica, em verdade, num conjunto de portarias expedidas pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 227 da Constituição e arts. 70 e 70-A, incisos, do ECA, estabelecendo, concomitantemente, ser dever, da família, sociedade e Estado, a promoção de todos os direitos da criança e do adolescente.

Nesse contexto normativo, merece destaque o inciso II do art.70-A do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina uma atuação integrada entre “os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais” voltados à promoção de ações que venham a salvaguardar os direitos da criança e do adolescente em toda a circunscrição. Sendo precisamente nesse intervalo que se aporta a implementação do programa.

A primeira das Portarias vigente, de nº 002/2010, disciplina o procedimento para entrada e permanência e participação de crianças e adolescentes em eventos esportivos³, seguindo-se da Portaria nº 003/2010 que a seu turno disciplina a entrada e permanência de crianças e adolescentes em casas que explorem, comercialmente, diversões eletrônicas, parques temáticos, de diversões, aquáticos ou de brinquedos eletromecânicos e similares⁴. Na sequência da expedição de portarias voltadas às atividades de prevenção e fiscalização do exercício dos direitos

³ A aludida Portaria encontra respaldo normativo, como consta em sua redação, nos arts.146, 149, incisos I e II, 153 e 212 da Lei n. 8.069, de julho de 1990 (ECA).

⁴ Idem. .

das crianças e adolescentes, expede, o Juízo, as Portarias de nº 004/2010 e 005/2010 que, respectivamente, disciplinam a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos ou certames de beleza e a entrada e permanência destes em atividades teatrais e estúdios cinematográficos, rádio e televisão⁵.

Ainda em 2010, é expedida a Portaria 006/2010 que objetiva disciplinar a fiscalização das entidades de acolhimento destinadas as crianças e adolescentes. A medida se fundamenta na Instrução Normativa nº 02 de 30/06/2010 e na inteligência do ECA e se justifica pela contínua necessidade de manutenção das atividades realizadas por estas entidades, tendo em vista a preservação dos direitos dos envolvidos.

A última Portaria editada em 2010 foi a de número 007, que veio a disciplinar a fiscalização de academias e demais centros de práticas esportivas, tendo em vista o acesso, nestes ambientes, das crianças e adolescentes. No ano seguinte é expedida a Portaria nº 001/2011 que passa a disciplinar a entrada e permanência de crianças e adolescentes em bailes ou eventos dançantes, bem como boates ou congêneres.

Todas as portarias possuem, enquanto vigentes, alcance normativo na região de abrangência da 18ª Circunscrição, dada a jurisdição da Vara regional da Infância e Juventude e atendem diretamente toda a comunidade nos municípios acobertados na circunscrição.

Pela leitura das normas extraídas das portarias, observa-se o cuidado com o trânsito das crianças e adolescentes, em diversas atividades, comerciais ou não, que envolvem o exercício de direitos e eventuais abusos ou violações que poderiam ter como alvo aqueles indivíduos. Por isso, pode-se afirmar que todo o conteúdo das Portarias em questão tem um caráter precipuamente preventivo, para assegurar o regular exercício das atividades normatizadas de modo que as crianças e adolescentes sejam protegidos.

De acordo com informações cedidas pela equipe multiprofissional da Vara, o controle da pronta efetividade das Portarias se dá por meio de fiscalização realizada, continuamente, por um número médio de vinte agentes de contenção. Tal função não é exercida, contudo, por servidores públicos efetivos, e sim, por um quadro de voluntários. Cidadãos comuns que atuam, sem qualquer benefício pecuniário, credenciados

⁵ Idem.

pelo Poder Judiciário para acompanhamento nas respectivas áreas de cada uma das Portarias.

3.1.1.2 Programa Resgate: Educação com Justiça e Segurança

Implantando em 2012, o segundo programa, intitulado *Resgate: educação com justiça e segurança*, assim como o primeiro, tem um caráter predominantemente preventivo e aqui, a palavra ‘prevenção’ assume dois sentidos distintos. O primeiro, diretamente ligado ao não cometimento de atos infracionais e um segundo, mais abrangente, quando se é possibilitada a construção de espaços de diálogos entre a comunidade, as crianças e adolescentes e o Poder Judiciário, como restará demonstrado mais adiante.

O programa é realizado pela combinação de diferentes ações, mais especificamente de quatro delas, quais sejam: a realização de: 1) Ciclos de palestras; 2) Mediação nas escolas (dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes); 3) Audiências concentradas; 4) Oficinas preventivas.

3.1.1.2.1 Ciclo de palestras

O ciclo de palestras ocorre nos bairros, de forma randômica, a cada mês, e não demanda recursos financeiros, tendo em vista ser uma articulação entre as escolas que realizam o mapeamento das crianças e adolescentes em situação de risco ou propriamente em conflito com a Lei, e o Poder Judiciário que, a seu turno, articula a ida de profissionais, das mais diversas áreas, nos bairros, para a realização de palestras com os mais variados temas.

Intenta-se uma intervenção pontual, preventiva, na própria comunidade, nos bairros, com voluntários que podem ou não ser da comunidade, mas que atuem nas diversas áreas sociais: Direito, Psicologia, Pedagogia entre outras, mas que se voltam a contribuir por meio da execução de palestras com objeto de propiciar a reflexão sobre temas de interesse da comunidade e que se comuniquem com o cenário de conflito com a Lei e de construção das identidades destes jovens, viabilizando outras perspectivas para além daquelas vivenciadas.

3.1.1.2.2 Mediação nas escolas

A mediação, assim como os ciclos de palestras, ocorre de forma tópica, no entanto, com um direcionamento mais preciso, sendo

realizada diretamente nas escolas onde estão os sujeitos em conflito com a Lei. A mediação é conduzida por profissional da área de pedagogia. A ideia é capacitar os profissionais da escola a lidar com essas crianças e adolescentes nas delicadas circunstâncias em que se encontram, evitando assim a negligência que pode resultar no agravamento das situações e a banalização da má conduta no ambiente escolar.

De acordo com os dados colhidos para a pesquisa, no intervalo observado, a área coberta pela jurisdição foi atendida, por um total de dois pedagogos que acompanharam as ações junto as escolas.

3.1.1.2.3 Audiências concentradas

O último grau interventivo-preventivo do Programa se implementa com a realização de audiências conduzidas diretamente pelo Magistrado. Essa etapa atende as disposições do art. 112, incisos I, II, III, do ECA, que preveem a aplicação de Medidas Sócioeducativas diversas da internação, em que são aplicadas sanções como a advertência ou outras como a obrigação de reparar dano e prestação de serviços à comunidade. No entanto, mais relevante que a simples aplicação da sanção, nessa etapa há um diálogo construído entre o Juiz e cada uma das crianças ou adolescentes que lhes são conduzidos.

No decorrer das audiências, o Magistrado insiste em sempre explicar o que está ocorrendo, ali naquele encontro é elucidado para a criança ou adolescente os potenciais desdobramentos de sua conduta, se reiterada ou agravada, num diálogo respeitoso, porém firme. O Magistrado promove a conscientização sobre a parcela de responsabilidade que a eles cabe, para alteração daquelas circunstâncias e, destaca a existência do auxílio necessário para que tal mudança ocorra, informando sobre as atividades que estão sendo realizadas e sua possibilidade de participação. Conscientiza-se também sobre a possibilidade de aplicação de uma medida mais gravosa, como a suspensão de liberdade, quando da persistência em condutas reprováveis.

Observa-se que é nítido, para o Juiz, na condução dessa etapa do programa, que o diálogo focado na conscientização é mais que uma troca de palavras num mero expediente jurisdicional, mas antes, uma possibilidade de construção de um laço afetivo de respeito e confiança que se firma entre o adolescente e a autoridade judicial, fundamental para que

o “resgate” possa ser, em algum nível, possível; tendo seu início na mente dos indivíduos pela via da reflexão.

3.1.1.2.4 Oficinas preventivas

As oficinas preventivas são conduzidas por profissionais voluntários nas áreas de esporte, karatê e capoeira, entre outras, e são implementadas ao longo de toda a realização do programa.

3.1.1.3 Projeto Ampliando Medidas, Ampliando Horizontes

O projeto *Ampliando Medidas, Ampliando Horizontes* foi desenvolvido pela Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina em novembro de 2015 e teve seu efetivo início em janeiro de 2016, tendo como público alvo os adolescentes em conflito com a Lei e que estejam sendo acompanhados pelo Juízo da Infância e Juventude.

Destaque-se que os destinatários do programa são aqueles adolescentes que estejam efetivamente envolvidos no cometimento de atos infracionais, ou seja, estrategicamente, o programa alcança – no tocante ao público alvo –, aqueles adolescentes que mesmo em contato com o programa anterior (*Programa Resgate: Educação com Justiça e Segurança*), prosseguem no conflito com a Lei, isto é, no cometimento de atos infracionais. Por esta razão o programa possui caráter interventivo e propriamente ressocializante.

Todas as ações previstas, no programa, configuram-se como medidas de proteção, de modo que o programa, em sua totalidade, encontra respaldo na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), mais especificamente em seus arts. 98, 100, parágrafo único, incisos de I a XII, e art. 101, incisos II, III e IV. O programa se materializa por meio da implementação de dois vetores, sendo o primeiro vetor: “Esporte e Cultura na Medida” e o segundo: “Qualificação na Medida”.

No primeiro vetor, “Esporte e Cultura na Medida”, o adolescente é inserido em atividades culturais e esportivas na sociedade, por meio de parcerias entre profissionais e instituições locais e o poder judiciário. Esta parceria é firmada por meio de Termo de Parceria e Compromisso. Já no segundo vetor: “Qualificação na Medida”, o núcleo da medida de proteção é a qualificação profissional do adolescente sendo pensando, inclusive, o

direcionamento ao mercado de trabalho, sempre que possível a depender dos contornos do caso concreto. Neste vetor, parcerias são firmadas entre o poder judiciário, na figura da Vara Regional da Infância e Juventude e entidades gerenciadoras de cursos de qualificação profissional locais, além da construção, na interface desta parceria, de uma rede de inserção dos adolescentes no mercado de trabalho após as aludidas capacitações.

Em ambos os vetores é criado um banco de vagas, por meio de um contínuo diálogo entre o poder judiciário e as instituições parceiras. A partir destas vagas estabelecidas, o Juiz de Direito que conduz os trabalhos na Vara, analisa o perfil do(a) adolescente em conflito com a Lei para mensurar sua adequabilidade em um dos vetores, seguindo-se a devida inserção, observado o quantitativo de vagas disponíveis.

De acordo com o Termo de Parceria firmado, todos os recursos necessários à execução das atividades, esportivas, culturais e de capacitação, são despendidos pelos profissionais parceiros, não ocasionando qualquer ônus orçamentário ao poder público. Já a execução da logística de adequação e acompanhamento dos adolescentes é conduzida pelo Juízo, propriamente, e pela equipe multidisciplinar que o acompanha, também sem custos adicionais.

O programa em sua integralidade, como mencionado, configura-se como um conjunto de medidas de proteção que podem ser realizadas, inclusive, de modo combinado com a execução das medidas socioeducativas, previstas no art.112, incisos, do ECA, de modo que intenta-se que o(a) adolescente, ao término do cumprimento das medidas socioeducativas também possua uma outra perspectiva social de integração, além de uma potencial perspectiva profissional.

3.1.2 A percepção dos agentes públicos da Vara Regional da Infância e Juventude sobre a importância da implementação dos programas

Para coleta destes dados foram realizadas entrevistas com o Magistrado que preside as ações da Vara e com a equipe multidisciplinar que o auxilia. Dois foram os instrumentos utilizados para o levantamento destes dados qualitativos: um roteiro semiestruturado para as entrevistas com os profissionais que compõe a equipe multidisciplinar e outro, mais específico, para a coleta de dados junto ao magistrado. Tal escolha se mostrou necessária pelo teor distinto das informações que seriam levantadas. Três foram os profissionais entrevistados. Dois deles oriundos

da equipe multidisciplinar e um deles do estabelecimento FUNASE-PE, além do próprio magistrado.

Durante a análise dos dados presentes no conteúdo das entrevistas identificou-se que os profissionais integrantes da equipe multidisciplinar possuem uma clara percepção acerca da importância da intervenção, proveniente dos programas implementados, enquanto recurso propiciador de oportunidades para que a criança e adolescente venham a reorientar suas identidades através do contato com a sociedade por meio das várias ações realizadas nos programas além da manutenção de seu *status* como estudantes em suas respectivas instituições.

Os elementos presentes na fala destes profissionais reforçam, inclusive, a ideia que está presente na nomenclatura mesma dos programas, quando frases como: “resgatar os jovens”, “resgatar as famílias”, “gerar oportunidades”, “engajar os adolescentes em conflito com a lei”, “ampliar horizontes”, são reiteradamente evocadas ao logo das narrativas colhidas.

Deste modo, é possível inferir que estes profissionais possuem uma sólida perspectiva sobre a eficácia das medidas implementadas através dos programas, dado este que contraria o senso comum – amplamente veiculado –, restando evidente que tais profissionais compreendem suas atividades como úteis e aptas à produção de resultados concretos e, além disto, percebem as crianças e adolescentes, enquanto destinatários principais das medidas, como sujeitos passíveis de uma concreta mudança, em suas autopercepções e atitudes. Noutros termos, os profissionais que integram a equipe multidisciplinar e trabalham diretamente com as crianças e adolescentes em conflito com a Lei fomentam a crença⁶ de que a ressocialização é um fenômeno possível e que os adolescentes e crianças nestas especiais circunstâncias são sujeitos que podem ampliar suas perspectivas e alterar suas realidades a partir de estímulos determinados e possibilitados por meio dos programas por eles realizados.

Após as entrevistas realizadas com os profissionais integrantes da equipe que auxilia a realização das atividades da Vara Regional da Infância

⁶ De acordo com Epelboim & Mello (2007) crenças podem ser compreendidas enquanto “proposições que afirmam ou não a existência de relações entre objetos concretos ou abstratos, ou entre objetos e propriedades a eles atribuídas, sendo admitidas por pessoas”. Sobre sua formação, manutenção e modificação as autoras asseveram que tais processos ocorrem nos momentos em que são desenvolvidas as experiências, ou seja, ao serem estabelecidas as relações sociais entre os sujeitos e aqueles objetos sobre os quais se formulam as crenças. Ao longo de suas relações sociais, os indivíduos são capazes de influenciar e serem influenciados por outras pessoas, movimento que propicia a obtenção, sustentação e reflexão sobre a transformação ou não de crenças. .

e Juventude da 18ª Circunscrição, Comarca de Petrolina, seguiu-se a entrevista com o Magistrado que preside os trabalhos da Vara, desde sua criação em 2003. Importa frisar que, diferentemente do método adotado para as entrevistas com a equipe multidisciplinar, para esta coleta de dados, fora utilizada a entrevista em profundidade⁷, em razão da premente necessidade de um maior detalhamento dos temas inerentes à experiência da fonte em questão, enquanto elemento determinante para compreensão do objeto de pesquisa.

O conteúdo da narrativa revelou uma percepção que pôde ser organizada em cinco pontos distintos, quais sejam: 1) A percepção da função de resgate (de crianças e adolescentes em conflito com a Lei) inerente ao Direito da Criança e Adolescente, a saber, sua natureza preventiva, interventiva e repressiva; 2) A natureza especial da atuação do Magistrado da Vara da Infância e Juventude, a saber, a legítima atuação *ex officio*; 3) A prioridade dos programas preventivos na comunidade; 4) A certeza da efetividade das medidas pautada no acompanhamento dos índices; 5) O papel subsidiário da atuação da Vara da Infância e Juventude.

O primeiro ponto que integra a percepção do Magistrado sobre a atuação da Vara da Infância e Juventude diz respeito a “Percepção da função de resgate de crianças e adolescentes em conflito com a Lei” que é inerente ao Direito da Criança e Adolescente. Esta percepção é a primeira a ser evocada pelo Juiz e elucida sua ciência sobre a natureza preventiva e interventiva que cabe a este ramo especial do Direito. Frise-se que é destacado em sua fala a importância em pensar uma atuação judicial focada na intervenção preventiva e não apenas repressiva. Isso está diretamente associado ao momento em que o Juízo vem a intervir nessas realidades. Ou seja, na perspectiva do Magistrado é presente o sentido de que é papel da Vara “resgatar vidas que estão em processo de desenvolvimento” e que esta perspectiva não deve ser uma subjetividade do magistrado e sim diretriz preconizada no Estatuto da Criança e Adolescente, a saber, uma determinação dirigida ao Estado e todos os seus órgãos, incluindo-se aqui o Judiciário.

⁷ Como preceitua Demo (2001) a pesquisa qualitativa implementada pela entrevista em profundidade se diferencia das demais pelo potencial para alcance de uma realidade específica experienciada pelo sujeito que se elegeu como fonte. Não se intenta, por meio dela, a testagem de hipóteses ou tratamento estatístico das informações, pelo contrário busca-se extrair a singularidade da experiência do entrevistado, por meio de um trabalho de aprofundamento possibilitado por uma interação mais flexível entre o pesquisador e a fonte.

Tal percepção é deveras relevante, especialmente quando justaposta ao senso comum que, por sua vez, veicula a ideia de que a atuação judicial – nos casos de crianças e adolescentes em conflito com a Lei –, é incapaz de produzir ressocialização e que, em razão disto, devem estes sujeitos ser objeto de medidas exclusivamente repressivas, punitivas, inviabilizando-se o caráter preventivo que recai sobre a atuação deste Juízo em especial.

O segundo ponto identificado é a “natureza especial da atuação do Magistrado da Vara da Infância e Juventude, ou seja, a atuação *ex officio*” nas questões cabíveis e legalmente respaldadas.

Esse aspecto da fala do Magistrado enfatiza a diferença entre este ramo especial do Direito e tantos outros por seu “caráter dinâmico”. A dinâmica a que se refere o entrevistado diz respeito ao fato de que diversas ações previstas no ECA não devem ser vistas como condicionadas à provocação dos interessados, a saber, grande parte das atribuições pertinentes à atuação da Vara da Infância e Juventude podem ser realizadas de ofício pelo Magistrado, quando entendendo ser cabível dadas as nuances da realidade que está diretamente em contato o Juízo, como pontua ele mesmo ao afirmar que “no campo da infância e juventude a inércia (típica dos demais ramos do Direito) não existe”.

Como exposto no tópico anterior, os programas executados pela Vara possuem caráter preventivo e interventivo. O caráter preventivo diz respeito a atuação que incide no momento anterior ao cometimento dos atos infracionais, mesmo antes que se identifique um cenário de risco concreto, antes que a criança esteja efetivamente em conflito com a Lei. Estas ações aproximam a criança e o adolescente de atividades que asseguram o conhecimento e exercício de Direitos, a elas assegurados, propiciando um ambiente ‘saúdável’ para formação daquelas identidades. Já aquelas outras, as interventivas, são realizadas isolada ou cumulativamente com as Medidas Socioeducativas, quando já se percebe um cenário de conflito com a Lei, de risco para esses indivíduos em formação. Todavia, não possuem ainda um caráter repressivo, inerente às medidas previstas no art.112, incisos II ao VI, pelo contrário, as ações implementadas pelos programas se dirigem à criação de um ambiente de aprendizado e qualificação profissional, a saber, uma intervenção mais pontual, voltada à alteração da dinâmica social na qual estejam inseridos aqueles adolescentes que estão em conflito com a Lei.

Esta breve retomada do caráter dos programas justifica-se pelo fato de que, a partir da fala do Magistrado é nítida a percepção deste sobre a prioridade que recai sobre o caráter preventivo dos programas. Para ele, a prevenção além de ser eficaz, deve ser anterior à intervenção e repressão. Em sua narrativa é evidente o sentido de que a atuação da Vara e seus parceiros, preventivamente, no local onde estão as crianças e adolescentes em conflito com a Lei é um fator determinante para a alteração daquelas realidades.

Essa prioridade é o terceiro ponto que integra a percepção do Juízo. O penúltimo ponto, levantado a partir da entrevista em profundidade, diz respeito à ciência do Juiz acerca dos resultados produzidos pelos programas. Em sua fala, sem que houvesse um estímulo disparador específico para tanto, foram evocados dados relativos à ressocialização dos adolescentes infratores no município e estes em comparação com dados nacionais. Números relacionados ao quantitativo de audiências também são comentados, evidenciando um profundo conhecimento sobre o andamento e resultados das ações. Ou seja, a convicção do Magistrado que determina sua atuação não é pautada apenas em sua percepção prévia sobre o caráter específico da norma especial (ECA), ou sobre o papel do magistrado que conduz a Vara da Infância e Juventude, mas também em sua ciência acerca dos resultados concretos e expressivos que tal atuação é capaz de produzir. Finalmente, emerge na fala do Magistrado, a questão da atuação combinada da família, da sociedade e do Poder Estatal no acompanhamento das crianças e adolescentes.

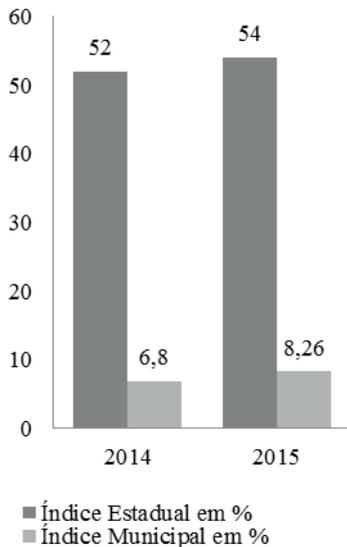
Como último ponto, é presente na fala do Magistrado a ideia de que há uma ordem preferencial na responsabilidade, sendo primeiramente um dever da família, seguindo da sociedade e cabendo, por fim, ao Estado a intervenção que objetiva o bem-estar dessa população. O teor da fala se dirige a elucidar possíveis compreensões indevidas acerca da atuação do judiciário, especialmente quando se tem em vista o papel dos demais poderes no implemente de políticas públicas voltadas a proteção dos interesses das crianças e adolescentes, como precisamente pontua o entrevistado em sua fala, ao asseverar que “o judiciário não pode absorver questões outras que são direcionadas a família e a sociedade”. Dessa forma, é preciso entender que por mais relevante que possa ser a atuação do poder judiciário, ela não pode ser implementada isoladamente ou pensada como a única solução para problemas dessa natureza. Sendo papel da família e

da sociedade intervir, conjuntamente, na busca e modelos aptos à produção de novas realidades.

3.2 Mapeamento das Medidas Socioeducativas: Números das Internações, Internações Provisórias e Reincidência entre 2008 e 2014

Os números a seguir, expostos e comentados, foram fornecidos pela FUNASE-PE e dizem respeito ao acompanhamento, realizado pela Instituição, da progressão numérica dos casos de Internações, Internações provisórias, bem como do índice de reincidência dos adolescentes por eles acompanhados. O dados são relativos ao intervalo entre 2008 e 2014.

Gráfico 1: Dados sobre Internação



Fonte: Fundação de Atendimento Socioeducativo em Pernambuco (FUNASE-PE)

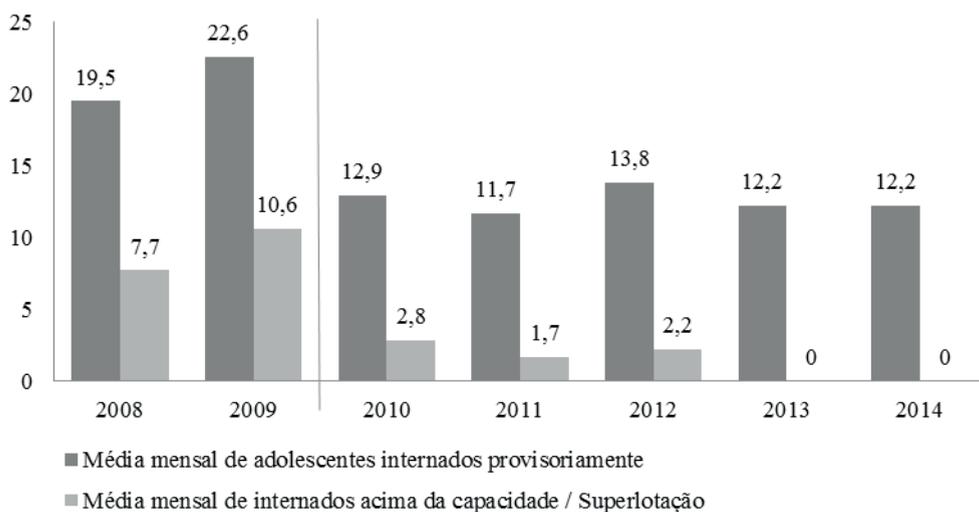
Entre os anos de 2008 e 2009 o número médio de adolescentes em cumprimento da medida de internação fora, respectivamente, de 49.7 e 48 jovens. A capacidade para atendimento e cumprimento da medida, no estabelecimento, segundo os dados por ela mesma fornecidos, era de apenas 40 lugares. Ainda em conformidade com os dados, constatou-se a superlotação mensal média de 9.8 adolescentes em 2008 e de 8.5 em 2009.

Importa frisar que a superlotação, mesmo num ambiente de cumprimento de Medidas Socioeducativas, pode indicar um dado de exposição indesejada daqueles jovens ao reforço de uma identidade criminosa, além evidentemente de uma grande propensão a inefetividade da medida em razão do número de destinatários superior à capacidade previamente estabelecida para a prestação do serviço.

A partir do ano 2010, já com as ações e programas em curso, pode-se constatar uma queda, tanto no número médio de internos, quanto no número de superlotação. Embora ainda esteja presente o dado da superlotação, este é numericamente inferior ao período que precede a implementação dos programas. O número mensal médio de internos por ano foi então de 42.8, 40.3, 42.3, 40 e 40.5 adolescentes, respectivamente, entre os anos de 2010 a 2014. Nota-se que o número médio de adolescentes em cumprimento da medida de internação é inferior, em todos esses anos, quando comparado ao período anterior ao início das ações preventivas.

A queda no índice de superlotação também é um dado considerável, sobretudo quando comparado o número registrado em 2009: (8.5), e aquele computado em 2014: (1.6).

Gráfico 2: Dados sobre Internação Provisória



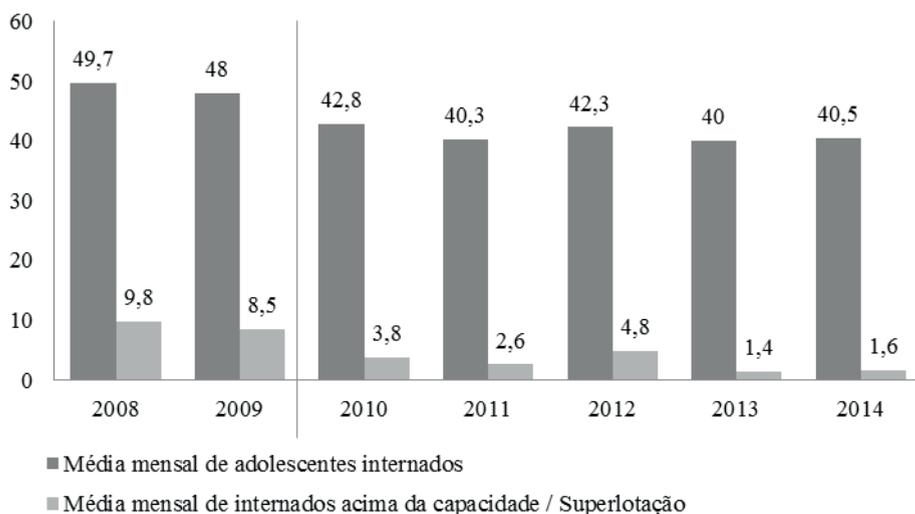
Fonte: Fundação de Atendimento Socioeducativo em Pernambuco (FUNASE-PE)

Já o número de internações provisórias, presente no *gráfico 2*, demonstra de modo mais expressivo um resultado positivo. Nos anos de 2008

e 2009 o número médio mensal de adolescentes internados provisoriamente foi de 19.5 e 22.6, respectivamente. Após a implementação dos programas e ações esse número cai para médias mensais de 12.9, 11.7, 13.8, 12.2 e 12.2 adolescentes provisoriamente internados, dos anos de 2010 a 2014, correspondendo a um número de até 10 internações provisórias, ao mês, que deixaram de ocorrer.

No tocante à superlotação o número caiu, gradativamente, até ser zerado. A queda se percebe entre o ano de 2009 e 2010, quando as medidas preventivas passam a ser implementadas, pontuando essa queda de uma média de 10.6 adolescentes em cumprimento de medida/mês acima da capacidade, para o número médio de 2.8/mês acima da capacidade. Já entre os anos de 2013 e 2014 constatou-se que o índice de superlotação foi zerado, ou seja, o estabelecimento passa a atender um número de adolescentes para o qual está efetivamente preparado, ampliando a possibilidade de sucesso na condução das atividades.

Gráfico 3: Índices nacional e municipal de reincidência de Crianças e Adolescentes infratores



Fonte: CNJ; Dados da Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição

O gráfico 3 apresenta os resultados mais significativos obtidos pela implementação combinadas de todas as ações e programas pela Vara. Nele, é apresentada uma comparação entre o índice estadual de

ressocialização de jovens, fornecidos pelo CNJ, e aqueles apresentados pela Vara Regional da Infância e Juventude da 18ª Circunscrição.

Enquanto índice de reincidência no cometimento de atos infracionais pelos adolescentes acompanhados, no Sistema Estadual de Pernambuco (que segundo o CNJ é o mais alto índice de reincidência do país) foram de 52% em 2014 e 54% em 2015, nos respectivos anos os números de reincidência, no município, foram de apenas 6,8% e 8,26%. Destaque-se que os números foram comparados apenas nestes dois intervalos em razão deste acompanhamento quantitativo ter iniciado, pela Vara e pela Instituição FUNASE-PE, apenas a partir de 2014.

Os dados informam que em uma relação Estado-Município, o índice de reincidência gira em torno de 50%, nos resultados do Estado, que por sua vez reflete o maior índice de país, enquanto no município a reincidência dos jovens em conflito com a Lei é inferior a 10%. Noutros termos, é possível inferir que mais de 90% dos jovens atendidos por todas as medidas conduzidas pela 18ª Vara são reintegrados à sociedade.

4 ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÕES

A partir da análise dos dados colhidos e expostos nos gráficos 1, 2 e 3 e dos elementos coletados nas entrevistas realizadas com os agentes, foi possível identificar que o trabalho de prevenção e intervenção possui, no caso em estudo, duas facetas específicas que serão a seguir discutidas. A primeira delas pode ser considerada como *prevenção em duplo sentido*.

A prevenção em duplo sentido manifestou-se num primeiro plano quando o sentido atribuído à *prevenção* é compreendido de maneira mais ampla⁸, espalhada em ações diversas, voltadas a ampliar perspectivas, integrar os indivíduos, desmistificar estereótipos, tanto desfazendo o sentido comum partilhado do “adolescente delinquente por natureza”, para a sociedade que com ele convive, quanto para ele mesmo.

Tenta-se instigar outras perspectivas na mente dessas crianças e adolescentes em conflito com a Lei e, em diversos casos, esses momentos são cruciais para a (re)formulação das identidades das crianças, quando para elas não se é fixada a ideia do Poder Judiciário como inimigo, como uma realidade distante que apenas se aproxima num momento punitivo.

⁸ O sentido aqui tratado diz respeito ao conteúdo evocado nas falas dos agentes públicos envolvidos e propriamente da comunidade em contato com as medidas, à compreensão deles acerca do trabalho de prevenção realizado.

Sendo, em sentido contrário, ressaltado e buscado um significado outro, aquele que informa o interesse do Poder Público e da comunidade no resgate destes pequenos indivíduos em circunstâncias que os colocam em perigo. Desse modo, o primeiro sentido de *prevenção* é propriamente uma expansão cognitiva de possibilidades, disponibilizada a todos os indivíduos em contato com os programas que altera suas percepções sobre os fenômenos sociais de conflito com a Lei.

Num segundo plano, o sentido de *prevenção* pode ser entendido de modo estrito, quando se objetiva o não cometimento de atos infracionais, dado o acompanhamento mais próximo às crianças e adolescentes nos ambientes onde eventualmente ocorreriam as infrações. Por meio da realização de ações integradas é promovida uma efetiva interação entre o Poder Judiciário e a comunidade em que se encontram essas crianças e adolescentes e entre eles próprios. Através de um circuito de ações combinadas, destinadas a ampliar a percepção da criança e o do adolescente acerca da realidade que experimentam, aproximando-os de seus direitos, de possibilidades profissionais, mas também de um senso de responsabilidade através da conscientização dos reflexos jurídicos decorrentes do cometimento de atos infracionais.

Noutros termos, os programas e ações combinados viabilizam um diálogo entre a criança e o adolescente e a comunidade e destes com o próprio judiciário e não apenas naqueles cenários repressivos, comuns às audiências de instrução, quando o adolescente já numa fase avançada do conflito com a Lei é ouvido pela autoridade judicial apenas para receber uma punição. De outro modo, a proximidade preventiva dessa criança e adolescente com o Poder Judiciário possibilita tanto o desenvolvimento do senso de responsabilidade sobre o valor social de suas condutas, como um elo afetivo entre esses indivíduos e o Poder Público, sobretudo quando esses destinatários conseguem compreender que a atuação é destinada à proteção de seus direitos, à prevenção de violações à sua integridade, desfazendo um prévio e equivocado sentido de que o judiciário alcança esses indivíduos tão somente quando não mais é possível qualquer intervenção positiva.

A análise dos dados levantados a partir da perspectiva teórica de Tajfel (1983), conduz os pesquisadores a uma inquietação que não pode ser ignorada, qual seja, aquela acerca do “como” está se desenvolvendo a elaboração das identidades destas crianças e adolescentes em conflito com a Lei, noutros termos, como está sendo desenvolvido o *senso de pertença*

desses indivíduos e como eles estão demarcando grupos em seu convívio. Se suas narrativas identitárias estão se dirigindo mais àqueles grupos cujas condutas são desejadas e estimuladas pelo convívio social ou se estão mais propensos a sentirem-se pertencentes aos grupos marcados como infratores, cujas condutas são indesejadas e inibidas socialmente.

Não se pode ignorar, na dinâmica de elaboração das identidades, aqueles espaços prévios ao cometimento propriamente das condutas infratoras. É preciso ater-se aos intervalos que são anteriores às infrações, em que se formam aquelas sentidas que orientarão as condutas delitivas e certamente formarão – de modo mais sólido –, identidades propensas ao cometimento de atos infracionais enquanto condutas regulares.

O acompanhamento da elaboração do senso de pertença aos distintos grupos, combinado com a potencialização de oportunidades, pode oferecer perspectivas outras para esses indivíduos, fortalecendo os recursos cognitivos necessários à prevenção e ressocialização.

A criança ou o adolescente em situações de risco, ou mesmo de conflito concreto com a Lei encontra-se imersa em circunstâncias que irão afetar a sua elaboração de pertença e dificilmente consegue desvencilhar-se, sozinha, destes cenários. E em especial nas questões cognitivas, na formação de sua percepção de mundo e de si mesmo, torna-se refém desses espaços determinantes. Por isso a intervenção é indispensável ao fenômeno da ressocialização e, não apenas uma intervenção rasa, meramente formal, antes disso, uma efetivamente apta à oportunizar uma reelaboração de identidades.

É relevante destacar que precisamente essa percepção, de importância na atuação está presente na fala dos agentes públicos quando utilizam a expressão *resgate*. Quando das entrevistas o termo é recorrente e, quando buscado o sentido partilhado entre aqueles agentes envolvidos no processo sobre o que precisamente entendem por “resgate”, resta evidente o sentido de intervenção aqui explanado: a *prevenção em duplo sentido* e a ideia de que sozinhos, sem as devidas intervenções, aqueles sujeitos não seriam capazes de promover a alteração de suas realidades. Assim, é possível dizer que os agentes envolvidos na execução dos programas analisados entendem que a ressocialização de crianças e adolescentes é um fenômeno possível, mas que é em si mesmo complexo. Os agentes públicos consultados também partilham o sentido de que suas intervenções são determinantes para o processo de ressocialização eficaz e que, sozinhos, os adolescentes e crianças não seriam capazes de atingir os

mesmos resultados obtidos pelas ações combinadas, sendo precisamente esse o sentido comum, atribuído pelos agentes públicos, ao termo *resgate*.

No tocante aos espaços de contato entre a comunidade e os adolescentes, as ações desenvolvidas nos programas em estudo, desfazem a noção equivocada de identidades já formadas e viabilizam a (re)inserção da criança e do adolescente, primeiramente ao pequeno núcleo social que ele percebe, a saber, a família e a escola, em seguida aos núcleos maiores: a comunidade com a qual convive. Desfazendo o senso de exclusão que o estigma de “menor infrator” produz no indivíduo e na comunidade.

As ações possibilitam interações diversas que quando combinadas potencializam o desfazimento do senso de pertença aos grupos indesejados (infratores, delinquentes e outros adjetivos pejorativos que a própria criança e adolescentes elaboraram para si mesmos), ao tempo que viabilizam outros discursos na medida em que essas interações avançam e as experiências se aprofundam, determinando outros potenciais elementos identitários.

O senso de distanciamento entre esses sujeitos e os poderes públicos é desfeito na medida em que a proximidade e o contato são reforçadas. Na medida em que esvazia-se esse sentido de exclusão e não pertença, um outro passa a ser reforçado, qual seja, o de familiaridade, de proximidade e pertença ao grupo socialmente desejado, funcionando como fator determinante na elaboração de identidades outras, quando forjadas atmosferas de igualdade, de potencialidade, empatia e pertença. Viabilizando para essas crianças e adolescentes em conflito com a Lei o sentimento de acolhimento à comunidade e não o senso de marginalidade, de afastamento e exclusão.

Esse senso de pertença quando estimulado e combinado com outras circunstâncias e variáveis, tais como oportunidades de estudo, profissionalização, ambiente familiar adequado e estímulos outros⁹, pode impedir que a criança e adolescente perpetuem-se em condutas infratoras e construam assim, para si mesmos, uma identidade negativa. Previne-se assim que a criança elabore sobre si mesma uma narrativa excludente.

Os dados levantados, quando combinados, informam que uma intervenção elaborada com vistas ao *resgate* é capaz de produzir índices expressivos de ressocialização¹⁰ entre crianças e adolescentes em conflito com a Lei. Todavia, como pontuado na fala do Magistrado, é importante saber a quem compete precipuamente tal tarefa e, embora conduzida de

⁹ Vide o ponto 4.1.1.3.

¹⁰ Vide o ponto 4.2.1.

modo positivo pelo Poder Judiciário – no caso em apreço –, não é dele a responsabilidade primeira da elaboração e manutenção de políticas públicas voltadas à promoção dos direitos, e sim do Poder Executivo. Entretanto, a despeito de discussão acerca de sobre qual Poder deva recair a responsabilidade da atuação é notória a efetividade dela e, em razão disto, sua indiscutível e urgente necessidade, sobretudo no que diz respeito ao desfazimento do senso comum partilhado na sociedade de que tais medidas são inúteis ou ineficazes e de que crianças e adolescentes em conflito com a Lei são indivíduos cujo perfil criminoso é inalterável. Sendo, precisamente nesse diapasão que as discussões acerca da redução da maioria penal se localizam.

É fundamental destacar que os expressivos resultados ressocializantes alcançados pela atuação da Vara em comento somente foram (e são) possíveis em razão da competência jurisdicional conferida ao Magistrado pela força normativa presente no ECA¹¹, que decide atender crianças e adolescentes de modo diferenciado. Destaque-se que, uma vez que prevaleça o discurso pela redução da maioria, toda a eficácia jurídica dos dispositivos postos do Estatuto da Criança e Adolescente, que orientam e balizam tal atuação, restariam tacitamente revogados, obstruindo assim uma atuação jurisdicional nos moldes aqui analisados e seus eventuais resultados, uma vez que estes indivíduos seriam objeto da persecução penal disciplinada pelo Código Penal, cuja dinâmica é diametralmente distinta. Por isso, tendo em vista todos os dados agrupados nesta pesquisa, resta evidente que o discurso pela redução da maioria pautado na ineficácia das medidas ressocializantes previstas no ECA, não se sustenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se iniciou com uma breve abordagem sobre a teoria que trata da condição de sujeitos de direito, desenvolvida por Axel Honneth, seguindo para a explanação sobre a teoria das identidades sociais de Henri Tajfel. Ambas discutidas num contexto em que se enfrenta as questões dos direitos das crianças e adolescentes, disciplinados no âmbito do ECA. Na sequência foram expostos os dados, quantitativos e qualitativos, coletados no curso do trabalho de campo. Sendo aqueles quantitativos suficientes para demonstrar um alto grau de eficácia no trabalho de ressocialização objetivado pela Vara da Infância e Juventude,

¹¹ Vide o ponto 2.2.

enquanto que os qualitativos possibilitaram uma compreensão nesse itinerário de sucesso.

Os aspectos conclusivos da pesquisa puderam informar uma combinação de elementos aptos à produção desses resultados, quais sejam, uma perspectiva positiva e previa à implementação das ações, por parte dos agentes públicos, identificada no senso comum de *resgate* partilhado entre aquele grupo de profissionais e, uma série de ações combinadas e dirigidas ao alcance do objetivo de intervenção preventiva e propriamente ressocializante, implementada em conjunto com a própria comunidade.

Embora a presente pesquisa tenha exaurido seu objetivo uma vez que o itinerário da Vara é amplamente observado e mapeado de modo que se torna compreensível e replicável o percurso implementado para obtenção daqueles altos índices de ressocialização, não se pode dizer o mesmo acerca do fenômeno da ressocialização de um modo geral. Desse modo, os dados apresentados aqui não oferecem uma resposta definitiva para o problema nacional da ressocialização de crianças e adolescentes em conflito com a Lei, e nem mesmo este foi a intenção nuclear da pesquisa, e sim, oferecer o delineamento de um percurso bem sucedido que possa servir como parâmetro, tanto para pesquisas futuras quanto propriamente para desenvolvimento de ações em outras Varas Especiais da Infância e Juventude.

Neste diapasão a pesquisa também pode sugerir a discussão sobre o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas destinadas aos mesmos objetivos discutidos no curso da atual pesquisa, realizadas pelos demais Poderes Estatais ou mesmo pela sociedade civil, no sentido de efetivar as disposições presentes no ECA, voltadas à promoção e proteção dos direitos das crianças e adolescentes em conflito com a Lei.

REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W.; GASKEL, George. **Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: Um Manual Prático**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 13.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BONOMO, M.; Trindade, Z. A.; Souza, L. & Coutinho, S. M. S. Representações sociais e identidade em grupos de mulheres ciganas e rurais. **Psicologia**, 22(1), 153-181, 2008. Recuperado de http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492008000100007&lng=pt&tlng=pt.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: set de 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: set de 2016.

CARVALHO, Helen Cris Cosme De. Dos direitos da criança e do adolescente em conflito com a lei: o estado brasileiro buscando superar um déficit social consagrado. In: **Direitos sociais e políticas públicas III** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; Florianópolis; CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=213>>. Acesso em: 02 out 2016.

CIAMPA, A. C.. Identidade. In: S. T. M. Lane; W. Codo (Orgs). **Psicologia Social: o homem em movimento**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

CNJ. **Modelo inovador garante menor índice de reincidência criminal de jovens em Pernambuco**. (2015). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62380-modelo-inovador-garante-menor-indice-de-reincidencia-criminal-de-jovens-em-pernambuco>>. Acesso em: set de 2016.

_____. **Panorama nacional, a execução das medidas socioeducativas de internação**. (2012). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/programa_justica_ao_jovem_CNJ_2012.pdf>. Acesso em: set de 2016.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e informação qualitativa: aportes metodológicos**. Campinas: Papirus, 2001.

EPELBOIM, Solange; MELLO, Thatiana Valory dos S. Crenças psicossociológicas: possíveis articulações entre psicologia social e terapia cognitivo comportamental (2007). In: **Anais do XIV Encontro Nacional da ABRAPSO: Diálogos em psicologia social: epistemológicos, metodológicos, éticos, políticos, estéticos e políticas públicas**. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/html/sessoes/3260_sessoes_resumo.htm>. Acesso em: out. de 2016.

HONNETH, A.. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 1949.

TAJFEL, H. **Grupos humanos e categorias sociais, estudos em psicologia social: segundo volume**. Tradução Ligia Amâncio. Livros Horizonte, 1983.

DA TEORIA DO DELITO PARA AS PESSOAS JURÍDICAS: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA CONSTRUTIVISTA DE “AUTORRESPONSABILIDADE” DOS ENTES COLETIVOS

CRIME THEORY FOR LEGAL ENTITIES: AN ANALISYS FROM A CONSTRUCTIVIST PERSPECTIVE

Túlio Felipe Xavier Januário*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da responsabilidade penal das pessoas jurídicas – modelos de aplicação. 3. Modelo construtivista de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. 3.1. Da capacidade de ação das pessoas jurídicas – capacidades de organização. 3.2. Do ilícito típico. 3.2.1. Do tipo objetivo de ilícito. 3.2.2. Do tipo subjetivo de ilícito. 3.2.3. Da culpabilidade. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a configuração das categorias de uma novel teoria do crime elaborada especificamente para as pessoas jurídicas, com base na perspectiva construtivista de “autorresponsabilidade” destes entes. Para isto, pretende-se comprovar, após uma análise dos modelos até então elaborados, a necessidade da adoção de um sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas que seja independente da identificação e responsabilização das pessoas físicas que as integram, uma vez que o âmbito da criminalidade econômica e ambiental, especialmente no que se refere aos delitos perpetrados no interior das empresas, apresenta inerentes dificuldades na identificação da autoria individual, o que, justamente, influencia os ordenamentos jurídicos internacionais a viabilizarem a responsabilização penal dos entes coletivos. Parte-se do pressuposto, ainda, de que as clássicas categorias elaboradas no âmbito das pessoas individuais apresentam algumas incongruências quando aplicadas às pessoas jurídicas, razão pela qual, a partir do construtivismo, pretende-se elaborar categorias sistemática e funcionalmente equivalentes àquelas, para que a novel teoria do delito seja, não apenas eficaz no que se refere aos seus objetivos, mas também respeitosa aos princípios e garantias consagrados pelo ordenamento jurídico-penal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Autorresponsabilidade. Modelo Construtivista. Teoria do crime.

ABSTRACT: *This essay aims to analyze the configuration of a new crime theory made especially for legal entities, from a constructivist perspective of “autorresponsability” of them. Therefore, it intends to prove, after an analysis of the existent models, the necessity of adopting a system where the legal entities are criminally hold responsible for their conducts, and it’s independent of the identification and conviction of the natural person, as in the scope of economics’ and environmental’ crimes, especially in the ones committed on corporative spaces, there are difficulties that are obstacles to the identification of the single authorship, which influence, by the way, the international legal systems to make possible the juristic entities’ incrimination. It is assumed that the classical categories made in the scope of singular persons present some incongruities when applied to collective entities, what justify, from a constructivist model, the elaboration of categories that are functional and systematically equal to them, intending that the new crime theory be efficient not only in its objectives, but also respectful to the principles and guarantees consecrated in the criminal ordainment.*

Keywords: *Legal entities’ criminal responsibility. Autorresponsability. Constructivist model. Crime theory.*

* Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra, bacharel pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP, Campus de Franca), pesquisador financiado pelo programa “Erasmus+” na Georg-August-Universität Göttingen. Advogado.

Como citar: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191. jul/dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade pós-revolução industrial, muito embora, de uma forma geral, tenha possibilitado uma melhoria nas condições de vida da população, com o surgimento de novos produtos e serviços, representou também, um inegável quadro de criação de novos riscos para as pessoas¹. Neste sentido, conforme explica Luciano Anderson de Souza (2007, p. 24), os problemas enfrentados no período pré-Revolução Industrial, marcado pela natureza eminentemente agrária das comunidades, multiplicaram-se e tornaram-se mais complexos após o estabelecimento de um modo de produção manufaturado.

Há que se destacar ainda, o surgimento de grandes e complexas corporações empresariais, cuja atuação em vários países foi incontestavelmente facilitada pelo mercado globalizado. Assim, tem-se ainda, na globalização, um fator que, se por um lado mostra-se muito proveitoso em diversos aspectos, por outro, apresenta uma infinidade de problemas para as ciências jurídico-penais.

Pelo exposto, observa-se que as questões a serem enfrentadas pelas ciências criminais neste contexto de modernidade e globalização não se resumem na tutela ou não destes novos âmbitos, mas sim, e principalmente, na adequação dos clássicos institutos penais para o enfrentamento das modalidades criminosas, que se mostram cada vez mais organizadas e bem estruturadas, assim como os efeitos de suas condutas são econômicos, políticos e sociais de grande magnitude (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 104).

Problema característico imposto ao direito penal por esta nova criminalidade, por exemplo, é o da identificação da autoria individual de determinada conduta lesiva, uma vez que a criminalidade moderna se dá, muitas vezes, no âmbito de grandes empresas, subdivididas em filiais atuantes em diversos mercados, assim como internamente, com distribuição de funções em diversos setores organizados hierarquicamente, o que

¹ “Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das conseqüências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva.” (BOTTINI, 2013. p. 25-26).

acaba por levar a uma estrutural irresponsabilidade individual organizada (HEINE apud SILVEIRA, 2015, p. 85).

É inegável que, no que se refere à criminalidade empresarial, as condutas típicas preponderantes neste setor são as que lesionam bens jurídico-penais econômicos e ambientais, entendendo-se os primeiros como aqueles relacionados à ordem econômica, tributária, financeira, previdenciária e às relações de consumo (SOUZA, 2007, p. 140-142).

Relativamente ao meio ambiente, Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 170, dispõe que:

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: [...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

A fim de assegurar esta defesa do meio ambiente, dispõe em seu artigo 225, §3º.:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, Op. Cit.).

Observa-se, assim, que a Carta Magna nacional previu de forma expressa o dever do Poder Público de sancionar civil, penal e/ou administrativamente as pessoas físicas ou jurídicas que praticarem condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, nos termos da Lei.

Com a finalidade de regulamentar essa previsão constitucional, foi aprovada a Lei 9.605/98, que dentre outras disposições, trata das condutas consideradas crimes e infrações administrativas lesivas ao meio ambiente. Dentre as principais inovações trazidas por este diploma, tem-se a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme disposto pelo 3º., nestes termos:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (BRASIL, 1998).

Importante destacar, que a própria Constituição Federal já previa expressamente a possibilidade de responsabilização penal das pessoas coletivas, conforme se observou dos artigos supracitados, assim como do artigo 173, §5º, que dispõe:

Art. 173.

[...]

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 1998).

Assim, observa-se que não restam mais dúvidas a respeito da constitucionalidade ou não do instituto, diante da adoção expressa do mesmo pela Constituição, consagrando-o no ordenamento jurídico nacional (SHECAIRA, 1998, p. 114). Aliás, importante destacar que, muito embora haja posicionamentos contrários na doutrina, jamais houvera qualquer indício de inconstitucionalidade deste instituto por parte dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (TANGERINO, 2010, p. 17).

Neste mesmo sentido, cumpre salientar que o Projeto de Lei do Senado de nº 236 de 2012, popularmente conhecido como “Projeto de Novo Código Penal”, prevê expressamente a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos, neste sentido:

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la (BRASIL, 2012).

Importante destacar que, nos termos do artigo 41 do referido projeto, caso este venha a ser aprovado, não mais apenas os delitos contra o meio ambiente serão passíveis de responsabilização dos entes coletivos, mas também, as condutas praticadas contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro (BRASIL, 2012).

Desta forma, tendo-se em vista a já possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, não apenas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mas também em âmbito nacional, mister se faz, por parte de doutrina e jurisprudência, abandonar a já superada questão relativa à constitucionalidade ou não do instituto e se concentrar no seu aperfeiçoamento, buscando compatibilizá-lo com as garantias constitucionais a fim adequá-lo a parâmetros garantistas e limitar eventual expansão do poder punitivo (TANGERINO, 2010, p. 17).

5 DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS – MODELOS DE APLICAÇÃO

Conforme exposto, o reconhecimento da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas mostra-se essencial para a tutela de determinados bens jurídico-penais, em decorrência do fato de que grande parte das condutas que os lesionam ocorrem no âmbito de grandes corporações, uma vez que “não raro ostentam enorme e altamente complexas divisões de tarefas e grande número de sócios, administradores e trabalhadores e, neste sentido, avultam dificuldades de atribuição de um fato concreto a alguém...” (SOUZA, 2012, p. 67-68).

Indo além do âmbito dos crimes ambientais, cuja aplicação prática restaria muito prejudicada sem a utilização do instituto, observa-se que a Constituição Federal, em seus artigos 173, §5º e 225, §3º, reconhece a possibilidade responsabilização penal dos entes coletivos também para os crimes contra a ordem econômica e financeira e a economia popular (SARCEDO, 2016, p. 178).

Aliás, parte da doutrina entende que não haveria qualquer empecilho constitucional à aplicação do instituto para a tutela de qualquer outro bem jurídico, uma vez que não há qualquer reserva neste sentido. Assim, uma vez que a Constituição traria mandados de criminalização, o legislador estaria obrigado a agir nestas hipóteses, não ficando, porém, proibido de prever tal modalidade de responsabilidade em outros casos (Ibidem, p. 210).

Importante destacar que a tendência internacional no sentido reconhecer a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos já é bastante antiga, remetendo-se, por exemplo, ao congresso promovido pela Associação Internacional de Direito Penal, em Bucareste, no ano de 1929 (BARBERO SANTOS, 1987, p. 1082). Esta ideia foi reforçada durante diversos encontros e acordos internacionais realizados durante o Século XX, merecendo especial atenção o XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1994 no Rio de Janeiro, onde foram aprovadas, dentre outras, a recomendação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes contra o meio ambiente, devendo os ordenamentos jurídicos, sempre que possível, viabilizá-la (SHECAIRA, 1998, p. 45-46).

Uma vez adotada a possibilidade de responsabilização das pessoas coletivas como uma realidade incontestável, bem como, partindo-se da necessidade de sua compatibilização com os princípios e garantias irrenunciáveis do direito penal, mister se faz uma análise sobre os possíveis sistemas a serem adotados, bem como suas eventuais consequências.

A referida discussão remonta-se, inicialmente, à natureza jurídica destes entes. Por um lado, a chamada “teoria da ficção” entende que somente o homem é capaz de ser sujeito de direitos, equiparando-se, assim, as pessoas jurídicas aos incapazes, que deveriam, portanto, serem representados. Desta forma, estes entes seriam uma criação da lei para o exercício de direitos patrimoniais. Por outro lado, a chamada “teoria da realidade objetiva” entende que as pessoas jurídicas também são dotadas de realidade, podendo ser consideradas como pessoas por terem existência

real, possuindo, assim, vontade coletiva e capacidade de querer e agir, sendo estas realizadas por seus órgãos (SHECAIRA, 1998, p.85-87).

Grande parte das críticas sofridas pelo instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica deriva de uma perspectiva proveniente da teoria da ficção, que levaria a uma consequente incompatibilidade com o conceito de culpabilidade construído pelo direito penal (MARCANTE, 2014, p. 220). Partindo-se, porém, da segunda alternativa, reconhece-se que as pessoas jurídicas são verdadeiros entes sociais, sendo, portanto, perfeitamente capazes de vontade. Assim, como defende Sérgio Salomão Shecaira (1998, p. 87-88), “ela não é um mito, pois concretiza-se em cada etapa importante de sua vida pela reunião, deliberação e voto da assembleia geral de seus membros, ou mesmo através de sua administração ou gerência.”

Objeta-se, portanto, os primeiros entendimentos da jurisprudência nacional, no sentido de uma “heterorresponsabilidade” penal da pessoa jurídica. Baseando-se na chamada “teoria do ricochete”, os tribunais entendiam que a pessoa jurídica só poderia ser responsabilizada criminalmente se fosse aferida também, uma responsabilidade penal de pessoa física, que estaria atuando como representante da empresa e que teria praticado o ilícito em proveito daquela (VIVIANI, 2008, p. 64-65).

Assim, o chamado “sistema vicarial”, ou de “heterorresponsabilidade” caracteriza-se pela transferência à empresa, da culpabilidade da pessoa natural que atuou na intenção de favorecê-la (NIETO MARTIN, 2008, p.132). Limita, assim, as possibilidades de defesa do ente coletivo, já que os controles internos e as medidas preventivas não são levados em conta (SARCEDO, 2016, p. 107). Faz-se necessária apenas, a presença de alguma destas condições:

- (a) que as condutas sejam cometidas por administradores ou diretores – eventualmente bastando que as tenha tolerado, consentido ou induzido -;
- (b) que as condutas sejam cometidas por seus administradores ou diretores, ou seus empregados devido a um defeituoso controle de vigilância dos primeiros;
- (c) que as condutas sejam cometidas por administradores, diretores, empregados submetidos a um controle defeituoso, ou qualquer outra pessoa que atue em nome da sociedade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 114-115).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 564.960/SC, decidiu que “admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome e

benefício...”². Seguindo este entendimento, o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região considerou que “a jurisprudência do egrégio STJ acolhe a teoria da dupla imputação, admitindo, portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física...”³.

Observa-se, porém, que a exigência de identificação de uma pessoa física que tenha praticado a conduta ilícita, para fins de responsabilidade penal da pessoa jurídica, apresenta grandes dificuldades práticas. Isto porque, primeiramente, em virtude da complexidade das organizações empresariais, a teoria da dupla imputação mostra-se ineficaz, já que a própria identificação da pessoa física, requisito para a responsabilização da pessoa jurídica, é problemática, acabando-se por premiar uma irresponsabilidade organizada do ente (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. XI).

Além disso, temos a já salientada limitação das possibilidades de defesa da pessoa jurídica, em virtude da inexistência de uma verificação a respeito de seu modelo de organização e cultura empresarial (Ibidem, p. XI). Isto sem se falar da inegável infração ao princípio da responsabilidade pessoal, uma vez que o ente coletivo é responsabilizado por uma conduta alheia, praticada por seus representantes ou empregados, ainda que em proveito da mesma (DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 115).

É a partir destes problemas que passam a ser desenvolvidos os sistemas de “autorresponsabilidade”, característicos por basear a responsabilidade das pessoas jurídicas de “uma conexão entre o fato proibido e uma característica da (ou um certo estado de coisas na) entidade, sendo irrelevante a eventual responsabilidade de uma pessoa natural” (HERNÁNDEZ BASUALTO, 2010, p. 216-217). Nestes modelos, imputa-se ao ente coletivo as condutas criminosas praticadas por ele mesmo, ainda que se pressuponha uma atuação de um representante ou empregado (DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 117).

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 564.960/SC, 5ª. Turma, relator: Ministro Gilson Dipp, Publicado em: 13 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª. Região. Mandado de Segurança 201002010065557 RJ, 2ª. Turma Especializada, Relator: Marcelo Leonardo Tavares, Data de Julgamento: 14 de setembro de 2010, Data de Publicação: 24 de setembro de 2010. Disponível em: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

Esta mudança de entendimento vindo sendo acompanhada pela jurisprudência, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 548.181, entendeu que:

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental⁴.

Observa-se assim, que o Supremo Tribunal Federal, considerou suficiente para a responsabilização de uma pessoa jurídica, “a prova de que o delito decorre de atos cometidos pelos órgãos vinculados à empresa e que a atuação tenha implicado em benefícios para o ente moral” (COSTA, 2015, p. 282). Tal julgamento representou grande avanço no âmbito jurisprudencial pátrio, cujo entendimento foi sendo acompanhado pelos tribunais inferiores⁵.

Conforme restará comprovado, esta mudança de posicionamento mostra-se político-criminalmente vantajosa, uma vez que este modelo é muito mais eficiente no combate à chamada “irresponsabilidade organizada”,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.181/PR, 1ª. Turma, Relatora: Ministra Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013, Data de Publicação: 30/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 28 de agosto de 2016. .

⁵ Neste sentido: “Possibilidade de pessoa jurídica ser denunciada sem que as pessoas físicas respondam conjuntamente. Decisão do STF neste sentido.” BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito 00088648320138260127, 7ª. Câmara de Direito Criminal, Relator: Reinaldo Cintra, Data de Julgamento: 12/05/2016, Data de Publicação: 17/05/2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>. Acesso em 28 de Agosto de 2016. .

superando as dificuldades de identificação da autoria individual no seio de grandes corporações empresariais. Além disso, incentiva a adoção de medidas concretas de prevenção de delitos e promoção de uma cultura de cumprimento normativo e fidelidade ao direito nas empresas, em virtude da viabilização de causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade no âmbito da responsabilidade penal dos entes coletivos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 4; 58-60).

Diante do exposto, mostra-se favorável a adoção de um modelo de “autorresponsabilização” penal das pessoas jurídicas, uma vez que, se por um lado é inegavelmente mais eficaz no combate à “irresponsabilidade organizada”, por outro, possibilita aos entes coletivos o devido exercício de sua defesa, afastando qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva. A referida modalidade mostrar-se-ia “mais garantista e mais respeitosa com os fundamentos sistêmicos penais” (SILVEIRA, 2015, p. 111).

Importante destacar, porém, que uma vez terem sido elaborados no âmbito das pessoas físicas, alguns institutos do clássico direito penal apresentam dificuldades no trato dos entes coletivos, tal como é o caso das categorias da ação, da culpabilidade e da capacidade penal (TIEDEMANN, 1995, p. 625). Isto porque, “a ação em Direito Penal sempre estaria vinculada ao comportamento humano, da mesma forma que culpabilidade, ou culpa, em sentido amplo, intui uma reprovação ética ou moral” (TIEDEMANN apud SILVEIRA, 2015, p.86).

Assim, para viabilizar uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas que efetivamente se baseie no seu próprio fato, de maneira totalmente independente do injusto e da culpabilidade da pessoa física (FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, p. 68), faz-se necessária um aprofundamento doutrinário no sentido da elaboração dogmática do que poderia se chamar “teoria do delito das pessoas jurídicas” (ZUGALDÍA ESPINAR, 1994, p. 620).

Propõe-se, aqui, um modelo “construtivista” de responsabilidade penal da pessoa jurídica, cujo injusto teria por base a organização empresarial do ente no momento dos fatos, enquanto que a culpabilidade seria aferida a partir da cultura de cumprimento com o direito. Tal teoria pode ser assim resumida:

PRESSUPOSTOS

Atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica?

Atuou a pessoa física em benefício da pessoa jurídica?

FUNDAMENTOS

Possuía a pessoa jurídica uma organização adequada ao Direito?

Possuía a pessoa jurídica uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade ambiental? (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 6-7).

Importante destacar que, apesar de ainda pouco difundida no âmbito nacional, a referida teoria foi recentemente adotada em julgamento de Apelação Criminal pelo Tribunal Federal da 4ª. Região, cujos trechos essenciais se destaca:

Em suma, não apenas as pessoas físicas, mas também as denominadas pessoas morais são, da perspectiva do ordenamento jurídico, sistemas caracterizados pela “autopoiese”, ou seja, pela capacidade de *engendram* a si próprias, *reproduzirem* (tanto no sentido de representação de sua própria imagem como de formulação de sua própria natureza no contexto social) a si mesmas. Por conta dessa qualidade, que lhes confere autonomia suficiente, podem ser centros de imputação de práticas tipificadas penalmente e, face a autorreferenciabilidade resultante da consciência humana (pessoas físicas) ou de operações de comunicação *interna corporis* (pessoas jurídicas), sujeitam-se a um juízo de censura das condutas típicas e antijurídicas que concretizarem no plano fático, com a consequente autorização da aplicação de pena. [...]

Pois justamente a supra mencionada igualdade, conferida aos entes morais pelo ordenamento pátrio, constitui o alicerce último da culpabilidade atribuível às pessoas jurídicas, por conferir-lhes o direito à auto-organização (atributo, ademais, dos sistemas autopoieticos), estabelecendo o sinalagma básico que, do outro lado da relação estabelecida, impõe-lhes o dever de usar tal liberdade estrutural conforme os ditames do direito, sujeitando suas condutas, caso contrário, a um juízo normativo de reprovabilidade. [...] conforme vimos de dizer, a partir dos postulados do “conceito construtivista da culpabilidade”, a pessoa jurídica pode ser, de forma autônoma, agente de uma prática criminosa, porquanto *las organizaciones no están compuestas por individuos, sino por comunicaciones* (DÍEZ, CARLOS GÓMEZ-JARA. Op. cit., p. 132), que lhes servem de equivalente funcional à consciência das pessoas naturais, conferindo-lhes as notas de autorreferenciabilidade e auto-organização próprias dos sistemas dotados de autopoiese. Assim, a responsabilização penal do ente coletivo e de seus administradores possuiria

natureza **disjuntiva**, pois *se trata de dos autopoiesis diferenciadas - la de la organización, por un lado, y la del individuo, por otro -de tal manera que no se excluyen mutuamente* (Idem, p. 132). Mostrar-se-ia, portanto, possível a instauração de persecução criminal contra uns e outros isoladamente ou, até mesmo, conjuntamente - mas, nesse último caso, jamais com obrigatoriedade, na medida em que *los fundamentos últimos de la responsabilidad de ambos sistemas se generan en esferas totalmente diferenciadas – lo cual no implica que no se puedan relacionar entre sí como acaba de mostrarse* (Idem, ibidem).⁶

Assim, tendo-se em vista a possibilidade de utilização desta construção doutrinária no âmbito nacional, bem como as vantagens político-criminais dela decorrentes, que serão demonstradas oportunamente, mister se faz a análise de seus fundamentos e elementos.

6 MODELO CONSTRUTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O modelo “construtivista” de responsabilidade penal da pessoa jurídica é elaborado a partir da “teoria dos sistemas sociais autopoieticos”, de Niklas Luhmann, segundo a qual os sistemas possuiriam uma autorreferencialidade, ou seja, uma capacidade de se reproduzirem autopoieticamente. Aplicando-se isto ao direito penal, tem-se que a organização, o direito e o ser humano seriam três sistemas autopoieticos distintos, que se reproduzem de maneiras também distintas, sendo que “o ser humano é um sistema psíquico que se reproduz sobre a base de decisões, e o Direito é um sistema social funcional cuja reprodução vai junto com a comunicação jurídica” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 18-19). Importante destacar, porém, que não se pode afirmar uma maior autorreferencialidade das pessoas físicas, através de seu sistema psíquico, do que das pessoas coletivas, que realizam a autopoiese social, através de seu sistema organizativo, uma vez que ambas possuem a mesma capacidade de reflexão (Ibidem, p. 21).

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Apelação Criminal 0010064-78.2005.404.7200/SC, 8ª. Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Julgamento: 21/08/2012, Data de Publicação: 11/09/2012. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa>. Acesso em 29 de agosto de 2016. .

De maneira paralela, o modelo em comento tem grande influência da ideia de “corporate citizenship”, ou cidadania empresarial, sendo que o chamado “cidadão corporativo fiel ao direito” se referiria ao dever das empresas de “institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 21-25). Esta ideia tem estreita relação com a chamada “autorregulação das empresas”, ou seja, no estímulo estatal a que as empresas se autorregulem, prevenindo-se da ocorrência de crimes em seus âmbitos de atuação (NIETO MARTIN apud SILVEIRA, 2015, p. 72).

É justamente no direito penal econômico que surge, então, a noção de “autorregulação regulada”, que se mostrará essencial na definição das categorias da novel teoria do delito dos entes coletivos. Tem-se, assim, a:

[...] possibilidade de o Estado estabelecer normas legais que impõem a criação de normas de conduta internas nas empresas, com vistas a fomentar o crescimento de uma cultura de cumprimento normativo, por meio da imposição do dever legal de vigilância a determinadas pessoas ou empresas, cominando-lhes responsabilidade legal (civil, administrativa ou penal) em caso de inobservância (*gatekeepers* ou vigilantes) (SARCEDO, 2016, p. 46).

Tendo-se em vista estas premissas, cumpre analisar as categorias da teoria do delito que ora se propõe, iniciando-se pela chamada “capacidade de organização”.

6.1 Da capacidade de ação das pessoas jurídicas – capacidade de organização

No entendimento da doutrina tradicional, a conduta poderia ser perpetrada apenas pelo homem, uma vez que a “capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter” (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 46-47). Assim, a ação seria “una conduta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad” (ROXIN, 1997, p. 194)⁷.

O conceito de “competência organizativa” tem possibilitado, porém, a construção de propostas de equivalentes funcionais à noção de capacidade de ação, os quais seriam aplicáveis às pessoas jurídicas.

⁷ Citando o entendimento da doutrina majoritária, sem, porém, adotá-lo. .

Neste sentido, temos a ideia de “pessoa social”, por exemplo, que é um supraconceito que englobaria pessoas físicas e jurídicas, sendo que as primeiras adquiririam sua capacidade de produção do injusto a partir da capacidade de ação, enquanto que as segundas o fariam através de sua capacidade de organização (LAMPE, 2003, 181-198). Em sentido semelhante, pode-se entender ambos como “organizadores de contatos sociais”, atribuindo-lhes competências e responsabilidades (BOTTKKE apud GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 30).

Com base nestas ideias, sob um viés construtivista, pode-se concluir por uma substituição do conceito de “capacidade de ação” pelo de “capacidade de organização”, possibilitado pelo pressuposto de que, com o decorrer do tempo, as pessoas jurídicas passariam a desenvolver “uma complexidade interna, transformando-se em uma capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 31-32). Assim, seria aplicável o sinalagma básico do direito penal também para os entes coletivos, lhes atribuindo uma liberdade de organização, não devendo, porém, ultrapassar os riscos permitidos, sob pena de responsabilidade (Ibidem, p. 30-31).

Observa-se que, de fato, a ideia de uma competência organizacional ajuda na resolução da constante crítica feita pela doutrina contrária, no sentido de que os entes coletivos não teriam a capacidade de agir por si só. Ao adquirir determinada complexidade interna, é inegável que estes entes passariam a possuir uma liberdade de auto-organização, devendo responder pelas conseqüências desta liberdade. Além disso, conforme restará comprovado, tal entendimento possui ainda, a vantagem político-criminal de possibilitar uma análise equivalente à da imputabilidade no âmbito das pessoas jurídicas, tomando como base o nível de complexidade por elas assumido.

6.2 Do ilícito típico⁸

No âmbito da ilicitude, podem ser identificados tipos incriminadores, que se consubstanciam no “conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por

⁸ Muito embora a doutrina majoritária adote uma concepção tripartida de delito, considerando a tipicidade como primeiro elemento a ser analisado, adotamos o entendimento de todo tipo é tipo de ilícito, sendo que à categoria da ilicitude ser concedida a primazia na construção teleológico-funcional do crime. Neste sentido: DIAS, 2007, p. 267-268.

isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições a ele ligadas” (DIAS, 2007, p.269), e os tipos justificadores, também conhecidos como causas de justificação, que assumem um caráter negativo, de limitação dos primeiros (Idem).

Muito embora estes últimos, sob a perspectiva ora adotada, não apresentem maiores problemas em sua aplicação às pessoas jurídicas, importante destacar a relevância do chamado “princípio da unidade da ordem jurídica”⁹ para os crimes econômicos e ambientais, uma vez que estes são marcados pela chamada “assessoriedade administrativa do direito penal”, ou seja, pela “complementação do tipo penal por meio de conceitos, normas ou atos administrativos, especialmente na seara ambiental” (COSTA, 2010, p. 66-67).

Assim sendo, ao se analisar os tipos justificadores, devem ser levadas em conta as eventuais permissões contidas em normas administrativas, a fim de garantir a correta e justa aplicação do instituto.

6.2.1 Do tipo objetivo de ilícito

No que se refere aos tipos incriminadores, importante destacar as colaborações oferecidas no âmbito da tipicidade pelas correntes funcionalistas, especialmente a teoria da imputação objetiva, de suma relevância para crimes complexos, tais como os econômicos e ambientais.¹⁰ Sucintamente, pode-se dizer que, com base na referida teoria, o tipo objetivo não mais se esgotaria na análise dos elementos da ação, do resultado e do nexos de causalidade, fazendo-se necessária uma análise normativa através da constatação da criação ou não de um risco juridicamente reprovado, e da realização deste risco no resultado (GRECO, 2002, p. 3).

Muito embora elaborada em contexto diferente, qual seja, o dos crimes atribuíveis às pessoas físicas, é inegável que, seja qual for o modelo utilizado, a teoria da imputação objetiva é perfeitamente válida e necessária para a análise dos crimes das pessoas jurídicas. Isto porque, conforme visto, a mesma mostra sua maior utilidade justamente no campo dos crimes com cursos causais complexos, tais quais os crimes econômicos

⁹ “sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída sem mais a possibilidade de, ao mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como antijurídica e punível.” MERKEL apud DIAS, 2007. p. 389. .

¹⁰ Sobre a teoria da imputação objetiva e seus respectivos modelos: ROXIN, 2002; JAKOBS, 1995, p. 129-307; FRISCH, 2004.

e ambientais, delitos estes que, em grande parte das vezes, ocorrem em âmbitos empresariais.

Assim, ao se analisar a tipicidade objetiva das condutas atribuíveis aos entes coletivos, mais do que nunca, não deve se restringir à mera análise do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, mas sim, averiguar, através de uma perspectiva *ex ante*, se estes ultrapassaram o risco permitido e, de uma perspectiva *ex post*, se o resultado jurídico é, justamente, consequência desta violação (FRISCH, 2004, p. 550-551).

Dentro desta análise normativa dos fatos, existem diversos critérios elaborados pela doutrina, seja no âmbito da criação do risco, seja no da realização do risco no resultado, segundo os quais se excluiria a tipicidade objetiva da conduta, seja por não haver a criação de um risco proibido¹¹, seja porque este risco não foi, de fato, o que ocorreu no resultado.¹²

O raciocínio a ser aplicado para as pessoas jurídicas não deve ser diferente. Assim, para se avaliar a tipicidade ou não do comportamento, deve se tomar por base “se, em função do uso que a empresa fez de sua capacidade auto-organizativa, esta veio a gerar um determinado risco empresarial que culminou na realização do concreto resultado lesivo...” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 73). Para tanto, mostram-se importantes, por exemplo, os mapas de organização do departamento ambiental, os padrões da indústria e, principalmente, as estruturas do sistema de “compliance”¹³ (Ibidem, p. 9)

Cumprir destacar, no que se refere a este último instituto, que uma vez considerado como a “criação, implantação e fiscalização de normas de condutas e posturas internas da empresa, com a finalidade de gerar consciência sobre deveres e obrigações na prevenção de riscos legais e regulatórios, possuindo também a função de distribuir responsabilidades” (SARCEDO, 2016, p. 45), ganhou destaque com a aprovação da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998), especialmente após as modificações inseridas pela Lei 12.683/12 (BRASIL, 2012), que dispõem sobre as questões

¹¹ Casos, por exemplo, de criação de um risco juridicamente irrelevante, de diminuição de um risco, de risco permitido e dos grupos de casos conhecidos como “contribuição para uma autocolocação em perigo” e “heterocolocação em perigo consentida”. Para mais detalhes: GRECO, 2013. .

¹² Casos, por exemplo, de lesões ou cursos causais que em nada tenham a ver com o risco criado. Para maiores detalhes: GRECO, 2013.

¹³ “dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório” COIMBRA; MANZI apud SARCEDO, 2016, p. 44-45.

administrativas, penais e processuais penais da Lavagem de Dinheiro, e indicam pessoas e entidades obrigadas a colaborar na investigação e identificação de condutas suspeitas (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 38-39).

Além da técnica do “know your client”, pela qual os entes ficam obrigados a guardar informações de seus clientes e informar as autoridades em casos suspeitos, o Estado passa a se utilizar dos chamados “gatekeepers”, que por atuarem em setores sensíveis, detêm o dever de colaboração nas atividades de inteligência e vigilância (GARCIA GIBSON apud BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 34-35).

Outro diploma que expressamente reconheceu a importância dos programas de compliance é a Lei 12.846/13 (BRASIL, 2013), que muito embora seja uma lei de caráter administrativo e civil, apresenta complexos e controversos reflexos penais, dispondo ainda, em seu artigo 7º., inciso VIII, que deverão ser levados em conta no momento da aplicação da sanção, a eventual “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2014).

Observa-se assim, que os programas de compliance apresentam inegável importância no âmbito empresarial hodierno, não apenas nos ordenamentos jurídicos internacionais, mas também no brasileiro. E no que importa ao presente trabalho, é de suma relevância no que se refere à determinação do risco permitido, sendo este necessário para a averiguação da tipicidade objetiva também no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, especialmente no que se refere ao princípio da confiança.

Inserido no âmbito da análise sobre a eventual proibição do risco criado, o princípio da confiança permite que o sujeito, salvo concretos indícios em contrário, confie na retidão da atuação de terceiros que com ele interajam (JAKOBS, 2007, p.28-29). Assim, tem-se na sua violação, um critério de concretização do risco proibido, que deve ser averiguado através de uma ponderação baseada no núcleo inviolável de liberdade de cada cidadão, no interesse de proteção do bem jurídico em tela e no interesse geral de liberdade, que se opõe a este (GRECO, 2013, 46-65).

Inexistindo, porém, no caso concreto, razões para confiar, o referido princípio deve ser mitigado, dando lugar a um “princípio de desconfiança”, no qual deve haver o dever de cuidado e vigilância dos intervenientes (GUARAGNI, 2015, p. 82-83). Isto ocorre especialmente no âmbito empresarial, em virtude não apenas do fato de que os lucros

advenham, muitas vezes, da produção de riscos para terceiros, mas também dos “fatores criminógenos” inseridos neste contexto (Ibidem, p. 85).

É justamente neste ponto que os programas de compliance mostram sua maior importância na delimitação do ilícito, uma vez que minimizam os fatores que levariam a uma “desconfiança”, buscando prevenir a geração de dano a terceiros, minimizar resultados internos negativos e neutralizar fatores criminógenos. Assim, quando eficazmente implantado, e obedecidos os concretos requisitos para ele estabelecidos, os programas de compliance viabilizam, quando cabível, a aplicação do princípio da confiança, como causa de exclusão da proibição do risco criado pelo ente coletivo e, conseqüentemente, da ilicitude típica (Ibidem, p. 86-92).

6.2.2 Do tipo subjetivo de ilícito

No âmbito da ilicitude típica-subjetiva, ou seja, do dolo e da negligência, encontra-se talvez, grande parte das críticas formuladas pela doutrina tradicional ao instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Estas objeções são baseadas, porém, em concepções ultrapassadas do dolo, que insistem na tentativa de aferição de um elemento volitivo de caráter psicológico. Exemplo disso é a chamada “teoria da aprovação”, que caracteriza o dolo quando o agente, conhecendo a possibilidade de ocorrência do resultado típico, tenha com ele consentido, assumindo o risco de sua produção (MIRABETE, 2011, p. 125).

Tal perspectiva se mostra, portanto, de difícil, senão impossível aplicação prática, diante da impossibilidade de acesso ao elemento volitivo interno do agente. Além disso, caso tratado sob um viés psicológico, o tipo subjetivo se mostra, de fato, um óbice à possibilidade de responsabilização dos entes coletivos.

Não merecem prosperar, porém, os posicionamentos que vão no sentido de um abandono do elemento volitivo, com a conseqüente adoção de uma “concepção monista” de dolo. Como uma de suas vertentes mais difundidas, a “teoria da representação” parte da ideia de que a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado já deveria dissuadir o agente de atuar, razão pela qual dela deveria se presumir o seu dolo (ROXIN, 1997, p. 433)¹⁴. A “teoria da probabilidade”, por sua vez, busca realizar a diferenciação entre dolo e culpa a partir da qualidade do

¹⁴ Não adota, porém, o referido autor, esta concepção, uma vez que defende a chamada “teoria da decisão contrária ao bem jurídico.”.

perigo criado pelo agente, distinguindo-os entre perigo doloso e perigo culposo (PUPPE, 2004, p. 79). “Um perigo será um perigo doloso, que fundamenta o dolo, quando ele representar, em si, um método idôneo para a provocação do resultado” (Ibidem, p. 82).

Tais construções devem ser rechaçadas em razão de suas negativas consequências político-criminais, uma vez que os casos tradicionalmente conceituados como de “culpa consciente” passariam a ser considerados dolosos, representando um indevido aumento desta categoria (HAVA GARCÍA, 2003, p. 2). Além disso, cumpre ressaltar que a abstração do elemento volitivo do dolo mostra-se, no fim das contas, como uma solução meramente aparente dos problemas probatórios, uma vez que hipertrofia-se o elemento cognitivo e a ele transfere as suas dificuldades de aferição (ROMEO CASABONA, 2005, p. 12).

Diante das dificuldades apresentadas pelas duas correntes supracitadas, surge como uma terceira via, integralmente normativa, a proposta de utilização da filosofia da linguagem de Wittgenstein como base para a construção do conceito de dolo, que passaria a ser entendido como um compromisso com a vulneração do bem jurídico (MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 2014, p. 29-32). Neste sentido, conforme explica Carlos Martínez-Buján Pérez (Op. Cit., p. 31):

“Apoiado em um autêntico conhecimento (sobre dados concorrentes no momento da realização do fato), o elemento cognitivo proporciona a bagagem intelectual, prévia e imprescindível, com que conta o sujeito e lhe proporciona os dados necessários para a adoção de uma determinada decisão. Porém, ao ser um requisito inescusável, tal elemento não constitui ainda um requisito suficiente para afirmar a presença de um comportamento doloso; para isto deve existir ademais um *compromisso* com a vulneração do bem jurídico, que nos revela que o sujeito adota uma decisão *especial*, a saber, a decisão de enfrentar a sociedade, porque esta qualificou tal bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal”.

A chamada “teoria significativa da ação”, desenvolvida a partir da “filosofia da linguagem”¹⁵ de Wittgenstein, oferece as bases para a elaboração de uma teoria dualista e integralmente normativa do dolo, que seria constatado quando o agente, a partir dos conhecimentos e técnicas previamente adquiridos, teria optado pela realização do resultado proibido

¹⁵ Para maiores detalhes: VIVES ANTÓN, 2014, p. 85-118.

em face do respeito pelo bem jurídico, ou seja, realizou um compromisso com a lesão deste bem (DÍAZ PITA, 2014, p. 15).

Para a aferição do conhecimento do agente pessoa jurídica, utiliza-se, mais uma vez, da teoria construtivista, o tendo como o “conhecimento organizativo do concreto risco empresarial – nos delitos de perigo – que se realiza no resultado típico – nos delitos de resultado” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 54)¹⁶. Desta forma, mais do que a soma do conhecimento de seus integrantes, fala-se de um verdadeiro conhecimento organizacional, com base no qual será possível averiguar, posteriormente, o normativo elemento volitivo, conceituado como o “compromisso com a lesão do bem jurídico”, que será averiguado e comprovado a partir de indicadores externos que o reflitam (DÍAZ PITA, Op. Cit., p. 17).

A utilização de tais indicadores foi apresentada por Hassemer (1990, 925-930), no âmbito de sua “teoria da decisão contrária ao bem jurídico”, na busca de aferir o elemento volitivo do dolo, que segundo ele seria inacessível ao observador externo¹⁷. A diferença para com a teoria significativa ora adotada reside, porém, justamente neste ponto, uma vez que esta última entende que a intenção não seria inacessível, mas, pelo contrário, só ganharia significado a partir do momento em que seria expressa no mundo exterior, ou seja, quando tornada pública, através de uma ação, de uma fala, etc (WITTEGENSTEIN apud CABRAL, 2014, p.

¹⁶ Partindo de uma concepção monista de dolo, cuja construção, porém, do elemento cognitivo, pode ser perfeitamente utilizada na perspectiva ora adotada.

¹⁷ O autor cita como exemplos de indicadores: Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que una arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p.ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc.”.

132-134)¹⁸. Assim, os referidos indicadores não seriam, conforme pretende Hassemer, indícios do elemento volitivo do agente, mas sim, verdadeiros meios de prova deste último, que já se consubstancia no meio exterior e não internamente.

Por todo o exposto, tem-se que, a partir da normativização dos elementos e fundamentos do dolo, caracterizando-o como um compromisso com a lesão do bem jurídico, é perfeitamente aferível, a partir dos indicadores que refletem a verdadeira intenção do agente, a atribuição de um elemento subjetivo “dualista” também às pessoas jurídicas.

6.3 Da culpabilidade

Visando superar a crítica de parcela da doutrina no sentido de que as pessoas jurídicas não seriam passíveis de culpa¹⁹, a teoria construtivista de autorresponsabilização penal das pessoas jurídicas propõe um modelo de culpabilidade próprio para estes entes, baseado na ideia da cultura empresarial de cumprimento com a legalidade, o que seria averiguado, por exemplo, a partir das “normas de conduta ambiental da pessoa jurídica, acatamento ao longo do tempo, medidas sancionatórias e incentivadoras, reação frente a denúncias internas e externas” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p.7-10).

Tal construção, que tem como base a ideia de uma culpabilidade que simbolize a infração do papel de cidadão corporativo fiel ao direito, apresenta como principal vantagem político-criminal a possibilidade de adoção de causas de exculpação, como por exemplo, a adoção de um correto e efetivamente implantado programa de compliance, que refletiria positivamente a cultura empresarial de cumpridora da norma (Ibidem, p. 38; 63).

Possibilita ainda, a averiguação da imputabilidade do ente coletivo, que seria atingida apenas a partir de determinado nível de complexidade interna, podendo-se dizer, portanto, que existem pessoas jurídicas imputáveis e inimputáveis (Ibidem, p. 8; 32).

¹⁸ Rechaça-se, portanto, a chamada “teoria do acesso privilegiado”, segundo a qual apenas o pensador teria acesso aos seus estados mentais, sendo estes possíveis de averiguação apenas por meios indiretos. CABRAL, 2014, p. 135 – 136.

¹⁹ Conforme explica Sérgio Salomão Shecaira (1998, p. 93), esta doutrina entende que a culpa pressupõe um elemento volitivo que seria inerente às pessoas físicas.

Ainda que não se adote uma concepção normativo-sistêmica de culpabilidade, principalmente em virtude das diversas objeções²⁰ a que se vê exposta, tem-se, a partir das colaborações do construtivismo, a possibilidade de elaboração de um conceito de culpabilidade corporativa funcionalmente equivalente à das pessoas físicas.

Tendo-se em vista o triplo sentido do conceito de culpabilidade, qual seja, o de fundamentar a pena, desde que preenchidos os requisitos da capacidade de culpabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade da conduta, o de determinar a exata medida da pena, estabelecendo para ela um limite inultrapassável, e impedir a atribuição de uma responsabilidade objetiva, poderíamos conceituá-la como a “não-omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido” (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 329). Desta forma, em definitivo, pode se dizer que atua cupavelmente quem, tendo condições reais de agir de outra maneira, pratica um ilícito típico.

Partindo destes pressupostos, pode se afirmar que a culpabilidade empresarial seria constatada quando o ente, tendo a possibilidade de organizar-se de outra maneira, adotando uma cultura organizacional de cumprimento com o direito, adotando políticas investigatórias, preventivas e de “fixing”, não o faz, propiciando a ocorrência de delitos em seu interior.

Muito embora a organização empresarial seja muito importante na determinação do injusto, especialmente na aferição da eventual superação do risco permitido, é no âmbito da culpabilidade que se aferirá, além da eventual imputabilidade do ente coletivo, se no caso concreto lhe seria exigível uma atuação contrária, ou seja, se tinha efetivas possibilidades de organizar-se de acordo com o direito. Além disso, constatado o ilícito típico, deve ser averiguada a cultura empresarial, ou seja, seu histórico de sanções incentivadoras, colaboração com as atividades fiscalizatórias e políticas internas de facilitação da identificação das condutas desviantes individuais, a fim de constatar o seu nível de culpabilidade e eventual dosimetria da pena.

Desta forma, tem-se como evidente a possibilidade de elaboração de um conceito de culpabilidade das pessoas que se mantenha fiel aos

²⁰ “Das múltiplas conseqüências nocivas desta concepção, cujo elenco, porque vastíssimo, não caberia no âmbito deste trabalho, bastaria destacar um: a permissibilidade da construção de um Direito Penal de duas faces, chamadas por JAKOBS de Direito Penal do cidadão (Burgerstrafrecht) e Direito Penal do inimigo (Feindstrafrecht), com dois pesos e duas medidas no que tange a garantias e proteção contra a intervenção punitiva.” BUSATO; REINALDET, 2015, p. 48. .

objetivos que dele se espera, quais sejam, impedir a responsabilização objetiva, fundamentar a pena e determinar sua exata medida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a configuração pós-revolução industrial apresentada pela sociedade traz à luz das ciências jurídico-criminais problemas inéditos e de soluções ainda controversas. O surgimento de novos riscos, marcados por nexos de causalidade, resultados e autorias de difícil aferição, são características inerentes a uma criminalidade econômica e ambiental de um contexto empresarial e globalizado.

Em razão disto, inserida numa tendência mundial expansionista de repressão de crimes como a corrupção e a lavagem de dinheiro, são cada vez mais evidentes as tentativas dos ordenamentos jurídicos no sentido de viabilizar a responsabilidade penal dos entes coletivos, uma vez que em virtude do tamanho e complexidade por eles apresentados, bem como das atividades em que se encontram inseridos, acabam se mostrando grandes focos de práticas criminosas.

As primeiras tentativas, porém, da doutrina dominante, de elaborar modelos de responsabilização das pessoas jurídicas acabaram por se basear em técnicas de transferência da responsabilidade das pessoas físicas que as integram, ou então, as responsabilizar objetivamente sempre que fossem identificadas práticas criminosas em seu interior. Tratam-se dos chamados modelos de “heterorresponsabilidade”.

Os problemas apresentados por estas concepções foram rapidamente identificados pela doutrina, uma vez que as negativas consequências práticas e político-criminais deles decorrentes eram inegáveis. Observa-se, desde já, a incompatibilidade de um modelo de responsabilidade penal objetiva de qualquer ente, pessoa física ou jurídica, com os princípios e garantias constitucionais e jurídico-penais. Além disso, os referidos modelos acabam por não resolver um dos principais problemas que a responsabilidade penal da pessoa jurídica busca resolver, qual seja, a da inegável dificuldade de identificação da autoria no interior de grandes corporações.

Assim, conforme restou comprovado, mister se faz a adoção de um modelo de “autorresponsabilidade” penal das pessoas jurídicas, aferindo sua eventual culpabilidade de maneira autônoma à das pessoas físicas que as integram, mesmo que, para tanto e em razão de expressa

determinação legal, tenha como pressupostos a atuação de uma pessoa física em representação e benefício do ente coletivo.

Dentre as diversas propostas elaboradas pela doutrina, o modelo construtivista, elaborado por Carlos Gómez-Jara Díez com base na teoria dos sistemas de Luhmann, apresenta, a princípio, bases sólidas para a proposição de uma novel e independente teoria do crime para as pessoas jurídicas, que necessária se faz em virtude da inegável incompatibilidade dos clássicos institutos do direito penal para com estes sujeitos.

A partir desta construção, reconhece-se nestes entes uma competência organizacional que seria funcionalmente equivalente à capacidade de ação das pessoas jurídicas, tornando-as passíveis de uma liberdade de auto-organização, possibilitando, ainda, uma aferição de sua eventual imputabilidade com base no nível de complexidade interna por elas atingido.

No âmbito do ilícito típico, mister se faz, assim como para as pessoas físicas, a utilização das construções elaboradas pelas teorias funcionalistas, no sentido de não restringir a análise apenas ao âmbito causal-naturalista, mas sim, expandido-a a um viés normativo, baseado na criação de riscos proibidos em desfavor do bem jurídico e na realização dos mesmos no resultado.

Tal utilização é de fundamental importância, especialmente em razão das modalidades criminosas características destas pessoas, quais sejam, crimes econômicos e ambientais. Neste âmbito, de fundamental importância se mostra a análise da organização empresarial existente no momento dos fatos, inclusive, da existência ou não de um efetivo programa de compliance, a fim de determinar a criação ou não de um risco proibido pelo ente coletivo e, conseqüentemente, a ilicitude-típica objetiva da conduta.

No âmbito do tipo de ilícito subjetivo, não merecem prosperar as críticas da doutrina tradicional no sentido da impossibilidade de aferição do dolo e da negligência dos entes coletivos. Isto porque, as recentes construções doutrinárias evidenciaram o equívoco na análise destas categorias a partir de um viés puramente psicológico, que busque averiguar a intenção interna do agente.

Assim, ainda que não se adote uma concepção monista de dolo, em virtude das desfavoráveis conseqüências negativas dela decorrentes, mister se faz a utilização de uma concepção integralmente normativa, ou seja, não apenas em seus requisitos, mas também em seus fundamentos, o

que se mostra totalmente viável em virtude das colaborações da filosofia da linguagem de Wittgenstein.

Desta forma, tem-se no dolo um compromisso com a lesão do bem jurídico, ou seja, com base nos conhecimentos possuídos pelo ente, pessoa física ou jurídica, no momento dos fatos, e a partir de indicadores aferíveis pelos observadores externos, deve se constatar que o mesmo, diante da possibilidade de optar pela proteção ou pela lesão do bem jurídico, atuou no sentido desta última.

No âmbito da culpabilidade, deve se levar em conta a cultura empresarial de cumprimento com a legalidade do ente coletivo para sua correta aferição. Assim, não mais merecem prosperar as críticas no sentido da impossibilidade de identificação de uma culpa destes entes, uma vez que a teoria construtivista identifica, com base em fatores internos na própria pessoa jurídica, critérios aptos a sua averiguação.

Nesta seara, mostra-se importante o histórico de cumprimento com as legislações atinentes, as aplicações de medidas sancionatórias internas, a facilitação da identificação de condutas criminosas através de métodos de investigação e denúncia, dentre outros, tudo isto a fim de averiguar qual era a cultura empresarial no momento dos fatos e possibilitar a aferição de sua culpabilidade.

Por todo o exposto, tem-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas já é uma realidade internacional, sendo também, inserida gradativamente no ordenamento jurídico brasileiro, o que é possibilitado e determinado pela Carta Magna Brasileira. Desta forma, superado o debate sobre sua constitucionalidade, mister se faz, acima de tudo, que doutrina e jurisprudência se foquem na elaboração e aplicação de um modelo de responsabilidade que não apenas se mostre eficaz e apto a alcançar os objetivos que dele se espera, mas também que não se divorcie das garantias e princípios constitucionais e penais. E, no nosso entendimento, o modelo mais apropriado até agora apresentado é o construtivista de “autorresponsabilização”.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARBERO SANTOS, Marino. ¿Responsabilidad penal de empresa?. **Actualidad penal**, Madrid, v.1, 1/26, p. 1081-1098., semanal. 1987.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

_____. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das 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>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº.9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Projeto de novo Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&>>. Acesso em 11 de agosto de 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 564.960/SC, 5ª. Turma, relator: Ministro Gilson Dipp, Publicado em: 13 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 548.181/PR, 1ª. Turma, Relatora: Ministra Rosa Weber, Data de Julgamento: 06/08/2013, Data de Publicação: 30/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Recurso em Sentido Estrito 00088648320138260127, 7ª. Câmara de Direito Criminal, Relator: Reinaldo Cintra, Data de Julgamento: 12/05/2016, Data de Publicação: 17/05/2016. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em 28 de Agosto de 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 2ª. Região**. Mandado de Segurança 201002010065557 RJ, 2ª. Turma Especializada, Relator: Marcelo Leonardo Tavares, Data de Julgamento: 14 de setembro de 2010, Data de Publicação: 24 de setembro de 2010. Disponível em: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª. Região**. Apelação Criminal 0010064-78.2005.404.7200/SC, 8ª. Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Data de Julgamento: 21/08/2012. Data de Publicação: 11/09/2012. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (coord.) DAVID, Décio Franco. (org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37-69.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. – 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 119 – 144.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Rafael de Oliveira. Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, teoria da dupla imputação e hermenêutica constitucional: uma análise crítica do RE 548.181/PR. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 231-246, jul./set. 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1–22.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: regulação espanhola. **Ciências penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 109-146, jan./jun. 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.** 2.ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2016. pp. 67-74.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Traducción de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa.** Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do crime para pessoas jurídicas.** São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução de Luís Greco. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 1-180.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (coord.) DAVID, Décio Franco. (org.). **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 43, Fasc/Mes 3, p. 909-932. 1990.

HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores. **Anuario de derecho penal**: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freiburg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf>. Acesso em 10 de março de 2016.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. **Política criminal**, vol. 5, n.º 9 (Julio 2010), art. 5, pp. 207-236. Disponível em: <www.politicacriminal.cl>. Acesso em 09 de julho de 2017.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Derecho penal, parte general**: Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LAMPE, Ernst-Joachim. **La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo**. Lima: Grijley, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**: Bd. I y II. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

MARCANTE, Marcelo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a tutela do meio ambiente na sociedade do risco: abordagem crítica sobre os delineamentos da culpabilidade empresarial e o sistema da dupla imputação. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 211-231, jul./set. 2014.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23–58.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts 1º. a 120 do CP. 27.ed.rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade do risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NIETO MARTIN, Adán. La responsabilidad penal personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, A, p. 125-159., 2008.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica. **Ciências penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n. 3, v. 2, p. 7-32, jul./dez. 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. Edición Alemana y notas por: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-239.

SOARES, Ana Cecília Froehlich. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: a superação do critério da dupla imputação pelos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 17, n. 97, p. 60-82, abr./mai. 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 17-18, set. 2010.

TIEDEMANN, Klaus. La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 38, p. 615-633, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85-118.

VIVIANI, Rodrigo Andrade. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 53, p. 613-627, 1994.

DEMOCRACIA E UTOPIA: PERSPECTIVAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO HUMANO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE EDUCAÇÃO EM KARL MANNHEIM

DEMOCRACY AND UTOPIA: PERSPECTIVES ON HUMAN DEVELOPMENT FROM THE CONCEPTION OF EDUCATION IN KARL MANNHEIM

Bráulio Marques Rodrigues*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Memória e alteridade em paralaxe na democracia: direito educacional e liberdade de expressão em Karl Mannheim. 1.1. Um breve histórico dos modelos de educação. 1.2. Educação e ideologias nas “gerações” de Karl Mannheim: amor e ódio nas relações de deferência; 2. Identidade, gêneros e sentimento: a paideia revisitada pela subjetividade pós-moderna. 2.1. Direito à consideração; 2.2. Para além do relacionismo: toda educação é educação política? Considerações finais; referências.

RESUMO: Em sua obra *Ideologia e Utopia* (1929), Karl Mannheim (1893-1947) apresenta uma epistemologia para as ciências sociais, que, ao valer-se da influência do hegelianismo, busca determinar tanto o pensar (*poiesis*) quanto o agir (*praxis*). Sua teoria do conhecimento adiciona à dialética hegeliana os conceitos de experiência e de reflexividade, qualidades que apresenta como necessárias ao desenvolvimento do espírito - aqui traduzido como consciência histórica. De tal modo, para Mannheim, todo ato do conhecimento precisa elaborar as causas primeiras fundadas na teoria (lógica formal ou epistemologia positivista), e, paralelamente, interpretar as perspectivas de natureza não teórica, tal como as narrativas populares e suas respectivas representações dos afetos, leia-se aí, a realidade contingente caracterizada pelas vontades e paixões que sujeitam as identidades e que se confundem com a própria motivação do discurso. Nestes termos, ideologia e utopia constituem as fases do pensar/agir que movem o discurso. À luz do caráter cético que deve pautar o aprendizado, que passa pelo desvelamento dos mitos, nossa hipótese é de que uma educação baseada no diálogo pode clarificar as motivações ideológicas das instituições. Utilizando-se de uma metodologia genealógica, pretende-se aplicar a sociologia do conhecimento de Mannheim na educação com o objetivo de inflétr criticamente a respeito da construção do discurso, assim como, demonstrar a responsabilidade ética da educação em refletir a respeito dos valores e ideais de formação da pessoa humana.

Palavras-chave: IDEOLOGIA. UTOPIA. CONHECIMENTO. EDUCAÇÃO. DEMOCRACIA

ABSTRACT: In his work *Ideology and Utopia* (1929), Karl Mannheim (1893-1947) presents an epistemology for the social sciences, which, using the influence of hegelianism, seeks to determine both thinking (*poiesis*) and acting (*praxis*). His theory of knowledge adds to the Hegelian dialectic the concepts of experience and reflexivity, qualities he presents as necessary for the development of the spirit - here translated as historical consciousness. Thus, for Mannheim, every act of knowledge must elaborate the first causes based on theory (formal logic or positivist epistemology), and, at the same time, interpret perspectives of a non-theoretical nature, such as popular narratives and their respective representations of affections, read the contingent reality characterized by the wills and passions that subject identities and which are confused with the very motivation of discourse. In these terms, ideology and utopia constitute the phases of thinking / acting that move the discourse. In light of the skepticism that must guide learning, which goes through the unveiling of myths, our hypothesis is that education based on dialogue can clarify the ideological motivations

* Cesupa - Centro Universitário do Pará. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Bolsista Capes/Prosup.

of institutions. Using a genealogical methodology, we intend to apply the sociology of knowledge of Mannheim in education with the aim of critically inflicting on the construction of the discourse, as well as to demonstrate the ethical responsibility of education to reflect on values and ideals of formation of the human person.

Keywords: IDEOLOGY. UTOPIA. KNOWLEDGE. EDUCATION. DEMOCRACY

INTRODUÇÃO

Karl Mannheim fora um sociólogo judeu nascido na capital da Hungria, Budapeste, em 27 de março de 1893. Ainda na mesma cidade, iniciou os estudos na filosofia e sociologia, sendo orientado por Georg Lukács. Posteriormente, viajou pela Europa, tendo passagens pela França, Alemanha e Inglaterra. Em Paris, conheceu Georg Simmel e, em Heidelberg, Alfred Weber. Em 1934, muda-se para Frankfurt, onde inicia a carreira na docência, mas, com a ascensão do nazismo, acaba se mudando novamente, agora para a Inglaterra, onde assume o cargo em que se estabelecerá, professor na London School of Economics.

Ideologie und Utopia é uma de suas principais obras. Apesar de se reconhecer, inicialmente, como marxista, com sua publicação original em 1929, é nessa obra que Mannheim demonstra os postulados mais autênticos. Rompendo com o materialismo e perscrutando o historicismo pelo pragmatismo nietzschiano, o seu trabalho é resultante das observações da sociedade europeia em crise. Em meio ao turbilhão cultural e econômico que tumultuava o Ocidente com os auspícios modernistas do positivismo e o pangermanismo oprimindo, o exercício plural da cidadania¹, principalmente no exercício da manifestação política na liberdade de expressão, o autor se sensibiliza para como a lógica do poder e a produção de verdade diretamente interessada em seus fins.

Sobre o totalitarismo, o sociólogo alemão vai tratar com mais detalhes em obras posteriores, pois a mazela autoritária não se refere apenas à extensão do aparato estatal e à retração das liberdades negativas, leia-se, a não-interferência do poder do Estado sobre as ações do indivíduo, mas sim, como as liberdades civis são enfraquecidas a ponto de ter a circularidade de valores prejudicada com o enclausuramento das

¹ Em meio a diversas tensões geopolíticas, que desembocariam nas duas grandes guerras, a Europa continental é assolada por discursos de ódio, disseminado por radicais de esquerda e direita, esses grupos tomam envergadura e adesão popular a ponto de formarem partidos como o NAZI, Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

relações sociais entre classes e interesses afins. Mais importante do que a produção de bens é a coesão social, a dinâmica que capacita a fluidez de distribuição desses bens entre todo um povo - ou aquilo que os Estados Modernos denominaram “nações” -, sejam eles materiais ou ideológicos, e que permite, assim, um espaço público solidário e verdadeiramente democrático (MANNHEIM, 1972).

Contemporâneo de nomes judeus e alemães revolucionários como Ernst Bloch, Walter Benjamin e Max Horkheimer, Mannheim, a partir de *Ideologia e Utopia*, abandona o marxismo ao sugerir a solução da “Terceira Via”; se os absolutismos históricos poderiam e deveriam ser superados, tal como apontado por Hegel, essa pragmática só poderia conduzir reformas sociais se levada ao seio da educação pública. Na modernidade, como Weber evidencia em *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, a razão instrumental alastrou-se sobre as formas de vida dominantes, esvaziou a identidade de sangue e a memória coletiva e, assim, instaurou a contradição da racionalidade industrial, cindida entre o caráter formal e instrumental.

O presente artigo tem como objetivo analisar como a Sociologia do Conhecimento, apresentada pelo pensador em tela, possui um método de reconhecimento da(s) cultura(s) relevante à democratização e à participação popular, especialmente em regimes republicanos dotados de constituições recentes tais como a brasileira, e pode-se dizer, também, as latino-americanas. Todavia, além das dificuldades de categorização mítica do sentimento de pertencimento nos moldes do homem cordial e miscigenado de Hollanda (2012), é necessária a leitura dos problemas do homem globalizado e amalgamado em comportamentos das origens mais múltiplas. Para isso, conforme o pensamento de Mannheim sobre as gerações, dissertaremos sobre o interacionismo e o pluralismo na contemporaneidade, traçando paralelos para com as novas formas de organização civil e as suas interações com as estruturas do Estado.

Utilizando-se de uma metodologia genealógica, o presente trabalho pretende traçar uma breve retrospectiva dos valores e comportamentos aos quais a educação moderna fora construída, para, em seguida aplicar a sociologia do conhecimento de Mannheim, mais especificamente os conceitos de ideologia e utopia, na problematização a respeito da finalidade da educação. À luz do caráter cético que deve pautar o aprendizado, que passa pelo desvelamento dos mitos, nossa hipótese é de que uma educação baseada no diálogo pode clarificar as motivações ideológicas das instituições. Utilizando-se da metodologia genealógica, pretende-se

aplicar a sociologia do conhecimento de Mannheim na educação, tendo por objetivo, inflitir criticamente a respeito da construção do discurso, assim como, demonstrar a responsabilidade ética da educação em refletir a respeito dos valores e ideais de formação da pessoa humana.

1 MEMÓRIA E ALTERIDADE EM PARALAXE NA DEMOCRACIA: DIREITO EDUCACIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM KARL MANNHEIM

1.1 Um breve histórico dos modelos de educação

Mais do que uma programatização constitucional, o direito à educação encontra remissões internacionais desde a Carta das Nações Unidas de 1945 - ver artigos 13, 55, 57, 62, 73, 76, 83 e 88. Todavia, sua preocupação é muito anterior às codificações. Desde a antiguidade, e aí podemos citar os gregos, existem registros de regulação da educação como garantia do desenvolvimento intelectual da personalidade e preparação para a cidadania.

Dentre as normas de Sólon, estabelecidas por volta de 638-558 a.C., consta a de que todos os pais deveriam ensinar os filhos a ler e a escrever e as mulheres a frequentar escolas. Acrescenta-se que Sócrates (469-339) foi o primeiro filósofo a definir o problema do conflito entre a velha e a nova educação grega, entre o interesse social e o individual. Ele tomou como ponto de partida, o princípio básico da doutrina sofista: “O homem é a medida de todas as coisas”. Se o homem é a medida de todas as coisas, conclui Sócrates, a primeira obrigação de todo homem é procurar conhecer-se a si mesmo. Nesse paradigma, a educação é necessária para a edificação da pólis sobre bases morais, a orientação do caráter tem como premissa a imbricação da personalidade com a função. Um artesão prudente exercita o equilíbrio nos afetos, assim como na precisão e qualidade de suas peças, a pessoa é a mesma e, portanto, suas afecções são ulteriores a finalidade dos atos (JAEGER, 1995).

Aqui, por ora, trata-se da educação denominada *Paideia*, como um conjunto de práticas educativas baseadas no princípio da autoridade, que elencava ao mestre o papel da instrução de hábitos a criança. Neste esquema, a assimilação conceitual dava-se conforme as exigências do meio social. Surge, no segundo momento, a concepção de educação como possibilidade de desenvolvimento da pessoa para qualificá-la ao trabalho

e ao exercício da cidadania. Trata-se da educação nova, concepção pedagógica que, reagindo contra os métodos tradicionais, centra a obra educativa na criança: a sua atividade própria, as necessidades da sua idade, os seus gostos ou interesses pessoais.

Essa última concepção tem suas raízes na Idade Média e, mais nitidamente, no Renascimento, quando temos a chamada educação liberal, um conjunto de habilidades divididas em sete artes; *Trivium* (lógica, gramática e retórica) e *Quadrivium*² (aritmética, música, geometria e astronomia), metodologias de ensino de ofícios para profissões autônomas voltadas ao desempenho intelectual, que, nos moldes da educação clássica, abrange disciplinas morais, mas agora especializa o educando em uma técnica. Esse é um retorno moderado à normatização da educação pela ética, aqui, plasmada no que se resumiu em “cinco virtudes”: compreensão, ciência, sabedoria, prudência e arte.

Essa forma de educação, materializada nas corporações de ofício, apesar da busca por raízes na antiguidade clássica, possui uma diferença primordial para com os gregos. Se antes a autoridade possuía uma hierarquia estática, onde o mestre era assim definido conforme uma disposição interna da alma, tal como a experiência dos mais velhos, aqui essa autoridade é transferida para a externalidade da técnica. É essa relação que perpassará para a modernidade, do aprendiz para com a técnica e não mais para com a personalidade do mestre. Uma vez que a técnica se torna estéril de qualquer afecção empática, seu *empoderamento* segue na própria especialização da função, afinal, as Corporações de ofício nada mais eram do que associações de profissionais de uma mesma especialidade - alfaiate, sapateiro, carpinteiro, comerciante, pedreiro, ferreiro, padeiro, para citar os principais - e cada pessoa só podia trabalhar naquela única função para ser membro da Corporação (TAYLOR, 1997).

As Corporações de ofício tinham uma dupla necessidade, a primeira era proteger seus membros estabelecendo requisitos para o ingresso na profissão e regras de controle da quantidade, qualidade e preços dos produtos produzidos. Essas limitações, por sua vez, satisfaziam a segunda necessidade, agora, para com o público externo e interessados na contratação de serviços, uma vez que os preços e o produto final eram regulados por uma instância oficial que agregava credibilidade e normalizava a concorrência entre os praticantes do mesmo ofício.

² Pela etimologia das palavras, *Trivium* e *Quadrivium* podem ser traduzidos como o cruzamento de três e quatro ramos, respectivamente. .

De repente, o ofício havia se tornado o aspecto central e majoritário da vida. A educação liberal, após a ascendência econômica da corporação dos comerciantes, superior a todas as outras juntas, tornara-se viciada a seus interesses e fins. Com a Reforma e as reclamações de liberdade dos príncipes perante os pontificados católicos, o Estado europeu principiou a busca da secularização almejada há séculos, até por clérigos, como Guilherme de Occam, que, já no século XIV, atacava a soberba papal em opinar nas questões administrativas do Direito e do poder³. Em uma de suas primeiras vertentes, a reforma luterana reclamou por educação básica obrigatória para todos.

A educação obrigatória é uma perspectiva moderna. Se, na Antiguidade e até o alto medievo, a formação pedagógica era privilégio de uma aristocracia, com a imprensa de Gutenberg e a doutrina de universalização do ensino bíblico, Lutero fundou o Plano Escolar da Saxônia, que, mais tarde, tornou-se, em essência, o sistema de educação estatal para a maioria dos Estados Protestantes da Alemanha. Mas a educação como instrumento de capacitação equânime de participação fora diluída em uma doutrina de obediência passiva ao Estado e a sua nova religião oficial [cristianismo luterano], o sacerdócio universal - um dos cinco solas da reforma - incentivou um sentimento de resignação estoico, o ascetismo apolítico tão criticado pelos doutores da Igreja e suas paróquias, agora, tomava a forma dos templos evangélicos monocromáticos, sem imagens e afrescos, onde a hermenêutica da literalidade e do minimalismo se propagará, tomando aliados no positivismo e nos valores liberal-econômicos que estavam por nascer nos séculos XVII e XVIII.

Com a inflamação da retórica religiosa e a mitigação da autodeterminação frente a ideia de pecado, o corporativismo prussiano encontrou condições propícias para a implantação de um sistema elaborado por burocratas para supervisionar as escolas do campo e das cidades. Esse sistema foi baseado na pedagogia da “educação progressiva”, de Pestalozzi, uma filosofia de ensino que abrigava compulsoriamente as gerações, para a capacitação nas profissões liberais, assim como a candidatura em cargos públicos que pedia a anterior aprovação no ensino básico. Esse requisito

³ Esse embate ficou conhecido como querela da pobreza - que dando continuidade a delimitação de poderes de Estado e Igreja desde a derrocada do Sacro Império Romano-Germânico, e posteriormente, da querela das investiduras -, um conflito entre Guilherme de Occam e o papa João XXII acerca da definição dos institutos jurídicos da posse e da propriedade.

facilitou a introdução da disciplina militar e a aceitação popular do serviço compulsório universal nas forças armadas.

Esse sistema foi muito bem visto nos Estados Unidos, onde fora expandido conforme a conveniência da preservação dos preceitos constitucionais, tal como proposta pelos *founding fathers*, mas também aponta o anseio da burguesia em blindar o monopólio do poder por uma “homogeneidade” WASP (sigla de tradução livre para branco, anglo-saxão e protestante), a demonstração mais lúcida desse argumento é a obrigatoriedade de aulas com um ministro necessariamente protestante; raiz do fundamentalismo que reside até hoje na dificuldade, por parte da oposição fervorosa de grupos radicais, de lecionar, concomitantemente, o evolucionismo com a teoria criacionista.

A principal ferramenta da desnacionalização e assimilação compulsórias é a educação. [...] nos territórios linguisticamente misturados isto se transforma numa arma mortal nas mãos dos governos, determinados a mudar a afiliação linguística de seus súditos. Os filantropos e pedagogos [...] que defenderam a educação pública não previram a onda de ódio e ressentimento que surgiria desta instituição⁴. (MISES, p. 82-83,1985)

O modelo prussiano tinha como meta a padronização do ideário político da juventude pela deferência inteiramente subordinada à autoridade; o que se traduziu, contextualmente, na moralização pela religiosidade e na cooperatividade para com os planos de Estado. Esse modelo espalhou-se pela América e grande parte da Europa, desde os regimes centralizadores da Europa insular, como a Inglaterra e se disseminou até o Leste Europeu, ganhando reforços com o despotismo estatal, propagados pelos extremismos do fascismo, do nazismo e do comunismo.

Diante da estreita relação entre educação e ideologias, ou melhor, da recorrente recepção dos modelos pedagógicos de valores confessionais, Mannheim definiu como objeto de observação da sociologia do conhecimento as relações materiais e simbólicas que subjazem o processo de aprendizado ao crivo da autoridade pedagógica, no caso, o professor e o

⁴ No original: The main tool of compulsory denationalization and assimilation is education. [...] In the linguistically mixed territories it becomes a deadly weapon in the hands of governments determined to change the linguistic affiliation of his subjects. Philanthropists and educators [...] who advocated public education did not anticipate the wave of hatred and resentment that arise this institution. (tradução livre)

programa de ensino, atribuindo a sociologia do conhecimento uma crítica às estruturas de poder existentes na educação.

1.2 Educação e Ideologias nas “gerações” de Karl Mannheim: amor e ódio nas relações de deferência

Toda formação, desde a criação infantil, é eivada de ideologias. Pais procuram colégios ou creches - religiosos ou laicos - conforme suas visões de mundo e de caráter. Naquele ambiente, a criança fará suas primeiras escolhas morais baseada na provocação das paixões; ela terá que conciliar o *Eu* com o *Outro*, um processo decisório que porá em constante dialética os valores que lhe serão repassados e, por fim, terá um resultado que, talvez, só lhe será inteligível na vida adulta, quando, sobre o olhar da narrativa do amadurecimento, ela reconhecer sua autenticidade e a particular diferença do habitat mental (TAYLOR, 2013).

O berço do caráter é a convivência e, se existe algo que a modernidade permitiu é a sensação de liberdade indiscriminada baseada na igualdade formal. Podemos nos relacionar com qualquer pessoa e ideia - desde que não nos seja apontado como nocivo - porém, é na virtude da compreensão que residirá o afeto. Bloch (2002), no início do século, já relatara como nossos pais nos entendem melhor que nossos pais, tese que foi confirmada por Mannheim:

Indivíduos que crescem como contemporâneos experimentam nos anos de maior disposição à receptividade, mas também posteriormente, as mesmas influências condutoras tanto da cultura intelectual que os impressiona como da situação político-social. Eles constituem uma geração, uma contemporaneidade, porque essas influências são homogêneas. Justamente por essa mudança - de que a contemporaneidade não significa uma data cronológica no histórico da humanidade, mas uma similaridade de influências existentes -, a questão colocada escapa de um plano que tendia a converter-se em uma aritmética mística, ao domínio da simples compreensão da temporalidade interior que pode ser percebida. (MANNHEIM, p. 67, 1962)

Mannheim, partindo da concepção de experiência em Dilthey (2010), analisa como a vivência é um tipo de presentificação. Experimentar é viver por meio da incorporação do tempo e do sentimento de uma época. Por esta análise, conviver é um compartilhamento espiritual, uma

apreensão empática de mundo e cuja linearidade histórica só pode ser medida qualitativamente. As gerações, em Mannheim, não se dão por uma verossimilhança biológica ou psicossomática, o que define seu inerente escalonamento da memória é um fenômeno de linguagem. As gerações mudam quando os sentidos mudam e uma nova dialética conclui a síntese.

O conceito de “ideologia” reflete uma das descobertas emergentes do conflito político, que é a de que os grupos dominantes podem, em seu pensar, tornar-se tão intensamente ligados por interesses a uma situação que simplesmente não são mais capazes de ver certos fatos que iriam solapar seu senso de dominação. Está implícita na palavra “ideologia” a noção de que, em certas situações, o inconsciente coletivo de certos grupos obscurece a condição real da sociedade, tanto para si como para os demais, estabilizando-a. (MANNHEIM, 1976, p. 66-67)

O conceito de ideologia, seguindo os passos do historicismo romântico-alemão - o par de sapatos de Van Gogh descrito por Heidegger como solidão e cansaço -, que, em oposição ao racionalismo do subjetivismo transcendental de Descartes e Kant, assim como contrário ao mecanicismo voluntarista de Hobbes, propõe um conceito de tempo internalizado, subjetivado por uma simultaneidade ou contemporaneidade. A ideologia dimensiona uma moldura comum à perspectivação do tempo, a partir da identidade de um grupo concreto e conseguinte aspirações tópicas de cronometragem. O pensar ideológico, em Mannheim, acontece enquanto semiologia fenomenológica, a ideologia é uma prefiguração inafastável, ela traduz a leitura de todo verbo político e faz sinonímia de pensamento e ação, o que assim, conduz sua significação ao resultado mais inclinado à conservação dos seus pudores.

O conceito de pensar *utópico* reflete a descoberta oposta à primeira, que é a de que certos grupos oprimidos estão intelectualmente interessados na destruição e na transformação de uma dada condição da sociedade que, mesmo involuntariamente, somente veem na situação os elementos que tendem a negá-la. Seu pensamento é incapaz de diagnosticar corretamente uma situação existente da sociedade. Eles não estão absolutamente preocupados com o que realmente existe; antes, em seu pensamento, buscam mudar a situação existente. Seu pensamento nunca é um diagnóstico da situação; somente pode ser usado como uma orientação para a ação. Na mentalidade utópica, o inconsciente

coletivo, guiado pela representação tendencial e pelo desejo de ação, oculta determinados aspectos da realidade. Volta as costas a tudo que pudesse abalar sua crença ou paralisar seu desejo de mudar as coisas. (MANNHEIM, 1976, p. 66-67)

Por sua vez, a utopia é o horizonte imaginável, com teor abstrato, carrega uma natureza onírica fundamental, capaz de transgredir qualquer normalização, engana-se, porém, a metodologia sociológica que alude apenas idealismo ao pensar utópico, pois, no entender do sociólogo judeu, idealismo e realismo se confundem no vislumbre do horizonte.

A partir de limitações e contingências, uma determinada coletividade organiza uma *intelligentsia*⁵ e, assim, autodetermina sua vontade para além das circunstâncias criadoras. Pode-se dizer, então, que ideologia e utopia, na síntese interpretativa, são eventos repetitivos e mutuamente dependentes de um mesmo círculo hermenêutico em que a verdade produzida segue uma lógica do poder viciada aos seus preconceitos, cabendo ao intelectual honesto a tarefa de distanciamento frente as amarras ideológicas que turvam a observação da engenharia por trás do eixo humano; a subjetividade nos regimes democráticos.

Nestes termos, ideologia e utopia não são fenômenos relacionados apenas a identidades coletivas, e sim, simultaneamente, afetam a produção das subjetividades, ao motivarem, na esteira da ideologia, a justificação política das paixões, leia-se, a construção de um discurso trans-histórico de categorização socioeconômica para uma visão de mundo. Por outro lado, a utopia aparece como o horizonte de projeção das visões de mundo no momento posterior ao embate dialético com a diferença, leia-se, da paralaxe entre diferentes visões de mundo.

De tal maneira, nos parece imprescindível, na contemporaneidade, pensar como a subjetividade, tem, no horizonte da pós-modernidade, um projeto utópico, mas não impossível. Aqui, ao conceito de utopia é atribuído um sentido positivo. Ou seja, a utopia aparece como superação do passado e reconhecimento do presente como espaço de convívio simbólico para a compreensão das vontades e paixões que se projetam no futuro. Na atualidade, nos parece imprescindível pensar a democracia a partir da construção da identidade, uma vez que sua constituição dá azo

⁵ Termo alemão usado por Mannheim que denomina o resultado final de um processo cognitivo articulado e coeso.

para a liberdade fundamental ao sujeito pós-moderno: o reconhecimento da multiplicidade de autorias das narrativas subjetivas.

2 IDENTIDADE, GÊNEROS E SENTIMENTO: A PAIDEIA REVISITADA PELA SUBJETIVIDADE PÓS-MODERNA.

2.1 Direito à consideração

A democracia é o ambiente favorável à multiplicação de ideologias, sua efervescência cultural pode ser tamanha a ponto de praticamente inviabilizar a fragmentação do senso comum em nuances valorativas que sigam os desígnios de cada indivíduo. A investigação dos problemas concretos adquire uma imersão existencial, com a qual a linguagem só pode lidar por meio de uma agenda abstrata e, termologicamente, ceticista. Desde o Iluminismo, o sujeito epistêmico já não se vê capaz de descrever a realidade como um todo - tal como na categorização axiológica do cosmos em bens dogmatizados pela tradição realista da escolástica -, pois é ciente do empoderamento mais plural das formas de vida e pensamento.

Nessa ótica, pode-se compreender, por exemplo, em que a sociedade do Antigo Regime difere de uma sociedade democrática no que concerne aos modos de obter e atribuir deferência, bem como aos tipos de comportamento e de personalidade atribuídos por ela. Ao passo que sociedades aristocráticas subordinam o valor de cada um a sua condição, a posição hierárquica que ocupa na sociedade, as instituições democráticas procuram conformar a ideia de si, atribuir o valor pessoal, em função da qualidade do ser humano⁶. (TOCQUEVILLE, p. 292, 1990)

Antevendo os questionamentos da Escola de Frankfurt sobre a universalização do fundo etéreo e a forma procedimental da razão que dominou as revoluções burguesas, Mannheim critica o isolamento desinteressado nas paixões que predominou na concepção de subjetividade

⁶ No original: De ce point de vue, on peut comprendre, par exemple, où la société Ancien Régime diffère d'une société démocratique à l'égard de façons d'obtenir et donner déférence, ainsi que les types de comportement et la personnalité qui lui sont attribués. Alors que les sociétés aristocratiques subordonner la valeur de chacun de leur état, la position hiérarchique qu'il occupe dans la société, les institutions démocratiques cherchent à se conformer à l'idée elle-même, affecter la valeur personnelle, en fonction de la qualité de l'être humain. (tradução livre).

no liberalismo clássico (Locke/Kant). Consoante à leitura desta metodologia, se não existe sujeito desvinculado de suas práticas e relações sociais, os desafios da democracia são outros; primeiro, à luz dos *insights* da virada linguística (Heidegger/Gadamer), estar ciente do substrato metafórico do ideário político; segundo, da proteção de invasão de todas as esferas de vida em virtude da economização/pragmatização da linguagem ordinária pelo capitalismo e, terceiro, do uso de instrumentos formais e informais para o exercício da autenticidade.

A autenticidade⁷ será trabalhada aqui como sinônimo de “direito à consideração”, que, ao contrário de uma garantia, aparece na pós-modernidade como uma esperança, que parte dos protestos dos novos movimentos de juventude, tais como os movimentos do “Passe livre” ou do “*Occupy*”, enquanto manifestação da insatisfação popular para com os caminhos de construções políticas difusas - veja-se aí, a justiça social e a transparência pública em destaque - tomadas pelo Estado e pela economia (MAFFESOLI, 2007).

A forma de reconhecimento, elemento comum em todos eles, seja nas sociedades não igualitárias do Antigo Regime, seja nas sociedades democráticas contemporâneas, evidencia-se na continuidade entre as políticas de reconhecimento, tal como abordadas por Walzer ou Taylor, e a deferência tratada por Shils ou Goffman, ou ainda o direito à honra analisado por Frank Henderson Stewart (1994). O que se apresenta como novidade nas sociedades contemporâneas é a insistente explicitação da necessidade de reconhecimento, de um direito ao reconhecimento: a tentativa de concretizar, de codificar um direito à consideração, afirmar vínculos entre o Direito e os sentimentos de autorrespeito e de respeito ao outro, entre os sentimentos e a própria ideia de justiça. (Walzer, 1983; Taylor, 1991; Haroche e Montóia, 1995). Nesse contexto, emergem movimentos que, partindo das minorias e do multiculturalismo, procuram promover, de maneira sistemática, o direito a inscrever o reconhecimento e a consideração em novas legislações. (HAROCHE, p. 79, 2008)

A legitimidade dos protestos são protegidas, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, como direitos fundamentais à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, no art. 5º, inciso IV, e art. 220 da

⁷ Para aprofundamento do tema recomendamos a obra de Charles Taylor, “As fontes do self”.

Constituição Federal, esse último que dispõe, *ipsis litteris*, da maior parte das cartas magnas ocidentais: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.” Todavia, essas garantias parecem ainda ser insuficientes, diferentemente do postulado rousseauiano⁸ de que o direito a ser ouvido deve ser facultado, mas não pode ser exigido, na pós-modernidade, o reconhecimento e a tolerância, afinando-se às palavras da socióloga francesa Haroche, principiam uma envergadura jurídica; um cumprimento obrigatório firmado em noções do direito administrativo como a indisponibilidade do interesse público e o dever de ofício de recorrer.

É fato que a preocupação de Rousseau era com a arbitrariedade da idiosincrasia, as tendências anárquicas que tomaram conta do período do Terror, mas é preciso ressaltar que, ainda que o problema da alteridade não esteja plenamente resolvido na pós-modernidade (se é que um dia estará), hodiernamente, com as reclamações de liberdade da ideologia de gênero se organizando em frentes globais, a subjetividade quebra os tabus da normalização da sexualidade e do comportamento, tendo como principal arma de levante o orgulho erótico indiscriminado a modelos afetivos estanques.

Trazendo Mannheim à baila dos paradoxos mais atuais, o contrato social na modernidade, e aqui radicalizamos seu raciocínio para a pós-modernidade, não é mais apenas uma hipótese justificadora da promulgação de fronteiras geográficas, a soberania é um domínio extensivo e elástico a um ideário comum, mesmo entre as comunidades mais distantes e diferentes, a necessária emergência coercitiva dos direitos humanos pós Tribunal de Nuremberg, com motivações que não se restrinjam ao revanchismo e à metaética, solidificaram as fundações da institucionalização da Organização das Nações Unidas (ONU) e seu apelo à juridificação da política, remontando às fontes medievais que dispunham sobre a unidade da natureza humana e a compatibilidade de um *ius gentium*.

Esse ideário comum é corolário da difusão da dor memorial do holocausto judeu, a comoção essencial à vida e o repúdio à barbárie, que tem por missão prevalecer uma única doutrina humanitária sem confundir-se às amálgamas totalitárias, fato que não aniquila a diferença, mas, ao

⁸ “Assim que a ideia de consideração se formou nos espíritos, cada um pretendeu ter direito a ela [...], e deixou de ser possível que ela faltasse impunemente a alguém. O reconhecimento é um dever que é preciso prestar, mas não um direito que se possa exigir”.

contrário, protege a coexistência pacífica da expressão de diferentes formas de vida por meio da assimilação moral de uma espiritualidade que respeita, porém prescinde da tradição. Tal inteligência conduz-se pela descontinuidade reformada da *sensibilidade* e fluidez da *linguagem*, que, conjuntamente, aparecem como espectro da impossibilidade de monólogos e absolutismos em uma geração que, por *empíria*, verificou a sinonímia entre crença, religião, ideologia e utopia e, para usar uma expressão de Bauman (2001), em identidade liquefeita, começa a buscar, na história, uma vivência e um pertencimento que foram antes desacreditados pelo positivismo hoje em crise.

Importante esclarecer que, ao nosso ver, relativismo e relacionismo não se confundem. Antes de demonstrar a importância do relacionismo para uma educação baseada no diálogo, é mister destacar o caráter objetivo de tal proposta sociopedagógica. O relacionismo que nos referimos aparece como ruptura com dogmas anteriores à experiência histórica, e em contraposição, fundamentação de valores na relação direta com o outro, ou seja, na vida e coexistência. Tal fundamentação mostra-se salutar diante da eclosão dos estados laicos, onde o pluralismo agrega legitimidade à diferentes formas de vida.

2.2 Para além do relacionismo: toda educação é educação política?

Para Mannheim, a educação é a técnica social capaz não somente de introjetar ideologia, mas de revelar a consciência. Em sua formulação, que retoma Weber criticamente, sobretudo as pedagogias do cultivo e do treinamento, o referido autor propõe o método sociológico, de investigação relacionista/interacionista entre diversos fatos e ideias, como a melhor forma de expressão da educação moderna em moldes democráticos. A pesquisa sociológica, por esse viés, é mais do que disciplina, ela constitui um verdadeiro teste de validade e coerência do conteúdo ministrado, que deve prezar por uma base contextual.

Se a racionalização e a pragmatização da educação moderna, com seu auge no modelo prussiano, rechaçaram quase que por completo a formação do homem integral tal como era feito no período clássico, agora, sobre os ares da democracia do Estado de Direito, existe a oportunidade de um contato dialogal às vivências do indivíduo e da comunidade desde

o ensino mais básico. O estímulo à criatividade é o primeiro sinal da receptividade à autenticidade (TAYLOR, 2013).

Além de Mannheim, essa pedagogia refletidora do mundo da vida também é defendida por Dewey (1971), que enxerga, na escola, uma microcomunidade democrática. No mesmo sentido, observa Mannheim, que mais do que o desenvolvimento de aptidões, atribui à escola a responsabilidade da preparação das paixões para um processo pedagógico, que, através da socialização, amadurece as inclinações humanas, capacitando-as ao convívio e à frutificação de seus ímpetos; para Noé (p. 18, 2000), eis o conceito de educação em Mannheim:

O processo de socialização dos indivíduos para uma sociedade harmoniosa, democrática, porém controlada, planejada, mantida pelos próprios indivíduos que a compõem. A pesquisa é uma das técnicas sociais necessárias para que se conheçam as constelações históricas específicas. O planejamento é a intervenção racional, controlada nessas constelações para corrigir suas distorções e seus defeitos. O instrumento que por excelência põe em prática os planos desenvolvidos é a Educação.

Uma vez que o método tenha como matriz o questionamento e o pensamento crítico, seu horizonte abre-se a diferentes molduras, e o perspectivismo amplia a educação para com relações informais, tais como a família, os amigos, o lazer ou mesmo as companhias amorosas. Pode-se dizer, então, que um outro tipo de formação integral é perscrutado. Nesse modelo, o ritmo do aprendizado é ditado pela apreensão cognitiva em oposição à mera acumulação intelectual, sua função é a transmissão de valores igualitários e linguagens interdisciplinares que situem o educando sobre a responsabilidade humana em controlar o ambiente de intervenção, equilibrar essas interdições com o respirar da natureza e semear uma solidariedade que cative as presentes e próximas gerações em torno do cuidado à pessoa.

A principal contribuição de todas as que a moderna democracia é capaz de oferecer é a possibilidade de que todas as camadas sociais venham a contribuir com o processo educacional. E a sociologia é a disciplina, em sua visão, capaz de fazer a síntese dessas contribuições. Por isso é tão importante, para ele, que a sociologia sirva de base à pedagogia. (RODRIGUES, 2007, p.83)

A educação, nessa sintonia, adquire feição política quando solapa da pedagogia o papel subserviente de mero reprodutor da hierarquia do poder, entre educados e educandos ou entre os que detêm alta cultura e os que não, e desta feita, compõem na socialização - mas podemos dizer também na alteridade - a primordial matiz da educação como reconhecimento de si e do mundo; dinamizando o exercício democrático e, como citamos anteriormente, por meio do empoderamento que quebra os grilhões da lógica industrial de produção de verdade segundo as instituições, instauramos a multiplicação da *ágora* por quantos espaços forem os experimentados e tão corajosa e resiliente for a assunção do animal político.

O animal político é o fim último da educação, ele compreende o falar, o ouvir e o agir; ele fora preparado para resguardar as estruturas civilizatórias com prudência e moderação suficientes para que as colonizações típicas do passado não se repitam. Para Mannheim, a educação democrática deve regenerar o homem e florescer a personalidade, despertar a esperança e a sinceridade para com outros padrões de vida, superar a pedagogia do cultivo weberiana baseada na erudição e fomentar uma técnica de aprendizado mais “sadia”, na qual o elemento histórico não seja um entrave e, sim, mais um recurso reflexivo.

O grande trunfo desta metodologia participativa da educação dita moderna é o estímulo à inovação, à potencialidade de subsídio à mobilidade social (quando ampla e equitativa a todas as classes) e à não acomodação com as condições ou, como diria Durkheim (1973), conformação com os fatos. Mannheim tem influências em Durkheim quando retira, fundamentalmente, as ideias de subjetividade como “ser social” e de ensino como “educação contextual”. Ambas confluem para o entendimento de que cada sociedade possui um ensino peculiar a sua cultura e engenhosidade, à configuração do seu ambiente em natureza e herança civilizatória, porém cada sociedade e geração possuem, ulteriormente, pessoas singulares e relações novas as quais terão, por consequência, frutos novos para o pensamento da política ou da tecnologia, sendo tarefa da democracia, respaldar o sujeito de pleno direito a essa expressão e reconhecimento, da infância à vida adulta deste sentimento e valor no exercício da pessoa. A substantivação da pessoa, em síntese, é o primeiro pilar da educação, que, na democracia, deixa de ser dispositivo de ajuste e propaganda e adquire *status* de instrumento material para o empossamento da dignidade.

No que isso se refere à memória propriamente dita, é mister destacar que não nos referimos à memória aqui como mera correspondência

e, sim, reconhecimento sensível que, pode tanto preservar quanto transgredir – dependendo da sua fortuna terapêutica em verdade e perdão -, é dizer que a educação não é um acúmulo de saberes progressivamente melhorados pelo curso histórico, tal como a ciência positivista profetizou, mas sim, reflexo do seu tempo e de sua lógica de poder, cabendo ao Direito, mais especificamente aos Direitos Humanos, a preocupação com o teor das formações geracionais e zelar pelo aparelhamento cultural/reflexivo das Instituições, semeando, desde os ensinamentos mais básicos, o germe da verdadeira democracia, essa baseada no respeito e no diálogo, na valorização do caminho do meio, entre o *eu* e o *outro*; na alteridade.

Ideologia e Utopia podem aparecer como momentos de inflexão e reflexão do conhecimento. Partir de uma visão de mundo e aderir à um mito fundador relativo à uma identidade coletiva possui um caráter inflexivo na medida que afina a sensibilidade individual com as paixões identitárias, cujo imaginário, reforça e propaga a mesma visão. Entretanto, a inflexão, ainda que necessária ao reconhecimento da singularidade, caso viciada em um ciclo solipsista, rompe com os pactos republicanos, fomentando a eclosão dos discursos de ódio. A ideologia pede, portanto, que o movimento identitário tome consciência de que, tal como a noção hegeliana de espírito, as ideologias se projetam para o vazio, ou seja, para um caminho em constante construção pelo diálogo entre gerações. A utopia é, portanto, o momento de controle e socialização dos ideários em um espaço deliberativo que pressupõe a solidariedade. A utopia assinala como a reflexão de si no outro é capaz de proporcionar abertura, um sentimento de mundo fundamental para a educação.

A educação, na linha do humanismo pedagógico, pode então creditar ao diálogo um espaço de aprendizado e elaboração de problemas. O diálogo, uma vez compreendido como dialética empírica, ou mesmo, reconhecimento presencial da diferença, oferece o debate e a deliberação sobre um projeto comum e pacífico de coletividade. O diálogo, neste tom, não condiz necessariamente com harmonia, pois o embate pode ser também conflitante, nem tampouco, tem a concordância como obrigatória. O que o diálogo revela, no entanto, é que todo discurso social pressupõe um conjunto de axiomas relativos à mitos fundadores que, quando postos

à prova na argumentação, podem ser duvidados, retificados e reelaborados em prol da afirmação da autenticidade e da singularidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da obra de Mannheim, podemos retirar ricas lições para os estudos da Pedagogia, da Ciência Política e do Direito. Neste breve artigo, não tivemos a intenção de esgotar o tema da relação entre educação e democracia, mas apenas jogar luzes sobre a relevância dos enunciados deste sociólogo que, no que se refere à construção de ideologias, pode, com objetividade, dar-nos não somente apanhados da modernidade, e sim, visões quase proféticas da pós-modernidade e das questões geopolíticas mais atuais.

No que diz respeito às políticas públicas voltadas para a educação, o presente trabalho se propôs a extrair dos conceitos de ideologia e utopia em Mannheim, uma orientação sistêmica para o problema da dialética social e, assim, explicitar como a diferença pode ser um trunfo – e não uma mazela – da modernidade em direção à pós-modernidade, onde a pluralidade de identidades e gêneros encontra anseio por reconhecimento de legitimidade. Em outras palavras, com a pluralização de ideologias surge a possibilidade de projeção de um horizonte complexo para um projeto de vida comum, onde a diversidade de perspectivas salienta a necessidade da extensão do caráter substantivo e do aparato instrumental das liberdades individuais.

Ideologia e Utopia comungam aqui de um princípio cognitivo para a compatibilização das liberdades individuais com um projeto coletivo ao dizer que a *ideologia* tem seu nascedouro na perspectiva e sua continuidade na blindagem teórica da *utopia*. Ambas são partes do processo gradual de conhecer e apreender valores. Ideologia e utopia possuem um engate cíclico cujo conhecimento pode ser permeado pela reflexividade quando do uso do diálogo. A reflexividade é a compreensão sensível, pode-se dizer empática das causas históricas que subjazem a diferença.

Em uma sociedade heterogênea como a brasileira, repleta de crenças, etnias e ideologias, faz-se mister reconhecer a responsabilidade ética da educação na legitimação da pluralidade; esse descobrimento sensível do homem, do tempo e do sentimento, que entre a história e a

natureza, revela uma assembleia interminável de discursos rumo ao desenvolvimento humano; que não se cansa de falar o quanto quer mais ouvir.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. de Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001.

BLOCH, Marc. **Apologia da História ou o Ofício da História**. Trad. de André Telles. São Paulo: Zahar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DEWEY, John. **Vida e Educação**. Trad. de Anísio Teixeira. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1971.

DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Trad. de Marco Casanova. São Paulo: Unesp, 2010.

DURKHEIM, Emile. **Educación y Sociología**. Buenos Aires: Editorial Shapire. 1973.

HAROCHE, Claudine. **A condição sensível**. Trad. de Jacy Alves de Seixas e Vera Avellar Ribeiro. São Paulo: Contracapa, 2008.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **O homem cordial**. São Paulo: Penguin, Companhia das letras, 2012.noé

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. Trad. de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MAFFESOLI, Michel. **O ritmo da vida: Variações sobre o imaginário pós-moderno**. Trad. de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2007.

MANNHEIM, Karl. **Diagnóstico de nosso tempo**. Trad. de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

_____. **Ideologia e utopia**. Trad. de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

_____. **Liberdade, poder e planificação democrática**. Trad. de Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1972.

MANNHEIM, Karl. **O homem e sociedade.** Trad. de Waltensir Dutra. Estudos sobre a estrutura social moderna. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

_____. **O problema sociológico das gerações.** Trad. de Cláudio Marcondes. São Paulo: Ática, 1982

MISES, Ludwig von. **Omnipotent Government: The Rise of the Total State and Total War.** Spring Hills: Libertarian Press, 1985.

NOÉ, Alberto. **A relação educação e sociedade:** Os fatores sociais que intervêm no processo educativo. Campinas: Universidade de Campinas, Avaliação, vol. 5, nº 3, 2000.

RODRIGUES, Alberto Tosi. **Sociologia da Educação.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade.** Trad. de Talyta Carvalho. São Paulo: É realizações, 2013.

_____. **As fontes do self:** A construção da identidade moderna. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique.** Paris: Vrin, 1990.

FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA E AS DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA

SOCIAL AND ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PUBLIC PROPERTY AND THE GUIDELINES OF URBAN POLICIES

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa*

Marcelo Sampaio Siqueira**

SUMÁRIO: Introdução; 2. Elementos da propriedade; 3. Função social da propriedade; 4. A funcionalização dos bens públicos; 5. Função ambiental da propriedade e sustentabilidade: diretrizes da política urbana aplicáveis ao poder público; Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo volta-se ao exame da função social da propriedade pública e a sustentabilidade como objetivo traçado na Constituição de 1988 e nas diretrizes da Política Urbana do Estatuto da Cidade. Analisa o regime dos bens públicos e a relação entre afetação e função social da propriedade pública. Consta-se que, mesmo sendo pública, não subsistem dúvidas de que a propriedade pública deverá atender à função social e que o gestor não pode se afastar das diretrizes urbanísticas e ambientais do Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor. A propriedade pública também só se legitima pelo atendimento à função social e ambiental, ensejando ao gestor público responsabilidade pelos danos causados a coletividade pelo uso do bem desconforme as normas urbanísticas.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade, função social, propriedade pública, política urbana.

ABSTRACT: *This article examines the social function of public property and sustainability as an objective of in the 1988 Constitution and the guidelines of the Urban Policy of the City Statute. Analyses the regime of public property and the relationship between affectation and social function of public property. It appears that even though public there is no doubt that public property should attend the social function and the manager can not get away from the urban planning and environmental guidelines of the City Statute and instrumentalized in the Master Plan. Public property also only legitimized by compliance with social and environmental function, allowing for the public manager liability for damage caused to society by the use of well awry urbanistic planning law.*

Keywords: *City Statute, social function, public property, urban policies.*

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procuradora do Município de Caucaia-Ceará.

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Titular V da Faculdade 7 de Setembro. Procurador-Chefe da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

A propriedade é definida como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar, excluindo os terceiros de qualquer ingerência no mesmo.

O poder de disposição sobre o bem configura nota caracterizadora da propriedade e não se aplica do mesmo modo aos bens públicos e aos bens privados. A Constituição de 1988 dispõe que a propriedade atenderá à função social, sem limitar a exigência exclusivamente a propriedade privada.

No tocante aos bens públicos, observa-se que os de uso comum do povo e os de uso especial estão afetados a uma destinação coletiva, e, portanto, já vinculados a uma função social; todavia os bens dominiais, por não estarem afetados ao serviço ou função pública não se presume funcionalizados socialmente.

A função social foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; busca minimizar as desigualdades sociais e apresenta também um viés ambiental. A averiguação do cumprimento da função social, aí incluída a ambiental, depende de critérios objetivos previstos na lei e que levam a sustentabilidade.

Em linhas gerais, objetiva este trabalho analisar as diferenças encontráveis entre a propriedade pública e a privada sob a ótica do direito constitucional, bem como o alcance da função social que delas se exige. Especificamente, examina-se a propriedade pública frente ao cumprimento das funções social e ambiental; ressalta-se o dever de conciliar a expansão ordenada com o desenvolvimento sustentável da cidade, peculiar ao ente estatal, em consonância com os princípios da Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da política urbana previstas na Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade.

Tenciona-se, por fim, averiguar os institutos inovadores previstos no texto do Estatuto da Cidade, concebidos para regular o direito de propriedade em consonância com o Estado Democrático de Direito, e perquirir sobre a aplicabilidade dos instrumentos da política urbana ao regime jurídico da propriedade pública, balizando tal estudo com o reconhecimento e a tutela às funções social e ambiental.

1 ELEMENTOS DA PROPRIEDADE

No âmbito do Direito Civil, a Lei 10.406/2002, que deu origem ao Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, assegura a todos o direito de usar, gozar e dispor dos bens, tendo proprietário o direito de reivindicá-los de quem injustamente os detenha. Ou seja, privatisticamente, tem-se então a propriedade como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes respectivos: *jus utendi, fruendi et abutendi aliados ao jus perseguendi*. No mesmo art. 1.228 do Código Civil de 2002 consta que ao proprietário compete o dever de utilizar o bem atendendo à função econômica e social.

O *jus utendi* é traduzido na possibilidade de usar a coisa segundo a vontade exclusiva do proprietário; o *jus fruendi* refere-se ao direito de retirar os frutos, civis ou naturais da coisa; o *jus abutendi* significa a possibilidade de dispor da coisa, seja consumindo-a, seja alienando-a; e o *jus perseguendi* expressa o direito que cabe ao proprietário de retomar a coisa daquele que a possua ou a detenha injustamente. Da propriedade decorrem todos os demais direitos reais, como os de garantia e de fruição. (DINIZ, 2003, p.2-3)

Diante das noções apresentadas acerca da conformação do instituto por meio dos elementos que a caracterizam cabe analisar a propriedade pública, bem ainda os contornos que a delimitam e distinguem da propriedade privada. De logo, explicita-se, que propriedade pública (não coletiva) e propriedade privada, muito embora encerrem mesmas faculdades oriundas do gênero propriedade (uso, gozo, fruição e reivindicação), tem fundamentos diferentes e por isso requestam disciplinamentos jurídicos distintos.

Segundo Nilma de Castro Abe (2008, p. 137) o fundamento da propriedade privada está em garantir poderes sobre bens que permitam a existência e o conforto das pessoas, e que sejam aptos ao comércio; já a propriedade pública esteia-se na interesse coletivo e, por isso impõe-se um regime jurídico especial aos bens públicos de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

O fundamento do direito de propriedade privada consiste em garantir aos particulares poderes sobre bens que assegurem sua vida, existência, conforto, mobilidade, garantindo a circulação de riquezas e o comércio jurídico. O fundamento do direito de propriedade pública é assegurar, aos Estados, bens que constituam os meios ou instrumentos de

atuação estatal para cumprimento do interesse da coletividade, de modo que o regime especial a que se submetem os bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade) constitui mero instrumento normativo para atender aos interesses da coletividade. (ABE, 2008, p. 137)

Assentindo com o entendimento de Bartolomé Fiorini, a quem faz expressa referência, Abe aduz que o direito de propriedade pública não cabe dentro do conceito do exercício do direito subjetivo e individual sobre uma coisa, que é o direito exclusivo do senhor sobre um bem, pois é o direito de todos para todos e por isso mesmo o seu regime deve ser distinto do da propriedade civil. E conclui que a tentativa de construção de um direito de propriedade pública equivalente ou comparável ao direito de propriedade privada, esbarraria em diversos óbices. O primeiro deles seria o fato de o Estado manter vínculo de propriedade com diversos bens, submetidos a regimes jurídicos diversos, porque tais bens possuem natureza jurídica diversa e exigem regimes jurídicos diversificados. (ABE, 2008, p. 137)

Analisando a proteção constitucional da autonomia privada, a autora portuguesa Ana Prata (1982, p.146), afirma ser o poder de disposição sobre o bem a nota caracterizadora da propriedade. Aponta então que uma das características que delineiam a propriedade é ser um atributo humano, pressuposto inafastável da liberdade do homem. Mas que tal raciocínio é aplicável à propriedade privada e não à propriedade pública. Distingue a propriedade privada da propriedade pública, esta última caracterizada pelos bens de domínio público, afirmando que estes, embora também sejam objetos de interesse do sujeito privado, tem atribuição funcional, o que não permite o uso discricionário pelo titular e igualmente não suscita o direito de exclusão de terceiros em relação à coisa. E mais: que a propriedade pública corresponde a um poder de gestão, posto que é garantido o acesso ao bem do domínio público por parte de todos.

O domínio público pode, pois, na medida em que for de uso comum, ser configurado do ponto de vista do sujeito privado como um direito de acesso ao bem, em condições de igualdade com todos os outros sujeitos, um direito de não ser excluído da utilização comum do bem. (PRATA, 1982, p. 146)

Para Ana Prata (1982, p.146) o uso discricionário do bem público é vedado ao administrador público e a propriedade pública está submetida a uma função. A administrativista Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 554) rememora que o patrimônio público sujeita-se ao controle dos Tribunais de Contas e Congresso Nacional, como também ao controle judicial, por meio

de ação popular. Evidencie-se ainda que, no tocante à funcionalização dos bens, a Constituição Federal do Estado Brasileiro de 1988, sem distinguir se pública ou privada, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII).

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Face à dificuldade em estabelecer o conteúdo da função social exigida da propriedade, doutrinadores buscam examinar as destinações das propriedades segundo as potencialidades econômicas.

Para Eros Roberto Grau (2007, p.235) a propriedade poderá exercer uma função social e uma função individual. De acordo com o autor, a propriedade privada que se presta à garantia da subsistência individual e familiar cumpre uma função individual, inserida nos direitos individuais de todo assegurados pela ordem constitucional. Desta propriedade se exigirá o cumprimento de função social se o exercício desse direito individual, ao extrapolar de sua função própria, for nocivo ou abusivo.

No conteúdo do art. 170, III, da Constituição Federal de 1988, encerra-se o princípio da propriedade-função social, entre os princípios da ordem econômica. Consoante o princípio da função social o exercício da propriedade privada dos bens de produção está atrelado aos preceitos da justiça social, objetivando, desse modo, garantir às pessoas uma existência digna. Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial e à apropriação contrária ao interesse coletivo, o que se nota aplicável tanto ao proprietário particular como também ao poder público. (GRAU, 2007, p.247)

Na ótica de Gustavo Tepedino (2006, p.158), até pouco tempo pairava o entendimento de que a função social resumia-se a uma questão filosófica, política ou teológica, que não repercutia no âmbito do direito positivo. Contudo, o conceito de função social inserido Constituição Federal de 1988 e posteriormente reproduzido no Código Civil de 2002 reclamaram uma definição objetiva do conteúdo jurídico da função social da propriedade para que pudesse ter aplicabilidade. De pouco adiantaria exigir cumprimento de uma função social sem que se especificasse que atos ou condutas seriam consideradas contrárias a essa função ou o que se exigiria dos proprietários para considera-los cumpridores de tal requisito.

Para Tepedino a função social é um elemento interno do domínio e promove o controle da legitimidade do direito de propriedade. Ao

proprietário impõe-se o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical:

A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária. (TEPEDINO, 2006, p.158-159)

Dissertando sobre o aspecto econômico da propriedade dentro do contexto urbano, Marcelo Sampaio Siqueira (2012, p.83) adverte que no exame da funcionalização da propriedade deve-se também levar em consideração a questão econômica, já que a análise da eficiência do uso que o particular confere ao bem pode revelar se a função social está ou não sendo atendida. Para ele, o uso para edificar poderá desrespeitar a finalidade econômica e social da propriedade se for realizado contrariamente às normas urbanísticas e ambientais.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2005, p.118-119) aduz que, ao exigir-se o cumprimento da função social asseguram-se, dentre outros valores, solidariedade, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, proteção ao meio ambiente, e ordenação do espaço urbano. Para o autor o conteúdo da função social poderá ser alargado pela jurisprudência, ao considerar que nas decisões judiciais poderão ser contempladas outras hipóteses de condutas antissociais não elencadas na lei.

Entretanto, o alargamento das hipóteses dessas condutas pela jurisprudência não há como ser acatado visto que do teor do §2º do art. 182 da Constituição de 1988 extrai-se que as normas estabelecidas no Plano Diretor da cidade é que determinarão quais condutas são nocivas à coletividade e portanto devem ser repelidas.

Para o autor português Miguel Nogueira de Brito, não se pode estabelecer oposições irredutíveis entre as concepções individualista e social. Isto porque, para ele, “a propriedade é sempre a tensão entre a liberdade do indivíduo, como ponto de partida, e a obrigação para com a comunidade” (BRITO, 2010, p.60). Apresentando a função social em outro prisma, o autor critica a contraposição entre a propriedade individual e a propriedade social, sustentando que não existe nenhuma concepção social de propriedade estruturada para ser comparada a propriedade individual com base romanística. Conclui que não existe uma concepção social da propriedade, mas apenas uma concepção social que limita a propriedade e,

simultaneamente, uma concepção da propriedade que reclama o princípio social. E conclui que: a propriedade privada é sempre individualista ou não chega a ser propriedade; ao mesmo tempo, a justificação da propriedade privada apela necessariamente ao princípio social. (BRITO, 2010, p.61).

Ser condicionante do direito de propriedade ou ser elemento interno da propriedade passou a ser objeto de relevante debate na doutrina civil e constitucional. Todavia, não é a questão deste trabalho. O foco é a relação entre a funcionalização dos bens públicos e as diretrizes da política urbana, voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Na atualidade, observa-se que o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social. Tal conteúdo foi agregado de maneira indissociável à propriedade e, para a efetiva garantia da propriedade privada urbana, deverão ser atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no Plano Diretor. Dito instrumento deverá ser consentâneo com as diretrizes gerais da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

Com efeito, além de repositório de diretrizes gerais de natureza urbanística, tem-se que o Estatuto da Cidade foi concebido com a finalidade de garantir a observância aos princípios constitucionais, como o da função social da propriedade, bem como promover a implementação dos instrumentos jurídicos e políticos destinados à consecução do bem-estar coletivo e atribuir as competências e responsabilidades respectivas.

Após as explanações acerca do conteúdo da função social da propriedade de modo geral, passa-se a analisar a propriedade pública, enfocando o regime jurídico ao qual estão adstritos os bens públicos, numa perspectiva do uso do bem conforme a respectiva destinação e a relação com a função social e ambiental, que também são corolários da propriedade pública.

3 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Bens públicos são aqueles, corpóreos, ou incorpóreos, imóveis, móveis, semoventes, créditos direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público.

Nos termos do artigo 20 da Constituição da República os bens da União consistem, especificamente, em terras devolutas, os lagos, rios e correntes de águas sob o domínio nacional, as ilhas fluviais, lacustres, oceânicas e as costeiras sob o domínio da União, os recursos naturais da plataforma continental, o mar territorial, terrenos de marinha e acrescidos, potenciais de energia hidráulica, recursos minerais, as cavidades naturais subterrâneas, sítios arqueológicos e as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

No artigo 26 da Constituição de 1988 são relacionados os bens dos Estados: águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no domínio do Estado, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros, as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União, as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

A titularidade do Município, após a Constituição de 1891 passou a ser residual em face da omissão no texto da Constituição de 1988. Somando-se a estas formas constitucionais de propriedade pública retromencionadas, a lei nacional de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979) dispõe que as áreas de circulação, verdes ou livres e institucionais passam a titularidade do município a partir do registro do loteamento no serviço imobiliário competente.

Bens imóveis podem igualmente ser transmitidos voluntariamente pelo proprietário em favor do poder público, a exemplo das doações e trocas. Já os bens expropriados e os confiscados do particular passam também ao domínio estatal em razão do interesse público ou de sanção decorrente de ato ilícito praticado pelo proprietário, observando-se o trâmite procedimental peculiar.

Identificados genericamente os bens que compõem o patrimônio público, fundamental examinar o regime jurídico a que estão adstritos, abordando essencialmente a afetação dos bens de uso comum do povo e de uso especial.

De acordo com o artigo 99 do Código Civil Brasileiro, os bens públicos são classificados segundo as funções a que estão vinculados. Bens públicos de uso comum do povo são acessíveis a todos e podem ser disponibilizados gratuita ou onerosamente, e constituem rol exemplificativo: ruas, praças e mares, dentre outros. Bens públicos de uso especial são os utilizados pela Administração para a consecução de atividade-fim, e diferentemente dos bens de uso comum do povo, não estão acessíveis

a todas as pessoas, como os prédios da administração pública, veículos oficiais, as ambulâncias públicas e os cemitérios. Os bens dominiais ou dominicais são os que não estão afetados ao serviço ou função pública nem estão disponíveis para utilização pela coletividade, a exemplo dos imóveis desocupados, adjudicados em face de dívidas fiscais, terrenos de marinha, terras devolutas, dentre outros. São esses últimos os bens passíveis de alienação segundo o regime jurídico do patrimônio público.

Deve-se atentar também para o teor dos artigos 216 e 225 da Constituição de 1988 que apontou o meio ambiente e o patrimônio cultural brasileiro como bens públicos.

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(...)

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ante a classificação dos bens públicos quanto à função a que estão vinculados, é imperioso ressaltar que os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial já se encontram afetados ao interesse público e a função social é inerente aos mesmos. O mesmo não ocorre com os bens dominiais, que, por não terem uma destinação pública, não

estão afetados e deles não se presume uma função social. Pelo menos, *a priori*, este é o entendimento que se pode deduzir sobre a funcionalização do patrimônio público. (UCHOA, 2014, p. 23-28)

É a afetação a destinação do bem a uma finalidade pública, devendo se realizar por meio de lei ou de ato jurídico, que modifica a natureza de um bem dominical em bem destinado ao uso comum ou ao uso especial. E a desafetação é exatamente o inverso, é desconsagrar o bem que se destinava ao uso de todos ou ao uso da Administração Pública, e transformá-lo em bem dominial. (COUTINHO, 1997, p.7)

Depreende-se portanto, que o constituinte determinou que a propriedade privada está vinculada ao princípio da função social, mas não a estabeleceu no tocante à propriedade pública. O direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social e o conteúdo dessa função está nas normas do Plano Diretor da cidade, cujas diretrizes estão consignadas no Estatuto da Cidade e se volta ao desenvolvimento sustentável da cidade. Na sustentabilidade inclui-se o direito à propriedade imobiliária urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Paulo Nogueira-Neto (*on line*), fazendo alusão ao mandamento de amor ao próximo, define sustentabilidade como sendo o uso continuado, não predatório, racional dos recursos tanto econômicos, como ambientais, sociais, culturais e éticos, para que se sustentem o maior tempo possível no planeta. E complementa tal definição, tecendo uma advertência:

Além disso, é necessário incorporar ao conceito de sustentabilidade, o critério de que as decisões a seu respeito devem respeitar o interesse público, serem transparentes e assumidas de modo democrático pelas populações interessadas.

O cumprimento da função social não é avaliado por critério subjetivo, e portanto ao estabelecer que a propriedade está funcionalizada objetiva-se mitigar a conduta especulatória, a improdutividade e o uso abusivo de bens. Nesse caso, cabe ao poder público fiscalizar o uso da propriedade particular, mas também usar adequadamente os próprios bens, de modo que os bens públicos tenham uma finalidade produtiva, que sejam utilizados em prol da coletividade. Assim sendo, pode-se afirmar

que a função da propriedade pública já tem cunho social, porque deverá se destinar aos interesses públicos.

Silvio Rocha (2005, p.127) sustenta que os bens públicos também estão sujeitos aos efeitos do descumprimento da função social, visto que, independente da afetação dos mesmos, a função social deverá ser observada. Para Di Pietro (*on line*, 2006) a função social da propriedade pública está implícita em vários dispositivos constitucionais que disciplinam a política urbana:

a) no artigo 5º, inciso XXIII, está prescrito que “a propriedade atenderá a sua função social”; ao mesmo tempo em que impõe um dever ao proprietário, protege o interesse coletivo; b) no artigo 170, inciso III, está inserido entre os princípios da ordem econômica que têm por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social”; no artigo 182, está definida a função social da propriedade urbana (§ 2º) como aquela que “atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, impondo ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de sujeitar-se às medidas previstas no § 4º (parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública); d) no artigo 186, define-se a função social da propriedade rural, sujeitando os proprietários que a descumprirem à desapropriação para reforma agrária, nos termos do artigo 184.(.)

Na qualidade de instrumento da reforma urbana concebida pela Constituição Federal de 1988, a Lei nº 10.257/01, conhecida por Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183, estabelece diretrizes gerais da política urbana, assinala instrumentos aplicáveis à política de desenvolvimento urbano, e tem como propósito garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Do conceito de função social da cidade, extrai-se que a cidade que atende à sua função social “proporciona os benefícios da urbanização desfrutáveis por todos os habitantes” (DALLARI, 2006, p. 526). Nessa acepção é que o Administrador Público faz uso do planejamento como instrumento de consecução dos objetivos voltados ao desenvolvimento: impõe o cumprimento da função social da propriedade privada (e da pública também), evita a retenção especulativa do solo, otimiza os recursos públicos e assegura a participação efetiva da população no planejamento. Em suma:

atende às diretrizes do Estatuto da Cidade, como a justa distribuição dos benefícios e ônus, pondo em prática os instrumentos legais destinados à implementação dos objetivos da política urbana. (UCHOA, 2007)

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função social da cidade imposta ao poder público está resguardada tanto no artigo 182 da Constituição Brasileira de 1988 como também no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

(...)

O não atendimento a função social da cidade tem como consequência a imposição de sanção jurídica ao administrador públicos que deixa de agir na direção da ordenação do solo e do uso adequado do patrimônio público (DI PIETRO, *on line*, 2006). Isto em razão do teor da Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade – que incluiu a “ordem urbanística” nos interesses tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. Portanto o administrador público deverá ser igualmente responsabilizado pelo desatendimento às normas da Política Urbana.

Entretanto, mesmo com as prescrições da Lei da Ação Civil Pública, no intuito de coibir lesões ao meio ambiente o que se vê é a pouca utilização dessa ferramenta por iniciativa do povo. Para Paulo Roberto Ferreira de Souza (2003, p. 118) a razão decorre da falta de conscientização da sociedade brasileira de seus direitos e poderes, e mais, da perda da capacidade de se indignar diante de abusos e desmandos praticados pela administração pública.

Nesse aspecto, diante da ausência de interesse da sociedade em promover as medidas assecuratórias ou mesmo acionar o Judiciário com vistas a reprimir as condutas abusivas e promover a reparação dos danos, compete ao Ministério Público funcionar como guardião do Estatuto da Cidade, defendendo a ordem jurídica e o patrimônio público e social, aí incluído o meio ambiente. A preconizada sustentabilidade depende, essencialmente de planejamento que harmonize a exploração econômica

dos mesmos com os mecanismos previstos para a Reforma Urbana. No uso dos bens públicos, o gestor, diante do papel que desempenha, deverá, necessariamente, conciliar desenvolvimento e preservação do ambiente.

4 FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUSTENTABILIDADE: DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA APLICÁVEIS AO PODER PÚBLICO

Dentro da ordem constitucional brasileira foi explicitado que a propriedade deverá atender a função social; no entanto, a função ambiental a que está vinculada a propriedade urbana ficou implícita. E conseqüentemente, qualquer que seja a natureza dos bens, a utilização pelos respectivos titulares ou gestores deve guardar observância às normas regras e aos princípios garantidores do equilíbrio ambiental e conseqüentemente, balizadores do bem estar da coletividade.

A função ambiental da propriedade urbana revela-se, então, um viés da função social; com isso, a sustentabilidade e o planejamento do desenvolvimento das cidades concebido para o equilíbrio social e ambiental, figuram entre as diretrizes da política urbana que se buscam concretizar, por meio dos diversos instrumentos da reforma urbana.

Segundo Silva (2004, p. 45-46) essa função, ambiental, ecológica, tem previsão em constituições estrangeiras, a exemplo da Bulgária, de 1971, da Suíça, da antiga União Soviética, de 1977, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, da chilena, da chinesa, dentre outras

Nas constituições brasileiras a proteção ao meio ambiente natural a Constituição brasileira de 1946 principiou a tratar das questões ambientais, ensejando a edição do primeiro Código Florestal (Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965) e dos Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. Contudo, apenas com a Constituição de 1988 deu-se relevância à matéria nos arts. 5º, LXXIII, 24, VI, VII e VIII, 91, §1º, III, 129, III, 170, VI e 186, II. E nos arts. 23, 24 e 30, VIII, e nos arts. 196 a 200 da Constituição de 1988. O *caput*, e o inciso III do §1º do art. 225, parte integrante do Capítulo VI da Constituição da República, prescreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

[...]

Com efeito, a política urbana, por meio de seus instrumentos legais, tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável, garantindo a esta a às futuras gerações de pessoas qualidade de vida e bem estar.

A biodiversidade, o adequado aproveitamento territorial e a preocupação com a degradação ambiental, já insculpidos no Código Florestal, foram reforçados pelas diretrizes do Estatuto da Cidade em mais uma dimensão: a de que, além da propriedade urbana, a cidade também deverá cumprir uma função social. (UCHOA, 2007)

Dúvidas inexistem de que a exploração da propriedade deve ser voltada à sustentabilidade com o fito de garantir um ambiente equilibrado não só para a atualidade mas, para as futuras gerações. Nesse sentido, essencial discutir a relação entre a natureza jurídica dos bens públicos afetados e a sustentabilidade, pressuposto da administração da coisa pública.

Os bens públicos se submetem a regimes jurídicos diversos dependendo da destinação do mesmo, todavia qualquer que seja a classificação, todos reclamam atendimento à função social e à função ambiental. Não se olvide, no entanto, que a funcionalização da propriedade pública pressupõe o compromisso com a preservação do ambiente.

Di Pietro afirma que a propriedade pública “é” função social e não “tem” função social. Deste modo a função social é um dever, sendo inerente aos bens do domínio público. Em se tratando de uma função, na qual se inclui o dever de proteger o meio ambiente, o gestor público deve atuar “de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável”. (on line, 2006)

Ou seja, o gestor tem o direito de proporcionar a exploração econômica dos bens públicos, mas não poderá se afastar das diretrizes da

política urbana, nem atuar em desconformidade com as normas do Estatuto da Cidade, tampouco ignorar as normas ambientais. Está o gestor público sujeito às mesmas exigências que o proprietário particular, e teoricamente, às mesmas sanções previstas em lei.

Ratificando o entendimento de Silvio Rocha (2005, p.146) deve ser assinalada a possibilidade de ser o ente público forçado a realizar nos bens sob sua titularidade obras de parcelamento compulsório, edificação ou, em último caso, ter os mesmos desapropriados em razão de descumprimento da função social, assim como é aplicável aos proprietários privados. Não se pode negar, por outro lado, que tal raciocínio poderia levar ao entendimento pela prescritibilidade de bens dominiais, além de merecer reflexão um outro aspecto: a quem caberia a interposição de desapropriação-sanção para fins de reforma urbana de bem público municipal.

Considerando que a propriedade pública também está sujeita à funcionalização, não se exime o poder público, por seus gestores nas várias esferas, do atendimento à função social e ambiental quanto ao patrimônio que administra. Igualmente não se pode negar que a aplicação de algumas sanções consignadas no Estatuto da Cidade, seriam inefetivas, a exemplo da incidência de IPTU progressivo no tempo e da desapropriação sancionatória.

A função social e ambiental dos bens públicos não se resume a afetação a algum serviço, mas com ela guarda estreita relação, posto que no uso dos bens públicos deverão ser observadas as diretrizes do Estatuto da Cidade bem ainda cumpridas as exigências de ordenação da cidade, conforme leis próprias, com vistas a evitar usos inadequados do solo urbano, de produtividade das terras situadas em zona rural, coibindo o surgimento e a manutenção de latifúndios improdutivos ou mal aproveitados, de preservação ambiente, do patrimônio cultural, objetivando-se o desenvolvimento aliado à sustentabilidade.

Com o planejamento do desenvolvimento da cidade visando ao equilíbrio social e ambiental, a cidade deverá se desenvolver de forma racional, planejada. Deverá, portanto, ser sopesada a relação custo-benefício travada entre o progresso com seus avanços tecnológicos e possíveis danos à coletividade ou comprometimento ambiental.

O Estatuto da Cidade foi concebido para funcionar como instrumento do desenvolvimento das cidades e para isso, previu mecanismos que permitem a execução da política de desenvolvimento urbano. Dentre outras disposições, considerou como ato de improbidade administrativa

a conduta do gestor público municipal assim como dos agentes públicos, contrária às normas ali reportadas, apontou os instrumentos a serem utilizados na implementação da política urbana os planos nacionais, regionais e estaduais e ordenação do território e de desenvolvimento urbano e social. Tornou obrigatória a elaboração de plano diretor para os municípios com mais de vinte mil habitantes, cuja finalidade é parametrizar as atividades econômicas desenvolvidas na cidade, por meio de leis sobre uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, obras e posturas municipais, sistema viário, legislação ambiental, , tanto no âmbito privado como no que se refere à atuação dos gestores públicos nas obras.

A exigência de atendimento às diretrizes consubstanciadas no Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor não é exclusiva da propriedade privada. Diante da constatação que os bens que compõem a propriedade pública estão submetidos a uma função social e ambiental é de se esperar que o Poder Público, que tem o mister de fiscalizar os administrados no cumprimento de tal dever, seja o primeiro a atuar proativamente no sentido de conferir aos bens públicos destinação consentânea com a função social e ambiental.

Minimizar desperdício, punir a malversação dos recursos públicos, especialmente os escassos, conceder uso adequado à vocação do bem, são apenas alguns exemplos de práticas sustentáveis, que podem assegurar um ambiente sadio tanto para as presentes como para as futuras gerações.

CONCLUSÃO

A partir da Constituição de 1988, o direito de propriedade, elevado à categoria de direito fundamental, ganhou novos contornos, e passou a ser funcionalizada, posto que o texto constitucional impôs ao proprietário o dever de atendimento a uma função de natureza social, aí incluída a função ambiental.

O Estatuto da Cidade, de 10 de julho de 2001, ao regulamentar dispositivo constitucional, disciplinou os instrumentos destinados à consecução da expansão ordenada da cidade e do planejamento urbano e o Código Civil Brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, sob a influência dos princípios constitucionais ratificou a exigência da função social da propriedade.

Desse modo, as faculdades de usar, gozar, dispor e de reaver de quem injustamente a detenha mantem-se plenamente asseguradas ao

proprietário enquanto a função social for satisfeita. A função social passou a ser elemento legitimador do direito de propriedade. Não se fez menção expressa se tal exigência era aplicável apenas a propriedade privada, o que leva a presumir que os bens públicos requeiram funcionalização além de mera afetação ao uso ou ao serviço público.

O Estatuto da Cidade, na mesma direção da Constituição da República, ratificou a funcionalização dos bens e, apoiado em princípios e diretrizes inovadoras, prevê instrumentos jurídico-urbanísticos voltados ao desenvolvimento sustentável das cidades. Busca-se com a implementação dos instrumentos da política urbana que as cidades desenvolvam com base em planejamento racional, integrado e adequado à própria realidade levando em conta as diretrizes ambientais contidas também na legislação local.

É, portanto dever do gestor público a fiscalização do cumprimento da função social e ambiental da propriedade privada, mas de outro lado, deverá conferir aos bens sob seu domínio a destinação conforme as normas urbanísticas e ambientais, de modo a assegurar a sustentabilidade. Para tanto mostram-se necessárias atuações mais eficientes do gestor público a fim de que o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado deixe de ser uma meta para se tornar uma realidade.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 11 – jan./jun. São Paulo: ESDC, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/_Quadro-2001.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel Pereira dos Santos, 2010.

COUTINHO, José Roberto de A. **Direito Imobiliário Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. Atualidades do direito urbanístico brasileiro. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo: NDJ, v. 22, nº 7, p. 521-530, mar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho. 2006. Disponível em: <http://nute.ufsc.br/moodle/biblioteca_virtual/admin/files/funcao_social_da_propriedade_publica_aula_10_-_parte_i.pdf>. Acesso em: 16 de jan. 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Vallle. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOGUEIRA-NETO, Paulo. **Os grandes problemas ambientais do mundo contemporâneo**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/nogueira_netambientais.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Sílvio Luís F da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental e constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir. Perfil constitucional e restrições**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. Maringá, UNICESUMAR, v.3, n. 1, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

UCHOA, Adelaide Maria Rodrigues Lopes. **A política urbana no ordenamento jurídico constitucional: a desapropriação-sanção como instrumento do desenvolvimento das cidades**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

_____. A propriedade particular e a propriedade pública: análise dos elementos da propriedade sob o prisma da titularidade. In: Gonçalves, Camila Figueiredo Oliveira (Org.); Sales, Gabrielle Bezerra (Org.); Quaranta, Roberta Madeira (Org.) 1988 a 2002. **A constitucionalização do direito civil brasileiro**. Fortaleza: Unichristus, 2014.

INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS E POLÍTICAS ANTICORRUPÇÃO

PARTICIPATIVE INSTITUTIONS AND POLICIES ANTI-CORRUPTION

Rômulo Magalhães Fernandes*

Anna Carolina de Oliveira Azevedo**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Democracia e Instituições Participativas; 2. *Accountability*, participação e enfrentamento à corrupção; 3. Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) do Governo Federal; 4. Variáveis institucionais de desempenho das instituições participativas e considerações sobre o CTPCC; 4.1 Em relação à institucionalização; 4.2 Em relação ao potencial inclusivo e democratizante; 4.3 Em relação à representação; Considerações finais.

RESUMO: Este artigo aborda o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), criado em 2003, no âmbito federal. O objetivo da análise é situar a criação do referido conselho num cenário de incremento de experiências e mecanismos de democracia participativa no país, refletindo sobre seu desenho institucional e sobre as potencialidades e limites dele decorrentes. Para isso, adota-se uma abordagem metodológica qualitativa, que contempla revisão bibliográfica sobre o tema e levantamento de normativos e documentos do Conselho disponibilizados em sítios eletrônicos oficiais. À luz das análises realizadas, conclui-se que o CTPCC constitui uma experiência relevante de atuação da sociedade civil na seara das políticas públicas de transparência e combate à corrupção, porém seu desenho institucional implica limitações ao processo participativo.

Palavras-chave: Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção; Democracia; Instituições participativas.

ABSTRACT: *This article addresses the Council on Public Transparency and the Fight against Corruption (CTPCC), created in 2003 at the federal level. The purpose of the analysis is to situate the creation of this council in a scenario of increasing experiences and mechanisms of participatory democracy in the country, reflecting on its institutional design and on the potentialities and limits resulting therefrom. For this, a qualitative methodological approach is adopted, which includes bibliographic review on the subject and surveys of normatives and documents of the Board made available in official electronic websites. In the light of the analyzes, it is concluded that the CTPCC is a relevant experience of civil society in the area of public policies of transparency and anti-corruption, but its institutional design implies limitations to the participatory process.*

Keywords: *Public Transparency and Anti-Corruption Council; Democracy; Participatory institutions.*

INTRODUÇÃO

A recente experiência democrática brasileira constitui um sistema multidimensional, que se alicerça em: i) procedimentos eleitorais e regras

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela PUC Minas e Diretor do Observatório de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania (SEDPAC).

** Mestranda em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Servidora Pública da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais.

que organizam a atuação dos partidos políticos e representantes eleitos (sistema representativo); ii) instituições participativas e seus vínculos com a formulação e o controle de políticas públicas (sistema participativo); e iii) instrumentos de monitoramento e fiscalização dos corpos burocráticos públicos (sistema de controles da burocracia) (IPEA, 2010). Essas dimensões estão em constante interação umas com as outras, o que expressa a impossibilidade de se reduzir o atual regime político a uma dimensão específica.

Dentre divergências e aproximações, tanto as abordagens participativas, como as deliberativas, destacam as possibilidades democratizantes das formas de participação da sociedade civil (BRASIL et al., 2013). Para Faria e Ribeiro (2011, p. 125), tal potencial democratizante relaciona-se à capacidade inclusiva desses espaços para promoverem e abrigarem a participação de novos atores e novas temáticas e, simultaneamente, proporcionarem maior eficácia à gestão das políticas públicas.

O combate à corrupção figura como um tema prioritário da agenda pública contemporânea. Em que pese o incremento da articulação entre países e organismos internacionais quanto à matéria, expresso na celebração de Convenções e no fomento à adoção de medidas de transparência e utilização eficiente dos recursos públicos, o enfrentamento da corrupção permanece como um grande desafio da sociedade e do Estado brasileiros.

Nesse sentido, este artigo objetiva refletir sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção do governo federal, tecendo considerações sobre seu desenho institucional e as potencialidades e limites dele decorrentes. Para tanto, adota-se uma abordagem metodológica qualitativa, que contempla revisão bibliográfica sobre os temas democracia, instituições participativas, *accountability* e combate à corrupção, bem como levantamento de normativos e documentos desse Conselho disponibilizados em sítios eletrônicos oficiais.

1 DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS

A denominada democracia de alta intensidade ganhou força na transição do século XX para o século XXI, a partir do aumento da ação participativa nos espaços públicos. Em contraponto à teoria elitista de democracia, que restringe a participação democrática ao envolvimento nos processos políticos eletivos, as “concepções não hegemônicas

da democracia” enfatizam a criação de uma nova gramática social e cultural, bem como a procura de uma nova institucionalidade democrática que articule inovação social e inovação institucional (SANTOS; AVRITZER, 2013, p. 14-15).

Num contexto de intensa mobilização de organizações e movimentos sociais nos processos de redemocratização dos países latino-americanos, a construção dessa nova gramática societária, implicou na introdução do experimentalismo na esfera do Estado, especialmente por meio da criação e da institucionalização de canais participativos, mediante os quais os atores sociais podem transferir práticas e informações do nível societário para o nível governamental (SANTOS; AVRITZER, 2013).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 estabeleceu a forma republicana do regime político brasileiro, constituído como Estado Democrático de Direito, e abriu espaço para a constituição e a consolidação de instituições e mecanismos participativos, compreendidos como formas diferenciadas de incorporação de cidadãos e associações da sociedade civil na deliberação sobre políticas públicas. Dentre a diversidade de instituições participativas (IPs) surgidas no país, os conselhos de políticas públicas assumiram papel de destaque, correspondendo a desenhos institucionais de partilha do poder, constituídos pelo próprio Estado, com representação mista de atores da sociedade civil e atores estatais (AVRITZER, 2008).

Ao articularem representantes da população e membros do poder público estatal em práticas de gestão de bens públicos, mediante inovação e negociação dos conflitos, os conselhos são reconhecidos como a principal novidade em termos de políticas públicas no início do novo milênio (GOHN, 2011). Para Carneiro (2002), os conselhos inserem-se, fundamentalmente, na área da governança democrática, instituindo uma nova modalidade de controle público sobre a ação governamental e, idealmente, de responsabilização quanto ao desenho, monitoramento e avaliação de políticas públicas.

2 ACCOUNTABILITY, PARTICIPAÇÃO E ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

Segundo Wampler (2011, p. 152-156), as IPs fazem parte de um processo conjunto de “resolução incremental de problemas” e ampliam a intensidade do contato entre os cidadãos e o governo, o que tem potencial de aumentar a *accountability*, já que os fóruns públicos podem ser

utilizados para questionamentos sobre as ações do governo e respectivas justificações. Loureiro e Abrúcio (2004, p. 1) definem *accountability* como “a construção de mecanismos institucionais pelos quais os governantes são constrangidos a responder, ininterruptamente, por seus atos ou omissões perante os governados”.

É consagrada a classificação da *accountability* em vertical – representando a relação entre a população e os agentes políticos especialmente via eleições – e horizontal – referindo-se à existência de agências estatais voltadas à prevenção, à correção e à sanção de atos de ilegalidade em outras agências estatais (O’DONNEL, 1998). Em perspectiva alternativa, enfatiza-se a existência da *accountability* societal, compreendida como formas de controle e responsabilização dos agentes públicos realizadas em contextos de instituições públicas, mas de caráter não estatal, a exemplo dos conselhos (FILGUEIRAS, 2011).

Para Filgueiras (2011, p. 21), “organizações não governamentais, comitês e conselhos representam diferentes preferências, identidades e valores que se estabelecem em uma relação entre representante e representado” e, nesse sentido, compõem uma esfera pública plural e informam uma concepção mais aberta e ampla de *accountability*. Ademais, por meio do tensionamento democrático e contínuo, os conselhos atuam como espaços de exercício da “fiscalidade participativa”, tal como aventado por Boaventura de Sousa Santos (apud GOHN, 2011, p. 46).

A projeção que o debate sobre corrupção adquiriu nas últimas décadas guarda relação com a intensa mobilização de países e organismos internacionais em torno do tema, traduzida na edição de normas internacionais como a Convenção Interamericana contra a Corrupção¹, de 1996, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)², de 1997, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³, conhecida também como Convenção de Mérida ou pela sigla UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*), aprovada em 2003 pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Estabelecendo o compromisso dos Estados Partes promoverem e fortalecerem mecanismos voltados

¹ Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002 (BRASIL, 2002).

² Promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (BRASIL, 2000).

³ Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006).

a prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, essas Convenções destacam obrigações referentes à promoção do controle social, a exemplo dos artigos III, 11 e XIV, 2 da Convenção Interamericana contra a Corrupção, a seguir reproduzidos:

Artigo III

Medidas preventivas

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

[...]

11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção [...].

Artigo XIV

Assistência e cooperação

[...] 2. Além disso, os Estados Partes prestarão igualmente a mais ampla cooperação técnica recíproca sobre as formas e métodos mais efetivos para prevenir, detectar, investigar e punir os atos de corrupção. Com esta finalidade, facilitarão o intercâmbio de experiências por meio de acordos e reuniões entre os órgãos e instituições competentes e dispensarão atenção especial às formas e métodos de participação civil na luta contra a corrupção (BRASIL, 2002).

Cita-se, também, o reconhecimento expresso no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas quanto à importância do apoio e da participação de pessoas e grupos não pertencentes ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não governamentais e as organizações de base comunitária, para que os esforços de prevenção e repressão da corrupção sejam eficazes (BRASIL, 2006). Nesse sentido, o artigo 5 da UNCAC estabelece, como política de prevenção da corrupção, que cada Estado Parte formule e execute políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção “que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos

e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas” (BRASIL, 2006).

Assim, a nova dinâmica de enfrentamento da corrupção fundamenta-se no reconhecimento das práticas corruptas como problemas transnacionais, a exigir a conjugação de esforços de diversas instituições e países, bem como na relevância do fortalecimento de medidas de caráter preventivo, associadas aos processos de *accountability* e de transparência pública (LINHARES NETO; BRITO, 2011). O alcance dessa segunda diretriz envolve, essencialmente, a participação da sociedade no controle das políticas públicas e a criação e consolidação de institucionalidades que promovam esse objetivo, a exemplo do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção a seguir abordado.

3 CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO (CTPCC) DO GOVERNO FEDERAL

O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) foi criado por meio do Decreto Federal nº 4.923, de 18 de dezembro de 2003, como órgão colegiado e consultivo vinculado a então Controladoria-Geral da União (CGU), atualmente, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Vê-se, portanto, que a instituição do CTPCC deu-se após a promulgação, pelo Brasil, da Convenção Interamericana contra a Corrupção e da Convenção da OCDE.

Inserida no contexto de novos compromissos internacionais assumidos pelo país em relação ao enfrentamento da corrupção, a constituição do CTPCC pode ser compreendida, também, como parte do movimento de expansão das formas de participação social no governo federal brasileiro, particularmente a partir de 2003, que se deu, dentre outras estratégias, mediante a criação de novos conselhos em áreas de menor tradição de participação, como é o caso das burocracias de controle (PIRES; LOPEZ, 2010). A criação do CTPCC é apontada, ainda, como uma das iniciativas principais da CGU na organização da sociedade civil e em sua capacitação para o exercício do controle social (LOUREIRO et al., 2012).

Composto paritariamente por representantes do governo e da sociedade civil, o CTPCC tem por finalidade debater e sugerir medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle dos recursos públicos federais, incremento da transparência na gestão da administração pública e estratégias de combate à corrupção e à impunidade de agentes por atos

praticados na gestão do patrimônio público. Para o desenvolvimento de sua missão institucional, o CTPCC possui competências referentes, em síntese: i) à formulação de diretrizes da política de transparência e combate à corrupção a ser implementada pela CGU; ii) à sugestão de projetos, ações prioritárias e procedimentos que promovam o aperfeiçoamento e a integração dessa política no âmbito da administração pública federal; iii) à atuação como instância de articulação e mobilização da sociedade civil organizada para o combate à corrupção e à impunidade; e iv) à realização de estudos e estratégias que fundamentem propostas legislativas e administrativas (BRASIL, 2003).

No que tange à composição, o CTPCC apresenta a seguinte configuração:

I) 8 representações governamentais componentes do Poder Executivo Federal: i) Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle; ii) Casa Civil da Presidência da República; iii) Advocacia-Geral da União; iv) Ministério da Justiça; v) Ministério da Fazenda; vi) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; vii) Comissão de Ética Pública da Presidência da República; viii) Ministério das Relações Exteriores.

II) 2 representações governamentais não vinculadas ao Poder Executivo: i) Ministério Público da União; e ii) Tribunal de Contas da União.

III) 10 representações da sociedade civil: i) Ordem dos Advogados do Brasil; ii) Associação Brasileira de Imprensa; iii) Transparência Brasil; iv) Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais; v) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; vi) Representante indicado pelas igrejas evangélicas de âmbito nacional, organizadas segundo suas convenções, concílios gerais ou sínodos; vii) Representante dos trabalhadores, indicado, em regime de alternância, por uma das seguintes entidades: Central Única dos Trabalhadores, União Geral dos Trabalhadores, Força Sindical, Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura; viii) Representante dos empregadores, indicado, em regime de alternância, por uma das seguintes entidades: Confederação Nacional da Agricultura, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional das Instituições Financeiras, Confederação Nacional do Transporte; ix) Cidadão brasileiro

que exerça atividade acadêmica, científica, cultural ou artística, escolhido entre pessoas de idoneidade moral e reputação ilibada, cuja atuação seja notória na área de competência do Conselho; x) Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social (CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO, 2016).

Conforme informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, desde a criação do CTPCC foram realizadas 17 reuniões, a última datada de 1º de dezembro de 2015⁴. O referido sítio eletrônico conta com uma aba própria para divulgação de informações sobre o conselho, incluídas as pautas e as atas das reuniões.

Embora o CTPCC seja um conselho do governo federal, sua criação inspirou a instituição de conselhos similares pelos entes subnacionais, a exemplo do município de João Pessoa, em 2007, e dos estados de Goiás, em 2011, e do Mato Grosso, em 2015.

4 VARIÁVEIS INSTITUCIONAIS DE DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS E CONSIDERAÇÕES SOBRE O CTPCC

A literatura nacional sobre instituições participativas indica distintos fatores ou variáveis que influenciam os processos de “participação-deliberação” e os seus resultados, a exemplo do perfil da sociedade civil local e a tradição associativa, da vontade política e centralidade conferida à participação pelos governos, do legado prévio e aprendizagens institucionais no campo da participação, da natureza da política e respectivo marco legal, do contexto institucional resultante da articulação entre sociedade e Estado (BRASIL et al., 2013). Em articulação com as variáveis contextuais e políticas, as variáveis institucionais tem ganhado centralidade nas abordagens, tendo em vista a percepção de que a qualidade e a efetividade da participação relacionam-se, de forma intensiva, com o desenho institucional das IPs (FARIA; RIBEIRO, 2011).

A análise do desenho institucional permite identificar o nível de institucionalização, de democratização e de representação nos espaços. A institucionalização de um conselho pode ser apreendida a partir de

⁴ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Documentos e reuniões. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselhoda-transparencia/documentos-de-reunioes>>. Acesso em 20 mar. 2017.

informações sobre o tempo de sua existência, a presença de uma estrutura organizacional e a frequência de reuniões obrigatórias (FARIA; RIBEIRO, 2011). Nessa perspectiva, quanto mais regular o funcionamento do conselho, mais institucionalizado ele é.

Já o potencial inclusivo e democratizante pode ser mensurado a partir de regras sobre: i) a composição, a pluralidade e a proporcionalidade; ii) o processo decisório e a distribuição, concentração e alternância de poderes; iii) a presença de comissões temáticas e a qualificação cognitiva dos debates; e iv) a previsão de conferências (FARIA; RIBEIRO, 2011, p. 128-129). Outra dimensão relevante refere-se à representação, à qual se vinculam aspectos como a definição de entidades com direito a assento no conselho, o número de cadeiras vinculadas a cada segmento e as formas pelas quais essas características são definidas (FARIA; RIBEIRO, 2011, p. 130).

A partir do exame dos normativos e de informações constantes das atas das reuniões do CTPCC, acessados por meio de consulta ao sítio eletrônico do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, e à luz dos parâmetros acima expostos, tecem-se, a seguir, considerações sobre o desenho institucional do referido conselho.

4.1 Em relação à institucionalização

O CTPCC tem quase 14 anos de existência, sendo considerado um conselho nacional novo. Conforme o Regimento Interno (RI), sua estrutura é composta pelo Plenário, pela Presidência e por uma Secretaria Executiva, cuja atuação encerra, em síntese, o apoio administrativo e técnico às atividades do conselho. Dado que a Presidência do CTPCC é exercida pelo dirigente máximo do órgão de controle interno federal e a Secretaria Executiva cabe ao Secretário Executivo dessa pasta, percebe-se a concentração de atribuições, e de poder, por agentes governamentais nas estruturas do conselho.

O RI do CTPCC estabeleceu, originalmente, a realização de reuniões ordinárias bimensais. Em 22/12/2015, essa disposição foi alterada pelo Ato nº 3, que modificou a periodicidade das reuniões ordinárias para 4 meses, não havendo registro de reunião realizada após essa deliberação. Dessa forma, em atendimento à previsão regimental, deveriam ter sido realizadas cerca de 70 reuniões no período compreendido entre a criação do conselho e o mês de julho de 2016, data em que os dados foram coletados. No entanto, o exame das informações e das atas disponibilizadas no sítio

eletrônico do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União evidenciou a realização de 17 reuniões no citado período. O tempo decorrido entre uma reunião e a outra foi, em média, de 7 meses, em inobservância, portanto, à periodicidade bimensal inicialmente estabelecida.

Ainda, desde 2010, a dinâmica de reuniões do CTPCC foi reduzida, informalmente, a uma única reunião anual. Considerando que o mandato dos representantes da sociedade civil é de dois anos, a prática de reuniões anuais implica na participação máxima desses representantes em duas ocasiões, o que fragiliza as dinâmicas de redução das assimetrias informacionais, de criação de pertencimento e de efetiva participação dos conselheiros.

A instabilidade quanto à periodicidade das reuniões sinaliza, além da inobservância dos pactos regimentais, uma possível deficiência de vitalidade do CTPCC, com potenciais reflexos sobre a qualidade da participação nessa instância.

4.2 Em relação ao potencial inclusivo e democratizante

O Decreto Federal nº 4.923/2003 estabeleceu a composição paritária do CTPCC, conforme mencionado. Na composição do Conselho foram incluídas, além de órgãos do Poder Executivo Federal, representações estatais não vinculadas ao referido Poder, a saber, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

No que tange às representações não governamentais, abrangidos segmentos representativos de áreas profissionais, de associações religiosas, de organizações do terceiro setor, de institutos empresariais, além de sindicatos patronais e de trabalhadores. Em relação às organizações sindicais de trabalhadores e empregadores, estabeleceu-se a representação em regime de alternância, o que constitui uma sinalização positiva à diversidade da participação, dada a pluralidade de centrais sindicais de trabalhadores e a diversidade de setores produtivos representados em confederações empresariais.

Por definição legal, a presidência do CTPCC é exercida pelo dirigente máximo da CGU, atualmente Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a quem incumbe a convocação das reuniões, a coordenação dos trabalhos, o estabelecimento da pauta, o direito de voto regular e de voto de qualidade no caso de empate, a constituição de grupos de trabalhos, dentre outros. Essa definição nata da presidência indica um

grau de democratização baixo, por ferir a diretriz do consentimento dos representados para com a liderança, expresso pelos procedimentos de escolha, além de configurar, de antemão, a preponderância do governo sobre os demais segmentos (FARIA; RIBEIRO, 2011).

Como mencionado anteriormente, o Decreto de criação do CTPCC conferiu-lhe natureza consultiva apenas. O desenho consultivo representa, em geral, uma limitação à capacidade dos conselhos de engendramos mudanças institucionais (BRASIL et al., 2013), bem como denota a relutância do Estado em ceder o poder de deliberação. O referido Decreto e o RI do CTPCC possibilitam a instituição de grupos de trabalho, de caráter temporário, para análise de matérias e proposição de medidas específicas, não havendo previsão normativa de realização de conferências vinculadas à atuação do Conselho.

Apesar dos limites desse arranjo, o CTPCC demonstrou significativa influência sobre as políticas públicas e legislações relacionadas à transparência e ao combate à corrupção no último período, a exemplo da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527) promulgada em 2011, cuja proposição incorporou os debates e contribuições do Conselho desde 2005 (LOUREIRO et al., 2012), da Lei de Conflito de Interesses (Lei Federal nº 12.813/2013), também objeto de discussões no âmbito do CTPCC desde a primeira reunião (CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO, 2004, p. 4), bem como do projeto de lei que culminou no Decreto Federal nº 6.170/2007, que trata das normas para transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse (LINHARES NETO; BRITO, 2011). Esses resultados demonstram a incidência do CTPCC nas políticas temáticas do governo federal, entretanto, não são suficientes para mensurar a efetiva participação da sociedade civil nas proposições, a demandar análises específicas não contempladas nos objetivos e limites deste artigo.

4.3 Em relação à representação

A definição, pela legislação, das organizações com assento no CTPCC pode evidenciar o reconhecimento de entidades protagonistas de esforços de transparência e combate à corrupção no país, bem como de atores relevantes na sociedade civil brasileira, a exemplo das centrais sindicais. Todavia, essa característica denota certo engessamento da participação no Conselho, o que pode implicar a restrição da possibilidade

de disputa democrática entre diversas organizações com atuação na promoção da transparência e no combate à corrupção, além da diminuição da potencialidade inovadora desse canal participativo, mediante a renovação das organizações participantes.

A presença de representantes de órgãos federais distintos da CGU, usualmente destinatários de ações de fiscalização e combate à corrupção pelo órgão de controle, bem como de representantes de sindicatos empresariais, sinalizam a incorporação de eixos de conflitos na dinâmica do CTPCC.

Outra característica a se destacar é que as reuniões não são abertas ao público em geral. Esse aspecto foi objeto de recente pedido de informação à CGU, que se manifestou pela ausência de previsão de reuniões abertas nas normas que regem o Conselho e destacou que a abertura das reuniões à participação popular tem sido debatida pelos conselheiros como uma possível medida voltada ao seu fortalecimento (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2016). Apesar desse limite, as atas das reuniões são disponibilizadas na internet e evidenciam a manifestação de cada conselheiro, fato que favorece a publicização das posições e a prestação de contas da representação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção é compreendida como uma experiência de articulação entre aparato institucional de controle e organizações representativas da sociedade civil, num contexto de assunção de compromissos internacionais pelo país em relação ao enfrentamento da corrupção e de incremento das formas de participação social no governo federal brasileiro. O exame do arranjo institucional do CTPCC, a partir dos elementos analíticos selecionados, indicou seu potencial de democratizar o debate e a proposição de medidas estatais anticorrupção e de fomento à transparência, cujos principais reflexos podem ser encontrados na criação de relevantes marcos normativos relativos ao acesso à informação, ao conflito de interesses e à destinação de recursos públicos.

Por outro lado, foram identificados limites de desempenho participativo decorrentes do desenho institucional desse Conselho, com destaque para o seu caráter consultivo, a definição das representações da sociedade civil pela legislação e a concentração de funções de liderança e coordenação dos debates e atividades por representantes governamentais.

Verificou-se, também, instabilidade quanto à frequência das reuniões ordinárias do CTPCC, realizadas em número muito menor do que o estabelecido pelo Regimento Interno, o que aponta fragilidades em sua organicidade, com possíveis reflexos sobre a vitalidade do conselho.

Entende-se que esses aspectos evidenciam a complexidade da construção de formas participativas nas políticas públicas de transparência e combate à corrupção e podem ser tomados como oportunidades de aprimoramento do arranjo institucional do CTPCC, de forma a potencializar a qualidade do processo participativo democrático.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 14, nº 1, Junho, 2008, p. 43-64.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 10 nov. 2017.

_____. *Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em 10 nov. 2017.

_____. *Decreto Federal nº 4.923, de 18 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2003.

_____. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em 10 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Documentos e reuniões.** Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselhoda-transparencia/documentos-de-reunioes>>. Acesso em 20 mar. 2017.

BRASIL, F. P. D.; CARNEIRO, R.; BARBOSA, T. P.; ALMEIDA, M. E. Participação, desenho institucional e alcances democráticos: uma análise do Conselho das Cidades (ConCidades). *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 5-18, dez. 2013.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Conselhos de políticas públicas: desafios para sua institucionalização. *RAP*, Rio de Janeiro 36(2), p. 277-292, Mar./Abr. 2002.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Resposta ao Pedido de Acesso à Informação nº 21900000543*, de 20/03/2016. Disponível em: <www.consultaesic.cgu.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2017.

CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO – CTPCC. *Ata da 1ª Reunião de Trabalho do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção*. 17 de nov. 2004. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia>>. Acesso em 20 mar. 2017.

_____. *Regimento Interno*. 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia>>. Acesso em 20 mar. 2017.

FARIA, Claudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. P. 125-136. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. V. 7. Brasília: IPEA, 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. Sociedade civil e controle social da corrupção. *Em Debate*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 14-28, dez. 2011.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. A democracia no desenvolvimento e o desenvolvimento da democracia. In: IPEA. *Estado, instituições e democracia*. v. 2. Brasília: IPEA, 2010.

LINHARES NETO, Damásio Alves; BRITO, Eveline Martins. Incidência da atuação do Conselho de Transparência Pública e combate à corrupção no processo de *accountability* federal. *Revista da CGU*, Brasília, ano VI, nº 09, p. 25-38, jun. 2011.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro. *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 17, n. 60, p. 54-67, Jan./Jun., 2012.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova*, n.44, pp.27-54, São Paulo, 1998.

PIRES, Roberto; LOPEZ, Félix. Instituições participativas e políticas públicas no Brasil: características e evolução nas últimas duas décadas. In: CARDOSO JR., José Celso (Coord.). *Brasil em desenvolvimento 2010: Estado, planejamento e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2010. p. 565-585.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: AVRITZER, Leonardo (coord.). *Democracia e participação*. Programa de Formação de Conselheiros Nacionais – Módulo I. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 9-56.

WAMPLER, Brian. Instituições Participativas como “enxertos” na estrutura do Estado: a importância de contextos, atores e suas estratégias. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. V. 7, p. 151-158. Brasília: IPEA, 2011.

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS BÁSICOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA CONTRIBUIÇÃO À LUZ DA ADIN 1.923 /DF

NOT-FOR-PROFIT ORGANIZATIONS PROVIDING BASIC EDUCATIONAL SERVICES: ANALYSIS THROUGH THE ADIN 1.923 / DF

Luciano Melo Moreira Lima*

SUMÁRIO: Introdução. 1 As políticas públicas e sua avaliação. 2 As organizações sociais e sua constitucionalidade : o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.923 /DF. 3 Qualidade do serviço público x quantidade do serviço público proporcionado. 3.1 Sobre os vouchers. 3.2 Sobre as escolas charters. Conclusão. Notas. Referências.

RESUMO: O artigo ora apresentado tem por escopo alimentar o debate em torno da delegação de serviços públicos, em especial na área da educação básica, para entidades privadas como , por exemplo, as organizações sociais previstas pela Lei nº 9.637/98. Após o julgamento em definitivo a respeito da constitucionalidade da referida delegação de determinados serviços públicos por parte do Estado, é certo que o momento necessitará de debates mais acurados sobre a(s) espécie(s) de mecanismo(s) avaliatório(s) possíveis de ser(em) utilizado(s) a fim de estabelecer uma eficiência para a política pública adotada. Na educação básica, seria o resultado o mais importante? E se for, qual o escopo a ser perseguido? Um maior número de pessoas atendidas pela política pública ou, por outro lado, um menor número de cidadãos tendo acesso a esta garantia constitucional, mas com melhor qualidade? A discussão acerca destes pontos será realizada tendo por pano de fundo a utilização de critérios da *accountability* , ou seja, a aplicação de abordagens do setor privado no trato de negócios pertencentes ao setor público. A ótica do mercado, portanto, será trabalhada como uma esperança de projetar uma ideia de eficiência a ser perseguida.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Educação Básica. Delegação. Organizações Sociais. Estratégias de Avaliação.

ABSTRACT: *This article wants to feed the debate about the public service delegation, particularly in the field of basic education to private entities such as social organizations established by the Law N° 9.637 / 98. After the final judgment about the constitutionality of the delegation of certain public services by the state, it is certain that the time will need more accurate debate about the kind of possible mechanism evaluative to be used to establish an efficiency for public policy adopted. In basic education, is the result that matters the most? And if so, which result has to be pursued? A greater number of people served by public policy or, on the other hand, a smaller number of citizens having access to this constitutional guarantee, but in better quality way? The discussion of these points will be carried out using the criteria of “accountability”, which means applying the approaches of the private sector in the public sector business. The optical market, therefore, will be used as a hope to design an idea of efficiency to be pursued.*

Keywords: *Public policy. Basic education. Delegation. Social organizations. Assessment strategies .*

* Mestrando em Direito e Políticas Públicas. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo IBEP; graduado em Direito pelo CEUB e em Ciência Política pela Universidade de Brasília – UnB. Atualmente é professor universitário junto ao UBICEUB e advogado militante na esfera cível.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a discutir alguns tópicos ligados à prestação da educação básica vista como um serviço público e, portanto, executável por meio de políticas públicas e da imperativa necessidade (e por outro lado dificuldade) de se formular mecanismos avaliatórios e de controle para serem disponibilizados aos agentes políticos responsáveis.

A gradual mudança de perspectiva e de tratamento da forma como atualmente se vê o Estado, antes um ente absentéista e muito pouco ativo para, atualmente, um ser dotado de ampla atuação e formulador/implementador de políticas públicas, vem sendo a linha seguida em diversas nações. A preocupação crescente com as políticas públicas promoveu o surgimento e o desenvolvimento da ideia de Estado como um ator, acima de tudo, prestacional, atuante e realizador.

O jurisdicionado, por sua vez, é visto como algo próximo à figura de um cliente que vai exigir de um prestador a sua necessidade. A discussão sobre a prestação de políticas públicas pelo Estado (ou a possibilidade de este poder delegar esta responsabilidade a outras entidades) ganhou novos contornos com a recente adoção de postura, pelo Supremo Tribunal Federal, a favor da constitucionalidade da transferência de responsabilidades do Estado para outras entidades de caráter privado, em especial no que tange às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF que buscou questionar, junto à Suprema Corte, sobre a constitucionalidade do que se acostumou a chamar de “privatização de serviços públicos” na medida em que se estaria delegando a responsabilidade do Estado em proporcionar determinados serviços para outras entidades de natureza essencialmente privada.

Desta maneira, por meio de contratos de gestão, firmados entre as entidades públicas e determinadas organizações sociais, seria possível repassar o desempenho e a prestação de determinados serviços, antes prestados exclusivamente pelo Governo, para outros responsáveis. E, tudo isto, para crítica de muitos, sem qualquer submissão ou obediência às rígidas formalidades da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Com a adoção de uma postura pelo Supremo Tribunal Federal favorável a esta possibilidade, ou seja, rechaçando o pedido de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 que tratou das organizações

sociais, o debate sobre o impacto que esta delegação causaria sobre a prestação dos serviços públicos ligados ao ensino fica deveras enriquecido. Mais especificamente no que pertine à eficiência das políticas públicas que poderão ser adotadas.

Com a transferência da responsabilidade deste *munus* público para uma organização privada, muito provavelmente o objetivo a ser alcançado seria a confecção de diversos contratos de gestão que deverão ser futuramente avaliados. Esta avaliação deverá se dar por meio de quantidade ou qualidade? Em se tratando de entidades privadas, é muito possível que a preocupação se concentre na quantidade, haja vista representar uma avaliação em número favorável a ambas as partes. Mas, seria esta a melhor opção? Ou seria, em virtude de certas limitações, a única opção?

O debate remete à consolidada discussão: seria esta uma forma de privatização da educação? Por questões históricas e culturais muitas vezes arraigadas ao povo brasileiro em face da colonização e da construção da ideia de Estado no Brasil, sempre alicerçado sobre a figura de um Estado provedor, é comum que os cidadãos se sintam incomodados com a mencionada possibilidade de delegação de um serviço público. Mais ainda em se tratando da educação, um direito fundamentalmente consagrado em sede constitucional e visto como um dos principais alicerces da dignidade da pessoa humana.

A tendência é ver com enorme desconfiança esta prática e, além disto, haver um clima de indignação na medida em que o brasileiro foi ensinado que o Estado deveria ser o prestador de serviços públicos ou, melhor ainda, o provedor das necessidades sociais coletivas como, por excelência, a educação.

Esta perspectiva, entretanto, levou à adoção de políticas públicas desastrosas, cuja elaboração, implementação e acima de tudo avaliação foram feitas de forma equivocada, muitas vezes afobada e, porque não dizer, pródiga.

É inegável que nos dias atuais é cada vez mais frequente a utilização de ferramentas do mundo privado na esfera pública. Está a se falar da ideia de *accountability*, ou seja, abordagens do setor privado nos negócios públicos. Na área da educação, por exemplo, critérios como sanção/premiação de uma escola financiada com recursos públicos que não atinja metas ou não seja aprovada dentro de certos parâmetros previamente estabelecidos sujeitaria o estabelecimento de ensino à uma circunstância de submissão a uma espécie de tutoria ou transferência

de alunos e, conseqüentemente, o redirecionamento de suas verbas para uma outra entidade.

Nasce, daí, uma nova preocupação com a avaliação de uma política pública. Como ela ocorreria e quais seriam os motes a serem perseguidos? O objetivo da política seria proporcionar o acesso à educação básica ao maior número possível de cidadãos ou, por outro lado, seria melhor haver uma preocupação com a qualidade do ensino? Para isto, por questões orçamentárias, seria necessário limitar a proposta menos atingida pelos programas.

Neste passo, são lançadas as ideias a serem discutidas neste artigo justamente com vistas a fomentar a discussão do tema tendo, por pano de fundo, uma questão ligada à avaliação de políticas públicas na esfera educacional.

1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA AVALIAÇÃO

O papel do Estado como o maior responsável pela implementação de direitos sociais sempre fez parte do ideário nacional. Sendo visto como aquele incumbido de empreender os serviços públicos, é natural que cedo ou tarde as discussões em torno de políticas públicas tomassem de assalto os estudiosos.

As políticas públicas passam a ser vistas, portanto, como instrumentos dos quais o Poder Público lança mão com o escopo de prover alguns direitos fundamentais básicos em uma coletividade. Assim, o desafio que se põe à frente dos analistas e pesquisadores é como fazer para os diversos direitos sociais previstos na Constituição Federal da República deixarem de ser meros ideais para, de alguma forma, se concretizarem no seio da sociedade.

Para Bucci, é neste momento que as políticas públicas podem ser encaradas como

programas voltados à efetivação das previsões constitucionais”. Seriam “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006).

Em suma, são programas governamentais que representam o resultado de um conjunto de procedimentos administrativos juridicamente regulamentados.

Normalmente, o processo de uma política pública segue a seguinte lógica: PROGRAMA=>AÇÃO=>COORDENAÇÃO=>GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. No presente artigo, em particular, o enfoque ocorre sobre este último instante, qual seja, aquele onde a **avaliação** da política pública merece destaque.

Levando em conta que a esfera pública escolhida para a construção do debate se concentrou na prestação do serviço da educação básica, a proposta do trabalho é verificar em que termos a transferência desta incumbência pública, inerente ao Estado, para uma organização social representaria uma medida eficiente em termos de avaliação de uma política pública.

Não se pode negar que faz parte de toda cartilha pública o combate à pobreza e a viabilização de políticas que fomentem o desenvolvimento social e a dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, viabilizar a educação básica para a população é sem dúvida uma providência salutar. Com vistas ao atingimento deste desiderato, é consenso da Administração Pública que este caminho poderia ser melhor atingido por meio da descentralização de medidas ligadas à área educacional, todas buscando um aprimoramento na qualidade do serviço público prestado com a ampliação do setor privado em sua provisão.

A proposta sugerida não demorou para despertar nos formuladores de políticas públicas uma preocupação em como adotar certas formas para se medir/avaliar as propostas implementadas.

Assim, desde a década de 60, a avaliação das políticas públicas é vista como uma ferramenta de planejamento dirigida aos agentes públicos responsáveis pela gestão de programas governamentais. A demanda pelas diversas formas de medição/avaliação de políticas cresceu de maneira proporcional à majoração dos gastos públicos com bens e serviços.

Isto tudo, aliado à tendência da Administração Pública de buscar a maximização dos gastos com os recursos despendidos, faz com que a busca por mecanismos avaliatórios de políticas públicas seja vista como uma das maneiras de se reduzir dispêndios e assimetrias de acesso à informação, fins estes almejados de forma a tornar as medidas implementadas como algo *accountable*.

A expressão em inglês *accountability* tem sido utilizada na Administração Pública para situações onde se utilizam abordagens próprias do mercado e das relações entre particulares para o campo do setor público. Diante desta forma de pensar, indaga-se: o serviço de educação

básica, serviço este por excelência de responsabilidade do Estado, poderia ser delegado a uma entidade privada? Em caso positivo, será que esta entidade atenderia a demanda pela educação de forma igualitária? E, por fim, será que esta forma igualitária de prestar o serviço público seria uma baliza avaliatória?

A primeira pergunta não merece maiores discussões haja vista a decisão da Suprema Corte que se posicionou favoravelmente à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98. Não pairam mais dúvidas, portanto, acerca da hipótese de poder ou não haver a delegação. Esta dúvida restou sufragada pela decisão judicial, como se verá adiante.

Para tentar responder às demais indagações, passa-se à análise das organizações sociais e sobre a viabilidade de estas substituírem o Estado no atendimento do serviço público educacional.

2 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SUA CONSTITUCIONALIDADE : O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923 /DF

Há décadas que o assunto educação básica é discutido à luz de sua possível privatização. Sendo uma responsabilidade do Estado, consagrada inclusive em nível constitucional por meio dos dispositivos 205 e seguintes da Carta Magna. Trata-se, portanto, de um serviço público representativo de um direito fundamental. Como tal, extremamente importante e delicado de ser prestado pelo Estado.

É normal, desta feita, que todos os debates relacionados à possibilidade ou não de sua delegação sejam acalorados, mercedores de toda a atenção e zelo no esgotamento das variáveis importantes no trato da causa. Assim, independentemente de um posicionamento a favor ou contra esta delegação, é fato que a Suprema Corte julgou em definitivo a matéria tendo adotado uma postura favorável à delegação. Não cabem mais, portanto, se ventilarem hipóteses contrárias a esta medida e sim aceitar a finalização da discussão pelo Judiciário e buscar, da melhor forma, aproveitar o caminho consolidado.

Assim, desde fevereiro de 2016 (data do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal), não resta mais dúvida se as organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, podem ou não explorar diversos serviços públicos nas áreas da saúde, pesquisa e educação.

Devidamente regulamentadas pela Lei nº 9.637/98, as organizações sociais são vistas pelos seus artigos 1º e 2º como pessoas jurídicas de

direito privado, sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção do meio ambiente, cultura e, finalmente, à saúde. Em sua estrutura, constam como requisitos específicos para obter a qualificação de organização social, a comprovação de sua finalidade não lucrativa, a sua natureza social e seus objetivos relacionados à área de atuação. Em seus órgãos de deliberação (conselho), há previsão de que este órgão seja colegiado e composto por representantes do Poder público e de membros da comunidade, todos com capacidade profissional e idoneidade moral.

Por fim, traz ainda a lei o dever de promover a publicação, anual, no Diário Oficial da União, de relatórios financeiros bem como de execução de seus respectivos contratos de gestão.

De acordo com o julgamento proferido pela Suprema Corte, a decisão confirmou a possibilidade da delegação de serviços públicos às organizações sociais. Isto ocorreu com vistas a se confirmar um progresso no pensamento a favor de uma melhoria na prestação/implementação/execução/acompanhamento de políticas voltadas para o atingimento desta necessidade social.

Representa, pois, um avanço seguido com o escopo de evitar um engessamento de políticas públicas valendo-se das vantagens do uso de características ligadas à iniciativa privada. Seria uma forma de se conferir mais agilidade e flexibilidade na consecução deste tipo de atividades em contraponto à burocracia e incompetência administrativa do Estado, sabidamente causas de atraso, demora ou simplesmente inexecução de serviços em patente prejuízo da coletividade.

A própria Carta Magna, segundo a decisão da Corte, em vários momentos autoriza que particulares desempenhem atividades que correspondem ao dever do Estado mas que não sejam exclusivamente públicas. Neste sentido, a educação representaria uma das espécies de atividade econômica de interesse público, ainda que realizada por um particular. Nas palavras do eminente ministro Eros Grau, tratar-se-ia de serviços públicos “não privativos”.

O grande receio que se tinha à época e que normalmente permeia o debate em torno da privatização diz respeito à “mercantilização do ensino” onde, a partir do instante em que o Estado deixasse de cumprir a incumbência *per se*, eventualmente o cidadão hipossuficiente estaria ameaçado. Além disto, o fato de a Lei nº 9.637/98 (ou nº 9.648/98) dispensar a exigência de licitação para a formulação de contrato de gestão com as

organizações sociais fez com que muitas pessoas vissem esta iniciativa de desburocratização como uma brecha para se livrar das formalidades previstas na Lei de Licitações.

O raciocínio por detrás desta “liberdade” seria que o legislador, ao estabelecer os critérios legais e formais para se qualificar uma determinada entidade como detentora do *status* de organização social, estaria cumprindo os princípios administrativos mais importantes insculpidos nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 8.666/93. Nesta toada, a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado para ostentar o título de organização social não seria feita pelo Governo por meio de um ato do Poder Executivo. A participação do Executivo se justificaria por ser tratar de uma entidade vocacionada à absorção de um serviço público que, até então, era proporcionado pelo Estado.

Com a constitucionalidade da aludida lei que criou e regulamentou as organizações sociais, o caminho para a delegação da responsabilidade para alguns serviços públicos foi definitivamente aberto.

3 QUALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO X QUANTIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO PROPORCIONADO

O mote do presente artigo, como dito, é centrado em uma preocupação com formas de avaliação de políticas públicas, em especial com a área educacional. Levando em conta que a delegação restou autorizada, é momento para se debater um pouco sobre que tipo de diretrizes poderiam ser trabalhadas a fim de servirem de instrumento avaliatório para políticas públicas na esfera educacional.

Esta preocupação tem lugar em face de serem diversos os nortes a serem perseguidos e, conforme for a opção escolhida, a avaliação da política pública adotada caminhará em um sentido ou noutro, podendo ser vista por uns como eficiente e por outros como ineficiente.

O tom deste debate é dado, por exemplo, por qual objetivo a ser atingido? Mais pessoas com acesso à educação ou, por outro lado, uma educação com mais qualidade mas que, em face da finitude de recursos, seria para menos pessoas? Uma outra forma de ponderar a discussão seria: a privatização da educação levaria a uma precarização da educação?

Inicialmente, e com vistas a abordar tópicos relevantes à presente discussão, imperativo registrar que invariavelmente as referências avaliatórias normalmente contam com um viés econômico. Assim, é

absolutamente comum e esperável iniciar um debate sobre eventuais mecanismos de avaliação à luz do antagonismo “taxa de retorno” X “gasto público com educação”. Preocupações como entradas, saídas, indicadores de desempenho e resultados de aprendizagem seriam utilizados para colocar em prática processos de tomada de decisão (KONIDARI, 2012).

Veja-se que a lógica das circunstâncias, por sua vez, chama a aplicação do raciocínio econômico já pontuado anteriormente pela expressão *accountability*. Como ficaria, então, a discussão tendo por pano de fundo as regras do mercado?

Algumas experiências mercadológicas como o uso de *vouchers* e de escola *charters* tiveram, ao seu final, resultados controversos ou inconclusivos (KLESS, 2015). Não puderam, portanto, servir de baliza para a avaliação de uma política pública. Um relato das situações será realizado rapidamente com o escopo de amearhar argumentos importantes à presente discussão.

3.1 Sobre os vouchers

Certa vez, ao longo de uma matéria do curso de mestrado onde se analisava o impacto da economia sobre as regras jurídicas e de algumas políticas públicas, um professor indagou se não seria viável que o Governo, ao invés de se responsabilizar pela prestação do serviço na área da educação básica, simplesmente trocasse os investimentos em colégios públicos por recursos a serem proporcionados diretamente a cada cidadão que tivesse filhos em idade escolar para que os genitores agraciados com verba pública pudessem escolher a instituição de ensino privada onde matricular o seu filho.

Tratava-se, naquela ocasião, da ideia presente no sistema de *vouchers* onde cada família receberia uma espécie de “vale” que permitiria aos pais matricular suas crianças em escolas privadas.

Para os defensores deste sistema, a prestação do serviço público estaria sendo garantida haja vista o Estado, ao invés de prestar diretamente e por conta própria a incumbência, viabilizaria recursos para que o serviço fosse prestado por terceiros.

3.2 Sobre as Escolas Charters

As escolas *charters*, por sua vez, seriam organizações de ensino administradas por indivíduos ou grupos de pais, membros da comunidade e até professores. Apesar de financiadas por recursos públicos, teriam autonomia para desempenhar suas funções como melhor lhes aprouvesse tendo, por sombra ou ameaça, o risco de fechamento caso não atingisse objetivos esperados.

Como antecipado anteriormente, seja por um sistema, seja pelo outro, o fato é que não há evidências conclusivas até agora de que uma administração privada seja melhor do que a pública.

A crítica ao sistema de *vouchers* é que ele tenderia a aumentar a desigualdade social na medida em que poderia acabar sendo utilizado por famílias ricas para enviar filhos que já iriam para escolas particulares. Além disto, provavelmente os *vouchers* somente cobririam parte dos custos. As escolas mais baratas, por sua vez, acabariam sendo vistas como repositórios de crianças mais pobres.

Além disto, seria muito provável que a atenção às escolas públicas diminuísse e, mesmo que se criasse uma linha de corte pela renda das famílias para se receber o *voucher*, os resultados até agora obtidos são controversos.

Com relação às escolas *charters*, problemas relacionados às informações desiguais, custos de transporte de alunos e burocracia do sistema foram pontos mencionados e que igualmente comprometeram a análise de uma eficiência entre a administração privada ou a pública.

A segunda hipótese descrita, diga-se de passagem, é a que mais se assemelharia à tendência a ser observada no Brasil em face do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal favorável à prestação de serviços públicos por meio de organizações sociais.

A questão, como se disse, é que qualquer critério avaliatório balizado por matrizes econômicas é, além de controverso, deficiente.

Isto porque os exames de aprendizagem e de desempenho aplicados aos alunos não foram eficientes para atestar a qualidade do ensino privado ou público. A análise quanto à qualidade, portanto, até agora não foi feita de forma definitiva por faltarem dados conclusivos.

A avaliação, como se pode verificar, caminharia para outro rumo: o da quantidade. Nesta outra linha de pensamento, a política pública mais eficiente não seria a que proporciona um melhor aprendizado e sim um

maior número de pessoas com acesso à educação. E, até segunda ordem, parece ser esta a estratégia adotada no caso brasileiro. Programas como o FIES e o PRONATEC, dando exemplos rápidos de instrumentos de políticas públicas, têm se baseado no atingimento de um maior número de participantes sem, no entanto, haver uma preocupação com a qualidade do ensino.

Assim sendo, indaga-se: não estaria havendo uma precarização da educação em um sentido inverso? Ao se basear uma política pública na quantidade de alunos atendidos pelo serviço público (em detrimento de uma qualidade), não se poderia esperar uma piora no atingimento de uma boa educação?

Ao se aliar os objetivos governamentais de atingimento de um maior número possível de cidadãos com a possibilidade da privatização do ensino, ou seja, que organizações sociais explorem atividades educacionais de forma privada, urge a necessidade de políticas públicas de contenção de distorções na medida em que o mercado, por si só, nem sempre é um bom conselheiro. Em outras palavras, a eficiência econômica tão propalada ultimamente no que se refere a mecanismos de avaliação de políticas públicas nem sempre desagua em resultados necessariamente mais eficientes para o corpo social.

À luz do mercado, quanto mais contratos de gestão firmados com as organizações sociais, melhor será para a entidade privada. Seja por *vouchers*, seja por escolas *charters*, ambos financiados com recursos públicos, o fato é que o desempenho de seus estudantes nos testes de amostragem até então realizados são inconclusivos.

Assim, é de fácil conclusão que a falta de mecanismos avaliatórios provoque infastavelmente efeitos deletérios quanto à adoção de políticas públicas. Importará no dispêndio de recursos públicos e alocação ineficiente de grandes somas às custas do prejuízo social em nível nacional.

CONCLUSÃO

A delegação da prestação de serviços públicos com o seu deslocamento da órbita do Estado para entidades privadas foi definitivamente sedimentada pelo Judiciário brasileiro. Se antes esta hipótese era uma dúvida sujeita a diversas discussões acaloradas sobre a “privatização” do ensino, desde o julgamento da ADIN 1.923 /DF esta realidade está presente e deve ser levada em consideração ao se analisar

políticas públicas como, por exemplo, a prestação de serviços de educação básica, como foi o caso deste artigo.

Sendo uma tendência que toma de assalto as políticas públicas, tais critérios economicistas pautados em inspirações descritas pela expressão *accountability* passarão a integrar o cotidiano dos formuladores e gestores dos diversos programas governamentais, mormente no que pertine à adoção/avaliação de políticas públicas.

A questão problemática é, no entanto, que os parâmetros economicistas normalmente utilizados ao se confrontar “taxa de retorno” X “gastos públicos” não se mostram adequados à seara da educação. O contraponto traçado entre qualidade X quantidade tentou representar bem esta parte da discussão. Se por um lado não existem estudos conclusivos quanto à qualidade de serviços públicos educacionais prestados por entidades privadas (mas financiadas pelo Estado), por outro lado, ao se escolher a quantidade, também daí é possível verificar efeitos nocivos de uma precarização da qualidade do ensino.

Ainda assim, e com o escopo de ao menos nortear alguns pontos a servirem de referência para um aprofundamento futuro da questão, é possível notar que a discussão em torno da educação básica, vista como um serviço público, tem apresentado conclusões convergentes dignas de registro. São elas: 1) a delegação da possibilidade de prestação de serviços públicos por entidades privadas não vem mais sendo vista como uma desresponsabilização do Estado; 2) vista como política pública, a ênfase na discussão e preocupação com a prestação de serviços públicos tem se concentrado na educação básica; 3) é recorrente a ideia de que, independentemente do mecanismo avaliatório utilizado, a sugestão é se pautar pela descentralização da tomada de decisões defendendo-se uma gestão local participativa, integrada por professores, pais e alunos, todos com acesso a recursos para pôr em prática mudanças estruturais de governança regionais e nacional; 4) por fim, as expectativas trilham o caminho da busca por uma melhoria na qualidade do serviço e na ampliação do setor privado na educação.

Por fim, e tão somente a título de provocação, fica a lembrança de que na área da educação, “tudo o que conta não pode ser contado e tudo o que pode ser contado, nem sempre conta” (KONIDARI, 2012).

NOTAS

Accountability é uma expressão que gradualmente vem sendo integrada ao setor público como uma forma de pensar as políticas públicas. Em suma, representa um “conceito evasivo, definido de forma diferente segundo o contexto, o ambiente e a disciplina invocados, descreve um conjunto de “ideias e de práticas [...] que buscam, em essência, a aplicação de abordagens do setor privado e dos negócios no setor público” (DENHART, J.V; DENHART, R.B.; 2000, p. 550, apud KONIDARI).

REFERÊNCIAS

ARNESSEN, Erik. **O direito à educação no Brasil: estrutura e legislação do ensino**. Disponível em: < www.acaoeducativa.org.br>. Acesso em 29 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 /DF**. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>>. Acesso em 30 mar. 2016, as 15:15h.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de Política Pública em Direito. Reflexões para um Conceito Jurídico**. Ed. Saraiva_ Unisantos, São Paulo, 2006.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. As Políticas dos Sistemas de Avaliação da Educação Básica do Chile e do Brasil. In: HOCHMAN, Gilberto (org.) **Políticas Públicas no Brasil**./O rganizado por Gilberto Hochman, Marta Arretche e Eduardo Marques – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 327-68 .

KLESS, Steven J. **Privatização da Educação – Experiência dos Estados Unidos e Outros Países**. Revista Brasileira de Educação, v. 20, n. 60, jan-mar. 2015.

KONIDARI, Victoria. **Privatização da Educação Pública – Necessidade Incontestável ou fim de um mito?** Ano 15, n. 20, dezembro 2012.

TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO: A QUESTÃO DA ABOLITIO CRIMINIS COM A NOVA DEFINIÇÃO LEGAL

TRAFFICKING IN PERSONS IN BRAZILIAN LAW: THE ISSUE OF ABOLITIO CRIMINIS WITH THE NEW LEGAL DEFINITION

Artur de Brito Gueiros Souza*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução normativa do crime de tráfico de pessoas no Direito brasileiro. 3. A controvérsia sobre a abolição do crime. 4. Conclusão.

RESUMO: Discorre-se sobre o crime de tráfico de pessoas, considerado tanto como fenômeno em escala global como no Brasil, abordando, em especial, a nova redação dada ao crime pela Lei n. 13.344/2016, com o objetivo de verificar se, com a vigência do art. 149-A, houve *abolitio criminis* de fatos que, na legislação anterior, eram considerados delituosos.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Definição legal. *Abolitio criminis*.

ABSTRACT: *This paper discusses the crime of trafficking in persons, considered both as a phenomenon on a global scale and in Brazil, dealing especially with the new wording given to the crime by Law n. 13.344/2016, with the purpose of verifying that, with the validity of art. 149-A, there were abolitio criminis of facts that, in previous legislation, were considered criminals.*

Keywords: *Trafficking in persons. Legal definition. Abolitio criminis.*

INTRODUÇÃO

Apesar da sua reconhecida gravidade, o tráfico de pessoas recebia um tratamento legal deficitário no Brasil. As formas de traficar pessoas, internamente (considerando a vasta extensão no nosso território e a nossa igualmente enorme desigualdade social) ou para o exterior, estavam definidas de diversas maneiras, tais como crime de redução a condição análoga a de escravo, aliciamento de trabalhador para fins de emigração, crimes de exploração sexual ou de extração de órgãos, ou, ainda, de adoção ilegal de menores. Cuidava-se de condutas tipificadas no Código Penal e na legislação especial, mas sem qualquer sistematização racional.

Não obstante a existência de crimes espalhados em diversas leis, dados oficiais apontavam que, entre os anos de 2005 e 2011, milhares de brasileiros e estrangeiros (a maioria mulheres e crianças) foram vítimas de

* Professor Associado de Direito Penal da UERJ, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Penal pela USP, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Bacharel em Direito pela UERJ, Procurador Regional da República.

tais práticas delituosas.¹ Um dos fatores que contribuiu para os números alarmantes do tráfico de pessoas muito provavelmente foi, justamente, a ausência de uniformização do nosso Direito Penal, à luz das normativas internacionais, com a conseqüente falta de clareza jurídica e impunidade dos integrantes de organizações criminosas especializadas em tão lucrativo “negócio” que envolve a ilícita saída de brasileiros para o estrangeiro e o ilícito ingresso de estrangeiros no Brasil.

Diante disso, e pela adesão do País ao “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas”,² sobreveio a Lei n. 13.344/2016, estabelecendo uma nova política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Além de dar tratamento uniforme a prevenção e repressão desse delito, a Lei n. 13.344/2016, alterando o Código Penal (CP) reuniu as formas de tráfico de pessoas sob uma única definição (art. 149-A) Nestes termos, por força da Lei n. 13.344/2016, os tipos penais dos arts. 231 e 231-A, do CP, que tratavam do tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e do tráfico de pessoas para fim de exploração sexual, respectivamente, foram total e expressamente revogados. As demais incriminações, acima mencionadas, foram parcial e implicitamente revogadas.

Se, de um lado, o legislador agiu bem ao estabelecer uma legislação atualizada e unificada, por outro se iniciou controvérsia a respeito de uma possível abolição do crime (*abolitio criminis*). Isso porque os dispositivos legais anteriores utilizavam-se da estrutura típica de proibir a promoção ou a facilitação do tráfico para fins de prostituição ou exploração sexual. Por sua vez, o art. 149-A, do CP, se vale da estrutura típica mais larga, com oito verbos (agenciar, aliciar, transportar etc.), porém condicionou a existência do crime ao emprego, por parte do agente, de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Enfatize-se que, na legislação anterior,

¹ Cf. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos dados de 2005 a 2011. In https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf, acessado maio 2017.

² Promulgado, no Brasil, por intermédio do Decreto n. 5.017/2004.

não havia essa condicionante, pois o crime se concretizava tão-somente com a promoção do tráfico de pessoas para prostituição.³

Objetiva-se, assim, discorrer sobre essa questão, com vista ao oferecimento de possível solução para a controvertida ocorrência de *abolitio criminis*. Para tanto, faz-se uma breve análise da evolução histórica da tipificação do crime no Brasil. Em seguida, o texto enfrenta a mencionada controvérsia, na busca de uma solução adequada para a eficácia ao combate ao reprovável tráfico humano.

1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO.

Não é possível discorrer sobre a evolução normativa da repressão ao tráfico de pessoas sem iniciar com o tráfico de africanos trazidos, comercializados e subjugados ao atroz sistema da escravidão que existiu desde a nossa descoberta (em 1500) até meados do Brasil Império. Somente por intermédio da Lei n. 581/1850, promulgada por pressões do Império Britânico, é que se tornou proibido o “tráfico de africanos”.⁴ Segundo Nina Rodrigues, provenientes de diversas “nações” e de “culturas distintas”, os sobreviventes das dantescas travessias atlânticas haviam sido capturados entre tribos e culturas então localizadas em Cabo Verde, Moçambique, Guiné Portuguesa, Congo, Sudão, Angola, Costa da Mina, dentre outras

³ Cf. lecionado por Edmilson da Costa Barreiros Jr.: “De toda sorte, não se ignoram as diversas polêmicas do novo texto, que inovou em descrever meios de execução (...mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso...). Isso, para alguns, implicaria redução do jus puniendi por retração do legislador. Dos cinco meios eleitos, três já existiam em redações anteriores e dois (coação e abuso) foram inseridos textualmente.” (BARREIROS JR., Edmilson da Costa. O abuso e a vulnerabilidade no tráfico de pessoas, nos termos da Lei Federal n. 13.344/2016, no prelo).

⁴ Cf. Art. 1º da Lei n. 581/1850: “As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriais do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação é proibida (...), ou havendo-os desembarcado, serão apreendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos. Aquelas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os sinais de se empregarem no tráfico de escravos, serão igualmente apreendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos. (In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm, acessado junho 2017).

regiões da África.⁵ Apesar do tráfico de escravos ter sido proibido em 1850, por paradoxal que possa parecer, a escravidão em si somente foi abolida tardiamente no Brasil, ou seja, em 1888, com a Lei n. 3.353, que ficou conhecida como “Lei Áurea”.⁶

Feito este registro histórico, tem-se que o tráfico internacional de pessoas em tese não submetidas a escravidão ou servidão cuida-se de fenômeno criminológico de longa data no Brasil.⁷ É interessante observar que o compromisso dos países no sentido da sua prevenção e repressão, integrou os primeiros esforços de colaboração em matéria penal. Nesse sentido, foi celebrada a “Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico de brancas”, em Paris (1902), comprometendo-se os países, dentre eles o Brasil, a reformar a sua legislação penal, na conformidade do que fora convencionado. Em cumprimento desse compromisso internacional,

⁵ Cf. RODRIGUES, Nina. Os Africanos no Brasil. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 19. Segundo, ainda, o Autor: “É escusado discutir sobre a data precisa em que começou a introdução de escravos negros no Brasil. De quase meio século antes de seu descobrimento datava o comércio de escravos africanos na Europa, e Portugal era a sua sede. A escravidão negra no Brasil é, pois, contemporânea da sua colonização.” (Idem, p. 15).

⁶ Cf. “art. 1º É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.” (In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm, acessado junho 2017).

⁷ Entre a virada do século XIX para o século XX, milhares de mulheres e crianças, sobreviventes da fome, da pobreza e dos pogroms da Europa, foram “traficadas” para o Rio de Janeiro e São Paulo, numa conexão que partia dos portos de Marselha (França) e de Odessa (atual Ucrânia) e envolvia a passagem por Buenos Aires (Argentina). Elas vinham “abastecer” a demanda masculina por sexo pago, como se se tratassem de meras “mercadorias”, numa atividade criminosa dominada pelos chamados cáptens internacionais. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos jurídico e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 184). Segundo Beatriz Kushnir, a Argentina e, especialmente, a cidade de Buenos Aires, “ficaram conhecidas, entre 1880 e 1930, como o maior centro mundial de comércio da prostituição.” (KUSHNIR, Beatriz. Baile de Máscaras. Mulheres judias e prostituição. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 69). Evaristo de Moraes, por sua vez, em obra escrita ha quase cem anos, dizia que uma das constatações do 5º Congresso Penitenciário de Paris (1895), foi a de que as “desgraçadas vítimas” do tráfico para as mais populosas cidades da América do Sul eram originárias, na sua quase totalidade, da Áustria-Hungria, da Polônia Russa, da Itália, da Romênia e da França. (MORAES, Evaristo de. Ensaios de Patologia Social. Vagabundagem, alcoolismo, prostituição e lenocínio. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1921, p. 323).

foi promulgada a Lei n. 2.992/1915, que, alterando o Código Penal de 1890, tipificou o “lenocínio e o tráfico de mulheres”.⁸

Na forma do art. 278, daquele diploma legal, constituía crime “manter ou explorar casas de tolerância, induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças, a entregarem-se à prostituição, prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistência ou auxílio ao comércio da prostituição. Pena: prisão por um ou três anos, e multa. § 1.º Aliciar, atrair ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o abuso de seu consentimento; aliciar, atrair ou desencaminhar, para satisfazer ás paixões lascivas de outrem, qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim ameaça, violência, fraude, engano, abuso de poder ou qualquer outro meio de coação; reter por qualquer dos meios acima referidos, ainda mesmo por causa de dívidas contraídas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocínio, obriga-la a entregar-se a prostituição. Pena: as do dispositivo anterior. § 2.º Os crimes de que trata o art. 278 e o § 1º do mencionado artigo serão puníveis no Brasil ainda que um ou mais atos constitutivos das infrações neles previstas tenham sido praticados em país estrangeiro.

Algumas décadas depois, com a promulgação do Código Penal de 1940, uma redação mais enxuta foi dada para o crime em questão. Com a rubrica “tráfico de mulheres”, o art. 231 do CP, dispunha: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro. Pena: prisão, de três a oito anos.”

O dispositivo legal do art. 231 do CP vigorou aproximadamente 65 anos até que veio a ser alterado, já no século XXI, pela Lei n. 11.106/2005. Paralelamente a isso, como já antecipado, outras incriminações foram

⁸ No início do século XX, Evaristo de Moraes relatava que “apesar da sinceridade do legislador e das intenções moralmente saneadoras das altas autoridades, não seria lícito contar, nesse e em outros assuntos, com a imparcialidade dos executores subalternos das leis”, recaindo, a repressão do lenocínio e da prostituição, principalmente sobre estrangeiros de origem semita. Conforme as suas palavras: “No que respeita aos exploradores do meretrício, por exemplo, só temos presenciado, até a data em que escrevemos este ensaio, a tendência para perseguir os de raça e religião israelita, os mais peculiarmente conhecidos por cáftens, com absoluta indiferença pelos outros, inclusive os nacionais, tão ou mais perigosos. Nisto, como em outras relações sociais – conclui Evaristo de Moraes –, a igualdade perante a lei cede à conveniências de toda ordem.” (Idem, p. 338-339) (grifos do original).

feitas com o objeto de prevenir e reprimir outras condutas de tráfico de pessoas, muito embora não dirigidos para a finalidade de prostituição. Assim é que o próprio CP foi alterado para melhor regular o crime de redução a condição análoga à de escravo, constituindo tal crime “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Pena: prisão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”⁹

Por sua vez, a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no art. 239, disciplinou o crime de adoção ilegal: “Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena: prisão de quatro a seis anos, e multa.”

A Lei n. 9.434/1997, no seu art. 14, tipificou o crime de remoção ilegal de órgãos: “Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei. Pena: prisão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.”¹⁰

Conforme antecipado, a Lei n. 11.106/2005 deu nova redação ao “tráfico de mulheres”, passando, inclusive, a denominá-lo de “tráfico internacional de pessoas”: “Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro. Pena: prisão, de três a oito anos, e multa. (...) § 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de prisão, de cinco a doze anos, e multa, além da pena correspondente a violência.”

A Lei n. 11.106/2005 ainda introduziu, no Brasil, o crime de “tráfico interno de pessoas”, no art. 231-A: “Promover, intermediar, ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição. Pena: prisão, de três a oito anos, e multa.”

Poucos anos depois, a Lei n. 12.015/2009, alterou, novamente, o Código Penal, dando nova redação, tanto para o tráfico internacional como o interno, retirando-lhes o verbo “intermediar”. Veja-se: “Art. 231.

⁹ Redação dada pela Lei n. 10.803/2003.

¹⁰ Os §§ do citado art. 14, da Lei n. 9.434/1997 tratam de formas qualificadas relacionada com a motivação econômica, as lesões corporais de natureza grave ou mesmo a morte da vítima.

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena: prisão, de três a oito anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: (...) IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.”¹¹

Como dito, a Lei n. 13.344/2016 alterou, mais uma vez, o Código Penal, e deu nova roupagem aos crimes de tráfico de pessoas, unificando-os no art. 149-A, com múltiplos verbos: “Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena: prisão, de quatro a oito anos, e multa.”¹²

Cumpre, ainda, observar, a tendência político-criminal de transferir tipos penais que, no Código Penal, tutelam a dignidade sexual, da parte referente aos “crimes contra os costumes” para os “crimes contra a pessoa”. É o que se pode exemplificar com a figura do rapto violento ou mediante fraude, do antigo art. 219, do CP, que foi depois transportado para o art. 148, inc. V, do CP (uma espécie de sequestro ilegal), por força da Lei n. 11.106/2005. É de se imaginar que, no futuro, todos os crimes sexuais passem a ser catalogados logo no início do Código Penal, no âmbito dos

¹¹ O tráfico interno de pessoas teve redação similar ao tráfico internacional, contendo, naturalmente, as elementares do deslocamento dentro do território nacional.

¹² Segundo o § 1º do art. 149-A, a pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações especiais de parentesco, dentre outras; IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

crimes contra a pessoa, tendo em vista a estreita relação com o princípio maior da dignidade da pessoa humana.¹³

2 A CONTROVÉRSIA SOBRE ABOLIÇÃO DO CRIME.

A atenta leitura da Lei n. 13.344/2016 evidencia o escopo do legislador no sentido de proceder ao enfrentamento do tráfico de pessoas, nas suas mais diversas formas, por um viés interdisciplinar (dignidade da pessoa humana, não discriminação, transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, atenção a vítima e, em particular, a criança e ao adolescente).

Em termos gerais, houve um recrudescimento penal e processual penal para o citado fenômeno, notadamente através da cooperação entre órgãos internacionais do sistema de justiça e segurança pública.¹⁴ Além disso, a Lei previu a adoção de medidas assecuratórias para bloqueio de movimentações financeiras, além da aplicação subsidiária da Lei n. 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), reforço do papel da polícia e do Ministério Público, maior rigor na concessão do livramento condicional, dentre outras providências.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado, ao analisar o (novo) art. 149-A, do CP, observa que o bem jurídico protegido se assemelharia ao do crime de redução a condição análoga à de escravo, isto é, “a liberdade da pessoa humana e, particularmente, sua dignidade pessoal, visto que a vítima, ainda que consinta com o tráfico, o faz mediante violência, grave ameaça, coação, fraude ou abuso, é aqui tratada como mera *res*, como coisa ou objeto, que se leva de um lugar a outro com completo desrespeito à sua integridade moral.”¹⁵

Contudo, uma controvertida técnica legislativa teria sido utilizada na elaboração do tipo do art. 149-A, do CP, conforme se constata da

¹³ Em sentido diametralmente oposto à mencionada tendência político-criminal, a Lei n. 13.445/2017 – Lei de Migração –, ainda em *vacatio legis*, introduziu, no Título referente à tutela da dignidade sexual, o crime de promoção de migração ilegal: “art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro. Pena: prisão, de dois a cinco anos, e multa.

¹⁴ Nesse sentido, o tráfico de pessoas não exige mais o requisito da entrada ou a saída da vítima do território nacional. Todavia, o caráter internacional de um crime dessa natureza dá causa ao aumento da pena (cf. art. 149-A, § 1º, inc. IV, do CP). .

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. II. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 210. .

comparação das estruturas da redação atual do crime com as redações anteriores, acima descritas. Se antes nada era dito acerca da concordância ou não da vítima, da promoção do tráfico contar com a ciência ou não da pessoa que sairia do país para se prostituir,¹⁶ a nova redação alude a que o agenciamento, o aliciamento, o transporte etc. se dê mediante grave ameaça, violência, fraude, coação ou abuso; ou seja, contra a vontade expressa ou tácita da vítima.

Um exemplo hipotético – haurido da experiência profissional do signatário como Procurador da República –, pode ilustrar a compreensão do problema:

Antes da data da vigência da Lei n. 13.344/2016, o indivíduo “A”, sem estar envolvido em organização criminosa, alicia as mulheres “B” e “C”, para a finalidade de exercerem a prostituição em um prostíbulo de beira de estrada em um determinado país da Europa, cientes “B” e “C” da atividade de natureza sexual a que se submeterão em solo europeu, sendo certo que “A” não empregou violência, grave ameaça, tampouco a fraude, providenciando apenas o passaporte, compra de mala, roupas de inverno, alimentação e passagens aéreas (Brasil/Europa) para o voo de “B” e “C”.

Dessa maneira, no caso exemplificado, vê-se que “A”, além de não pertencer a nenhuma organização criminosa, não empregou violência, grave ameaça ou fraude para promover *lato sensu* a saída de “B” e “C” para o exercício da prostituição no estrangeiro. Antes da vigência da Lei n. 13.344/2016, tal fato certamente seria crime (art. 231-A, do CP, acima descrito), funcionado o “emprego de violência, grave ameaça ou fraude” apenas para tornar o crime mais severamente apenado. Portanto, através de uma rápida leitura do art. 149-A, aparentemente tem-se que, de fato, operou-se o fenômeno da abolição do crime (*abolitio criminis*), tornando atípica (não-criminosa) a exemplificada conduta de “A” diante da lei nova.

Entretanto, uma atenção especial deve ser dada às elementares “abuso” e “coação” (aparentemente) introduzidas pela Lei n. 13.344

¹⁶ Cf. “Não importa se ela/ele sabia ou não que iria se prostituir, se ela/ele casou com um estrangeiro por espontânea vontade, se ela/ele concordou em ser transportado(a) para trabalhar em outro estado/país e, quando chegou no local de destino, passou a ser vítima de alguma forma de exploração. O consentimento é irrelevante, pois desinformado, e portanto não válido. (...) A falta de alternativas faz com que estas vítimas, ainda que cientes dos riscos no transporte e em alguns casos desconfiadas das promessas de uma vida melhor em outras cidades/países, entreguem-se à rede de tráfico.” (Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas, cit., p. 8) .

no crime de tráfico de pessoas.¹⁷ Com efeito, no *caput* do art. 149-A, do CP, consta a elementar “abuso”. No caso exemplificado, verifica-se que “B” e “C” contraíram uma dívida com “A” (custas para a emissão dos respectivos passaportes e bilhetes internacionais, além de outras despesas). Abstráida a possibilidade teórica de “filantropia” ou doação “despretensiosa” de dinheiro, é de ponderar se “A” não teria abusado da situação financeira vulnerável¹⁸ das mulheres “B” e “C”, esperando, no mínimo, a devolução dos valores despendidos, a ser feito com o dinheiro obtido com a prostituição.¹⁹

Conforme expresso por Edmilson Barreiros Jr.:

“Não é possível compreender tal elementar [do abuso] típica sem entender que as diversas formas de vulnerabilidade, protegidas pelos Tratados e Convenções Internacionais, estejam nela compreendidas. A vivência do Direito Internacional e do enfrentamento do tráfico humano pressupõe o enriquecimento deste conceito. O direito não deve lutar contra a realidade, quando há interpretação compatível para uma regulação razoável. Descartar a *vulnerabilidade*, que maximiza dos riscos de vitimização pelo tráfico de pessoas, implicaria indevida redução do papel do Estado brasileiro no desforço mundial contra este *crime global*.”²⁰

¹⁷ Segundo Edmilson Barreiros Jr., “o caso sob exame não é tão simples, já que as elementares ‘coação’ e ‘abuso’ não foram inseridas, mas explicitadas, pois eram puníveis e bastante frequentes nos casos regidos pelas leis anteriores.” (BARREIROS JR., Edmilson da Costa. Op. cit., p. 4).

¹⁸ Sobre a questão na vulnerabilidade no âmbito do Mercosul, Ela Wiecko de Castilho assinala que “a região do Mercosul constitui uma região majoritariamente de origem e destino e, em menor escala, de trânsito. Foi observada uma diversidade de fatores de vulnerabilidade que compõem cenários favoráveis à expansão das redes de tráfico, tais como: a) fatores vinculados a dimensões socioculturais, destacando-se a não equidade de gênero, violência de gênero, discriminação de determinados grupos sociais (povos indígenas, afrodescendentes, indivíduos trans); b) fatores vinculados a dimensões socioeconômicas como a exclusão social e a pobreza, o impacto social e os modelos de desenvolvimento existentes na região em que o impacto gerado e a migração do campo para as zonas urbanas; c) fatores vinculados a barreiras migratórias nos países de destino.” (CASTILHO, Ela Wiecko de. Exploração sexual no tráfico de pessoas: (in)definição. In Conceito e tipologias de exploração. Cadernos temáticos sobre o tráfico de pessoas. Vol. 1. Michelle Gueraldi (Org.). Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 152).

¹⁹ A propósito, Luiz Regis Prado explica que o “abuso”, mencionado no crime, deve ser entendido como no caso do agente se valer da “condição de vulnerabilidade da vítima, como no caso de extrema pobreza ou penúria, dramas familiares ou pessoais, luto etc.” (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. II. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 211).

²⁰ BARREIROS JR., Edmilson da Costa. Op. cit., p. 20.

Não se pode descartar, ainda, que, para além do abuso da situação de vulnerabilidade econômica, exista, no caso exemplificado, a “coação”, também prevista na cabeça do art. 149-A, pela Lei n. 13.344/2016. No caso, haveria coação (moral) resistível ou irresistível (o tipo não faz distinção) para que “B” e “C” venham a devolver, com o dinheiro auferido da prostituição, o dinheiro das despesas do aliciamento feito por “A”.

Por intermédio dessas duas elementares (abuso ou coação), ficaria descartada a suposta abolição do crime. Nesse ponto, pode-se retroceder às palavras utilizadas pela primeira incriminação (Lei n. 2.992/1915), mencionada no item anterior, para se interpretar o “abuso”, na lei atual, como sendo similar ao abuso de “fraqueza ou miséria”, bem assim a “coação” como sendo semelhante a coações “por causa de dívidas contraídas”.

De toda sorte, caso se entenda que a sucessão de leis penais se deu sem solução de continuidade normativo-criminal, portanto, sem *abolitio criminis*, é de se observar ter havido *novatio legis in melius*, no que diz respeito às elementares da violência, grave ameaça e fraude do (revogado) art. 231, do CP. Ocorreu, também, *novatio legis in pejus* no que diz respeito às mesmas elementares do (revogado) art. 231-A. Em outras palavras, as penas de três a oito anos de reclusão, aumentadas da metade, do art. 231, do CP, eram maiores do que a pena de quatro a oito anos do art. 149-A, do CP, ao passo que esta se apresenta maior do que as penas de dois a seis anos de reclusão, aumentadas da metade, existentes no art. 231-A, do CP.

3 CONCLUSÃO

Conforme o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas, no mundo inteiro, diversas pessoas têm caído na rede do tráfico. Melhores condições de vida, um melhor emprego, um marido estrangeiro, o sonho de morar em países desenvolvidos e de ter acesso a determinados bens de consumo têm sido nomeados na literatura como as principais razões para que pessoas, em regra vulneráveis, se arrisquem e saiam de seus territórios para outras cidades e países em busca de oportunidades.²¹

Paradoxalmente, no mundo globalizado dos dias de hoje, ao invés de diminuir de intensidade, o tráfico de pessoas se agigantou, notadamente por conta de organizações criminosas transnacionais, que inescrupulosamente exploram as dificuldades decorrentes de desastres ambientais, pobreza, fome, guerras, além de outras calamidades naturais

²¹ Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas, cit., p. 5.

ou produzidas pelo homem. Estabeleceu-se, na atualidade, aquilo que deploravelmente se adjetivou de “escravidão ou servidão contemporânea”, atingindo, em especial, crianças, adolescentes e mulheres.

Dessa maneira, o legislador brasileiro entendeu de promulgar uma legislação mais adequada para a prevenção e repressão do tráfico de pessoas, nas suas mais diversas formas de manifestação. No entanto, e apesar de aparentemente ter havido uma técnica de tipificação diferente daquela observada em incriminações anteriores, tem-se que não procede eventual alegação de abolição do crime, visto que o contexto em que tais ações criminosas ocorrem sempre envolvem “abusos” de vulnerabilidades econômicas ou “coações” morais relacionadas com dívidas contraídas pelas vítimas.

REFERÊNCIAS

BARREIROS JR., Edmilson da Costa. O abuso e a vulnerabilidade no tráfico de pessoas, nos termos da lei federal n. 13.344, de 6.10.2016. In: SCAMPINI, Stella Fátima (Coord.). **Tráfico de Pessoas**. vol 2. Brasília, MPF, 2017. p. 102-127.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Planalto**, Brasília, DF, 7 de set. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Lei nº 581, de 4 de Setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do trafico de africanos neste Imperio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm>. Acesso em: 05 jun 2017.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 4 de fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. **Planalto**, Brasília, DF, 11 de dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.803.htm>. Acesso em: 06 jun 2017.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Planalto**, Brasília, DF, 24 de mai. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 07 jun 2017.

_____. **Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf>. Acesso em: 08 mai 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko de. Exploração sexual no tráfico de pessoas: (in)definição. In: GUERALDI, Michelle (Org.). **Conceito e tipologias de exploração: cadernos temáticos sobre o tráfico de pessoas**. vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 147-167.

KUSHNIR, Beatriz. **Baile de máscaras: mulheres judias e prostituição**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

MORAES, Evaristo de. **Ensaio de patologia social: vagabundagem, alcoolismo, prostituição e lenocínio**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1921.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. vol. 2. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES, Nina. Os africanos no Brasil. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídico e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE PELA DIVULGAÇÃO NÃO CONSENTIDA DE CONTEÚDO SEGUNDO O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

THE VIOLATION OF PRIVACY BY THE UNAUTHORIZED DISCLOSURE OF INTIMATE CONTENT ACCORDING TO RONALD DWORKIN'S PRINCIPLE OF INTEGRITY

Marina Nogueira Resende Silva*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Métodos 3 Discussão. 3.1 Divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento – Pornografia de Vingança. 4 Contexto social e culpabilização da vítima. 5 Resultados - A relação entre o direito à integridade e a cultura de estupro. 6 Discussão. 7 Considerações finais. Referências.

RESUMO: O trabalho visa analisar a relação existente entre a facilidade com que a informação se transmite em uma sociedade globalizada, principalmente por meio da internet, e como este contexto favorece a divulgação de conteúdo íntimo sem que haja consentimento, sob a luz do princípio da integridade de Ronald Dworkin. O tema problema deste trabalho consiste no questionamento sobre de que forma a maioria tomará decisões injustas sobre direitos individuais e como isso afeta as vítimas da Pornografia de Vingança. Para realização da pesquisa, utilizar-se-á o método documental, principalmente por meio de artigos científicos e livros. A imprescindibilidade de coerência em uma sociedade torna importante a busca de métodos para solucionar os casos mencionados de forma satisfatória, fazendo com que o Direito acompanhe o desenvolvimento da sociedade, afastando o contexto social que objetiva e culpa a vítima, possibilitando que casos semelhantes continuem ocorrendo; bem como tentar reduzir a possibilidade da maioria tomar decisões injustas sobre direitos individuais, garantindo os direitos da cidadania. Dessa forma, cria-se uma compreensão mais profunda sobre os comportamentos e entendimentos que culminam nesse tipo de violação, tornando-se mais fácil evitá-los.

Palavras-chave: Integridade. Intimidade. Violação. Cultura. Pornografia de Vingança.

ABSTRACT: *This project aims to analyze the existing relationship between the speed that the information can be transmitted in a globalized society, particularly through the internet, and in what ways this context favors the unauthorized disclosure of intimate content, by the light of Ronald Dworkin's principle of integrity, which considers whether integrity and consistency in a legal system are essential to be considered fair. For this purpose, the problem theme of this work is how the majority will make unfair decisions about individual rights and how does it affect the victims of revenge porn. Thus, the documentary method will be used in this research, especially in scientific articles and books. The indispensability of coherence in society makes it important to look for methods to solve the mentioned cases in a satisfactory way, so that Law can follow the development of society, pushing away the social context that objectifies and blames the victim, allowing similar cases to continue occurring; as well as try to reduce the possibility of the majority making unfair decisions about individual rights, guaranteeing the rights of citizenship. In conclusion, we can develop a deeper comprehension of the behaviors and understandings that culminate this type of violation, making it easier to avoid them.*

Keywords: *Integrity. Intimacy. Violation. Culture. Revenge Porn.*

* Advogada regularmente inscrita na OAB/MG. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pelas Faculdades Milton Campos em Nova Lima/MG, e Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pelas Faculdades Milton Campos.

INTRODUÇÃO

Muito se discute a respeito dos direitos da personalidade, especialmente por se tratarem de direitos de primeira geração. É assunto inerente ao ser humano, surgindo rotineiramente novos temas.

A facilidade com a qual a informação pode ser transmitida em uma sociedade globalizada é impressionante. Seu compartilhamento pode ser feito em grande velocidade, de forma desordenada e sem fiscalização. Um dos mecanismos mais utilizados é a internet. Por meio desta, torna-se fácil a utilização da rede e sua publicidade para propagar discursos de ódio, agressões virtuais, e compartilhar conteúdo íntimo sem que haja o necessário consentimento.

Por conta disto, cabe o questionamento do contexto social em que estamos inseridos e de por que ele favorece esse tipo de comportamento. Em diversos casos, pessoas da sociedade se manifestam favoravelmente aos agressores, acreditando na responsabilização da vítima.

Por outro lado, a divulgação não consentida de conteúdo íntimo é um tema muito atual, com ocorrência de diversos casos em uma frequência considerável. Muitas vezes, são utilizados como forma de revanchismo por um término de relacionamento conturbado ou um trauma sofrido na relação, sendo tal prática conhecida como Pornografia de Vingança.

A questão será analisada sob a luz do princípio da integridade formulado por Ronald Dworkin, no qual há a ponderação se a integridade e a coerência em um sistema jurídico são essenciais para que este seja considerado como justo. Dworkin também analisa a possibilidade de aceitação de restrições constitucionais ao poder democrático, para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão ou outras liberdades importantes.

Por ser assunto de grande importância, o presente texto buscará compreender a conjuntura atual que permite que este tipo de compartilhamento não autorizado ocorra rotineiramente, demonstrando o dano causado às vítimas.

A pesquisa tem grande relevância, tendo-se em vista que o problema narrado além de grave é recorrente em nossa sociedade, demonstrando a primordialidade da mutação do Direito, bem como de sua coerência em uma sociedade que se altera com o passar dos anos, criando novas necessidades, conforme dispõe a teoria mencionada.

A teoria da integridade se entrelaça com a divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento ao nos depararmos com a afirmação de Dworkin de que a maioria tomará decisões injustas sobre direitos individuais.

Pode-se entender como uma forma de liberdade o direito de qualquer pessoa manter sua vida íntima em sua esfera personalíssima, decidindo a respeito de sua exposição. A maioria mencionada, por concepções culturais, diversas vezes decide dispor de forma invasiva dessa liberdade de terceiros.

Essa maioria pode ser descrita não somente pela população que muitas vezes responsabiliza a vítima e é conivente com o comportamento do agressor, mas também pelo legislador, que apesar de lidar com a divulgação de conteúdo íntimo não consentido há diversos anos, ainda não tipificou o crime de forma específica; bem como os julgadores, que por vezes decidem de forma a não solucionar o problema das vítimas, ou deixam de aplicar uma forma de punição e a inibição do crime de forma satisfatória, ou até mesmo compactuar com a conduta do agressor, afirmando existir culpa concorrente da vítima (BRASIL, 2014).

1 MÉTODOS

Para a realização desta pesquisa, o método utilizado é o exploratório e o dedutivo, por meio de análise documental, revisão bibliográfica com coleta e estudo de doutrinas pertinentes sobre a teoria da integridade de Ronald Dworkin e sua aplicação a diversos campos.

Foi realizada a coleta de artigos científicos e dissertações sobre o tema, tanto em obras físicas quanto digitais, a respeito de dignidade e violência sexual, culpabilização da vítima e Pornografia de Vingança; bem como de julgados, que apontam os entendimentos aplicados pelos julgadores em casos de Pornografia de Vingança, e estudo de casos noticiados pela mídia sobre vítimas que sofreram com a prática em questão; por meio de documentação indireta pelo método observacional.

O marco teórico do trabalho é O Império do Direito, de Ronald Dworkin, especificamente sua teoria da integridade.

Tratando-se de tema transdisciplinar, foi realizada pesquisa não somente de cunho jurídico e dogmático, mas social e filosófico, com análise dos direitos da personalidade, com ênfase na proteção à intimidade, os avanços da transmissão de informações, e o contexto social que favorece a prática dos crimes de Pornografia de Vingança.

A primeira etapa deste trabalho foi realizada por meio de estudos de casos concretos relatados pela mídia, principalmente os que ocasionaram o suicídio da vítima ou outros danos irreparáveis. Também foram coletados artigos que retratam a cultura de estupro como uma das causas da Pornografia de Vingança, e em como isso afeta suas vítimas, principalmente mulheres.

Por outro aspecto, foram estudadas obras que tratam da questão do dano moral configurado pela violação da intimidade, para compreender o contexto social que permite a ocorrência de diversos casos de divulgação de conteúdo íntimo não consentido e de que forma isto afeta as vítimas.

Ademais, a segunda etapa desta pesquisa é uma atenção especial à obra de Dworkin no que diz respeito à integridade, assim como a necessidade de coerência no ordenamento jurídico, e as diversas questões de interpretação nas quais estão presentes as convicções sociais sobre justiça.

Por último, a terceira etapa consiste em uma investigação aprofundada sobre a cultura de estupro, que favorece os casos de divulgação não consentida de conteúdo íntimo, e de que forma o princípio da integridade é importante para tentativa de solução do problema em questão.

A pesquisa tem o objetivo de atrelar a teoria da integridade de Dworkin com um problema latente em nossa sociedade: a divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento, também chamada de Pornografia de Vingança.

A necessidade de coerência em uma sociedade torna importante a busca de métodos para solucionar os casos de Pornografia de Vingança de forma satisfatória, fazendo com que o Direito acompanhe o desenvolvimento da sociedade, afastando o contexto social que objetifica e culpa a mulher, possibilitando que diversos casos semelhantes continuem a ocorrer; para tentar reduzir a possibilidade da maioria tomar decisões injustas sobre direitos individuais.

Isto traz benefícios à coletividade e uma compreensão maior sobre quais comportamentos e entendimentos resultam em casos de Pornografia de Vingança, tornando-se, portanto, mais fácil evitá-los.

2 DISCUSSÃO

2.1 Divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento – Pornografia de Vingança

Como mencionado, o desenvolvimento tecnológico facilitou e muito a transmissão de informações e conteúdo. A ferramenta mais utilizada é a internet, que permite o envio de mensagens de texto, imagens ou documentos em questão de instantes.

A facilidade no compartilhamento de dados, bem como o gigantesco número de usuários da internet acarretam em consequências. Foi denominado como Pornografia de Vingança, ou, no inglês, *Revenge Porn*, a situação na qual uma determinada pessoa possui algum tipo de vínculo afetivo com a vítima, e divulga material fornecido na relação de intimidade sem ser devidamente autorizado, buscando se vingar ou humilhar publicamente a pessoa que está sendo exposta.

Muitas vezes este tipo de violência ocorre após término de relacionamentos conturbados, onde uma parte repetidamente ameaça a outra de exposição, caso não aja de determinada maneira, como por exemplo, continuar no relacionamento mesmo após ter manifestado interesse em terminá-lo.

O material que vem a ser compartilhado costumeiramente são fotos ou vídeos gravados pelas partes em momentos de intimidade, ou enviados pela vítima com o intuito de agradar o seu parceiro, em uma relação de confiança, ou qualquer tipo de dado que exponha sua intimidade (SILVA, 2015). Ademais, por vezes o conteúdo é gravado sem qualquer tipo de autorização ou conhecimento da vítima.

A Pornografia de Vingança pode ocorrer contra vítimas de qualquer gênero, mas o enfoque desta pesquisa será em relação à exposição da mulher. São comuns os casos de exposição da mulher, com a intenção de atingi-la em sua esfera moral e psíquica, causando danos muitas vezes irreparáveis.

Marilise Mortágua Gomes em sua monografia “As Genis Do Século XXI”: Análise de Casos de Pornografia de Vingança Através das Redes Sociais”, realizou uma contabilidade e análise de dados em relação à Pornografia de Vingança que são interessantes:

2.2 – Análise dos dados referentes à pornografia de revanche Fundada em 2005 por grupo de pesquisadores, cientistas da computação, professores e advogados, a SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial, que investiga, em parceria com os Ministérios Públicos Estaduais e Federais, a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos na internet.

Em um press release divulgado pela instituição em agosto de 2014, são apresentados os indicadores dos atendimentos relacionados à pornografia de revanche, realizados pelo Helpline Brasil, canal online e gratuito de comunicação que oferece ajuda e orientações para vítimas de diversos tipos de violência online.

De janeiro a junho de 2014, totalizaram-se 108 ocorrências. No mesmo período do ano passado, 2013, foram 39 casos, o que indica um aumento de, aproximadamente, 177% em apenas um ano. E se for realizada a comparação com 2012, os dados também são notáveis: entre janeiro e dezembro de 2012, foram realizadas 48 denúncias, enquanto no mesmo período de 2013, aconteceram 101 denúncias e atendimentos, o que demonstra um crescimento de 110% entre os anos. Tal aumento, não significa, necessariamente, um aumento no número de casos, mas pode estar relacionado a um aumento no número de denúncias, devido a uma maior veiculação de casos semelhantes pela mídia. Também é interessante analisar o perfil das pessoas que entraram em contato com o serviço, entre janeiro de 2012 e junho de 2014, para fazer uma denúncia ou buscar apoio psicológico: mais de 77% das vítimas são do sexo feminino e aproximadamente 88% delas têm entre 13 e 25 anos. Outro levantamento, “Sexting no Brasil – uma ameaça desconhecida”, realizado em 2012 pela consultoria de tecnologia eCGlobal Solutions, com cerca de 2 mil brasileiros maiores de idade, revelou que, os homens são quem mais recebem e compartilham esse tipo de material: 64% dos entrevistados tem o hábito de enviar fotos próprias e de outras pessoas. O mesmo não acontece em relação às mulheres, cujo principal material com caráter sexual enviado são mensagens de texto, sem imagens (72%). Quando questionados sobre se sentiram seguros durante o envio do material, mais uma diferença entre os gêneros: mais da metade dos homens (55%) afirmou que “sim”, já nas mulheres, o percentual foi de 44%. A análise destes dados

permite que a pornografia de revanche seja considerada uma forma de violência de gênero, pois, como foi visto, as vítimas são, de modo majoritário, jovens mulheres. Dessa forma – assim como em estupros, na violência doméstica e em perseguições de cunho pessoal – na Pornografia de Vingança são violados parâmetros legais e sociais para a promoção da igualdade de gênero.

De acordo com o Instituto Safernet Brasil, sexting —é uma palavra originada da união de duas palavras em inglês: sex (sexo) + texting (envio de mensagens). O Sexting descreve um fenômeno recente no qual adolescentes e jovens usam seus celulares, câmeras fotográficas, contas de email, salas de bate-papo, comunicadores instantâneos e sites de relacionamento para produzir e enviar fotos sensuais de seu corpo (nu ou seminú).

Envolve também mensagens de texto eróticas (no celular ou Internet) com convites e insinuações sexuais para namorado(a), pretendentes e/ou amigos(as). (GOMES, 2014, p. 07 e 08).

Analisando estes dados, pode-se concluir que grande parte das vítimas deste tipo de conduta são mulheres, por meio de compartilhamentos realizados por homens. Ademais, pode-se concluir que ou o número de casos ou o de denúncias vem aumentando.

3 CONTEXTO SOCIAL E CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA

A Pornografia de Vingança é discutida em diversos ambientes, tais como encontros sociais, fóruns, redes sociais virtuais etc. Uma das principais consequências na vida da vítima é o *slut shaming*.

Esta expressão é utilizada para se referir de forma pejorativa a uma mulher, com a conotação de promiscuidade socialmente inaceitável, relacionando-a a comportamentos sexuais inadequados, tais como roupas inapropriadas – podendo ser consideradas provocativas -, excesso de maquiagem, comportamento sexual casual, pedido de acesso ao controle de natalidade, ou até em casos de estupro ou agressão sexual (LAMB, 2008).

A denominação é uma consequência da cultura de estupro. Grandes doutrinadores explicam o que significa o estupro, tais como Nucci (2012), para que possamos passar para a conceituação da cultura de estupro:

Trata-se de crime grave, por abranger a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida. O esturador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de lhe invadir a intimidade, por meio de relação sexual forçada, maculando a sua autoestima e podendo gerar danos a sua saúde física e mental (NUCCI, 2012, p.38).

Ademais, Greco (2015) descreve quais as consequências deste tipo de crime sob a vigência da cultura de estupro:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do esturador. A conjugação de todos esses fatores faz com que vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra (GRECO, 2015, p.467).

Sob a circunstância do estupro em si, as mulheres são estigmatizadas. São, diversas vezes, tratadas como criaturas violadas. Podemos, agora, passar a uma das conceituações da cultura de estupro:

A convivência com tal medo e a restrição ao espaço público constitui apenas uma face do crime de estupro enquanto crime de gênero. A tolerância social na qual este delito está imiscuído inverte o ônus da culpa do agressor para a vítima, o que não evidencia o trauma vivenciado, implicando na dificuldade de prestar queixa, no processamento do crime e imposição de pena eficaz. Consolida-se, assim, a dita cultura de estupro (CUNHA FILHO e FERNANDES, 2014, p.6).

Desta forma, pode-se afirmar que a cultura de estupro é o contexto social que permite que mulheres, com comportamento considerado inapropriado ou não, são culpabilizadas por comportamentos agressivos sexuais, inclusive estupros e assédios.

Este tipo de posicionamento se baseia na ideia de que a mulher, em vez de vítima, possui culpa concorrente ou exclusiva, por provocar o homem ou um instinto selvagem que supostamente faria parte de sua natureza, normalizando o comportamento abusivo do agressor.

A responsabilidade vem atrelada muitas vezes as vestimentas das mulheres, ingestão de bebidas alcóolicas ou demais substâncias químicas, comportamento em desacordo com expectativas conservadoras, deslocamento desacompanhado para lugares ermos, dentre outras circunstâncias.

Desta forma, a vítima é apontada como causadora da agressão. Muitas vezes, até a própria mulher, por estar inserida em um contexto onde prevalece este entendimento, passa a se considerar culpada pela agressão que vivenciou.

A cultura de estupro pode ser verificada em julgados. Por exemplo, um magistrado do TJMG reduziu uma indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em primeira instância, para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do voto do revisor, Desembargador Revisor Francisco Batista de Abreu, vencido, em parte, o relator:

A vítima dessa divulgação foi a autora embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria. “N DPS MHA MAE ENTRA AKI... é um dos trechos do diálogo entre eles.

Dúvidas existem quanto a moral a ser protegida.

Moral é postura absoluta. É regra de postura de conduta - Não se admite sua relativização. Quem tem moral a tem por inteiro.

As fotos em momento algum foram sensuais. As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas. São poses que não se tiram fotos. São poses voláteis para consideradas imediata evaporação. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex-namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério. (...)

Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público. Mas, de qualquer forma, e apesar de tudo isso, essas fotos talvez não fossem para divulgação. A imagem da autora na sua forma grosseira demonstra não ter ela amor-próprio e autoestima. Sexo é fisiológico, é do ser humano e do animal. É prazer. Mas ainda assim temos lugar para exercitá-lo. A postura da autora, entretanto, fragiliza o conceito genérico de moral, o que pôde ter sido, nesse sentido, avaliado pelo réu. Concorreu ela de forma positiva e preponderante. O pudor é relevante e esteve longe. E sabia disso, pois reprisou: “N DPS MHA MAE ENTRA AKI... (BRASIL, 2014, online).

Este julgado exemplifica a cultura de estupro e a responsabilização da vítima. Demonstra o entendimento de que a partir do momento que a mulher decidiu fornecer conteúdo íntimo, poderia esperar que este não seria compartilhado. Afirma que não cabe relativização da moral da mulher, “quem tem moral a tem por inteiro”.

Vai mais longe, ao afirmar que o relacionamento entre as partes não seria sério o suficiente para configurar uma quebra de confiança, por não se tratar de “momento íntimo de um casal ainda que namorados” (sic). Relata que não se pode esperar confiança em um relacionamento de um ano, curto, à distância, passageiro, nada sério.

A decisão foi no sentido de culpa concorrente da autora de forma positiva e preponderante. Pode-se verificar os elementos da cultura de estupro: uma tentativa de culpar a mulher pela sua sexualidade, fazê-la se sentir envergonhada.

A decisão do julgador não é isolada. O entendimento de que o comportamento da mulher deve ser recatado e que, caso não o seja, atrai para si qualquer tipo de violência, traz consequências graves. Primeiramente, um abalo social e moral. A vítima se equipara ao agressor. Passa a entender que seu comportamento foi inadequado e que merece ser punida em razão disto.

Não apenas isso, mas em razão da rapidez do fluxo de informações, em pouco tempo grande parte do círculo social da vítima já fica ciente do ocorrido. Inclusive, as fotos podem até “viralizar”, ou seja, se tornarem

virais, aparecerem em diversos tipos de mídias, inclusive impossibilitando o controle de quem teve ou terá acesso ao conteúdo.

4 RESULTADOS - A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À INTEGRIDADE E A CULTURA DE ESTUPRO

Em seu livro *O império do direito*, Dworkin (2007) afirma que a integridade não seria necessária como uma virtude política distinta em um Estado utópico. A coerência sempre estaria garantida, pois as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial:

Na política comum, porém, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais. Pode exigir que apoiemos uma legislação que consideraríamos inadequada numa sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconhecemos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam. Vimos um exemplo desse conflito no último capítulo. Um juiz que esteja decidindo o caso *McLoughlin* poderia considerar injusta a exigência de indenização por quaisquer danos morais. Mas se ele aceita a integridade, e sabe que a algumas vítimas de danos morais já foi concedido o direito à indenização, terá não obstante uma razão para se pronunciar favoravelmente à sra. McLoughlin (DWORKIN, 2007, p.213-214).

Portanto, com a integridade o julgador poderá se utilizar de outros casos concretos para apoiar sua decisão, reconhecendo direitos que primeiramente a sociedade poderia acreditar que seus membros não teriam.

Ademais, de acordo com Dworkin (2002, p. 27-28), o positivismo se apoia em uma teoria geral que tem alguns dogmas centrais e organizadores em seu esqueleto. Dois desses dogmas são essenciais para a análise desta pesquisa:

I. O direito consiste em um conjunto de regras especiais utilizadas pela comunidade, direta ou indiretamente, para determinar padrões de conduta e parâmetros para punição de determinados comportamentos. Tais regras podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de um teste de *pedigree* que as diferencia das regras espúrias;

II. O conjunto de regras mencionado é exaustivo, e o julgador, por meio de seu próprio discernimento, nos casos em que não forem claramente cobertos por uma regra de direito vigente, cria uma nova regra ou suplementa uma que já existe.

Dessa forma, discorre-se que Dworkin propõe uma teoria onde a atividade do julgador não se resume apenas à aplicação de normas, mas uma ferramenta na construção do Direito. Isto é essencial em casos onde não exista previsão legal específica, como no caso da divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento, tendo-se em vista que o aplicador do Direito poderá criar uma nova regra, ou, como dito, suplementar uma existente.

A mutação do Direito e sua coerência é essencial por conta do desenvolvimento da sociedade e das situações que surgem cotidianamente. A vida em sociedade cria novas necessidades.

Dworkin menciona em seu capítulo Integridade (2007), sobre as decisões tomadas pelas instituições:

A maioria dos filósofos políticos – e, creio, a maioria das pessoas – adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas.

Se assim for, então na política corrente devemos às vezes escolher entre as duas virtudes para decidir quais programas políticos apoiar. Poderíamos pensar que a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas sabemos que às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais. Deveríamos perverter a ascendência da maioria, conferindo uma força especial de voto a um grupo econômico, para além daquilo que seus números justificariam, por temermos que a ascendência contínua da maioria viesse a atribuir-lhe menos do que a parte que por direito lhe corresponde? Deveríamos aceitar restrições constitucionais ao poder democrático para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão, ou outras liberdades importantes? Essas difíceis questões se colocam porque a equidade e a justiça às vezes entram em conflito (DWORKIN, 2007, p.215).

Um dos aspectos primordiais da teoria de Dworkin diz respeito à maioria tomar decisões injustas sobre direitos individuais. Ele também relata sobre a aplicação de leis, mesmo em casos onde existe uma incoerência substantiva:

A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros

recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato (DWORKIN, 2007, p. 483).

Pode-se extrair da teoria de Dworkin que a maioria utiliza a equidade para resguardar seu direito de deliberar da forma como entender conveniente. Isto é perceptível no caso da Pornografia de Vingança, bem como as consequências geradas nas vidas das vítimas pela percepção social de um tipo de acontecimento semelhante.

A violência de gênero que as mulheres sofrem por uma mentalidade machista e pejorativa pode ser entendida como uma decisão injusta sobre direitos individuais. A vítima, dentro de sua esfera íntima, escolhe compartilhar com alguém de sua confiança o que quer que seja. Posteriormente, vem a ser humilhada com a divulgação do conteúdo para terceiros sem a sua autorização. Por último, diversos membros da sociedade decidem que a mulher causou seu próprio sofrimento e deve arcar com as consequências, sendo taxada como promíscua, tendo desencadeado a própria situação.

Isto remete a um outro ponto da teoria de Dworkin, no que tange a possibilidade de se impedir a maioria de restringir as liberdades, por meio de restrições constitucionais ao poder democrático. Uma forma de liberdade é a manutenção da vida íntima e privada dentro de sua esfera personalíssima, devendo a própria pessoa ser a única com permissão de expô-la.

Apesar do exposto, a maioria, por concepções culturais adquiridas durante séculos, pode vir a decidir de forma invasiva, ferindo a liberdade de terceiros. Esta maioria não deve ser retratada apenas pelo agressor, mas pela sociedade que prefere responsabilizar a vítima, conivente com o comportamento de quem a agrediu. Ademais, pode ser identificada com o legislador, que observa os casos de Pornografia de Vingança, verifica sua

grande ocorrência, mas não tipifica o crime em específico. Por fim, restam ainda alguns aplicadores do Direito, magistrados que muitas vezes não solucionam o problema das vítimas, tornando o judiciário uma ferramenta ineficiente em casos semelhantes. Estes ainda deixam, por vezes, de aplicar qualquer punição, não contribuindo para a inibição do tipo de crime de forma satisfatória, ou até mesmo compactuando com a conduta do agressor, afirmando existir culpa concorrente da vítima (BRASIL, 2014).

Também em sua obra *O império do direito*, Dworkin (2007) pondera sobre a compreensão de nossas práticas sociais como apropriadas ao modelo de princípio, com o aperfeiçoamento das instituições em um sentido de fraternidade e legitimidade:

Algumas teorias acerca da comunidade ideal defendem essa possibilidade até o fim: desejam ansiosamente que cada cidadão sinta pelos outros emoções tão profundas, e com uma fusão equivalente de personalidades, como as dos amantes, dos amigos mais íntimos ou dos membros de uma família unida por laços afetivos extremamente fortes (DWORKIN, 2007, p.258-259).

Dworkin afirma que um nível de envolvimento como este não seria atraente, e finaliza afirmando que nossas vidas são ricas porque são complexas conforme os níveis e a natureza das comunidades em que vivemos.

No entanto, ainda que seja desnecessário atingir um grau tão alto de empatia, podemos concluir que uma forma mais suave de altruísmo e de compreensão poderia diminuir o impacto da violência de gênero e contribuir para que os casos de Pornografia de Vingança diminuíssem, não só no momento da divulgação pelo agressor, mas pelo contínuo compartilhamento do conteúdo por terceiros.

5 DISCUSSÃO

Em determinados casos de Pornografia de Vingança, o sofrimento é tão intenso que as vítimas não conseguem conviver com a dor, e acabam cometendo suicídio. A título de exemplo, OTONI (2013) mostra que num espaço de 10 (dez) dias, 2 (duas) adolescentes se suicidaram após terem sido vítimas da Pornografia de Vingança.

Não são poucos os casos em que a Pornografia de Vingança causou danos irreparáveis na vida das vítimas. As consequências afetam muito mais do que a moral da mulher. Sua vida inteira sofre alterações: passa a ser percebida como uma pessoa diferente em seu meio social e profissional.

Pode inclusive perder o emprego. Lida com situações problemáticas com a família, e por fim, ainda precisa ouvir críticas e deboche de desconhecidos.

Em diversas situações onde imagens e vídeos íntimos são compartilhados sem autorização, terceiros recebem, inclusive sem requisitar, o conteúdo por meio da internet. A mulher tem seu grau mais privado de intimidade violado de forma permanente. A gravidade do problema se intensifica com a atribuição de culpa à vítima. Além de ter que cuidar de seu próprio sofrimento, precisa se defender de terceiros que entendem que sua conduta foi inapropriada. A violência de gênero e a percepção da mulher como uma figura de menor importância gera diversas manifestações, como por exemplo, o movimento He For She¹ criado dentro da ONU Mulheres, uma organização das Nações Unidas dedicada à igualdade de gênero e ao empoderamento das mulheres.

Estes movimentos aumentam a percepção social quanto aos problemas gerados e servem como fonte de incentivo para diversas mulheres que passaram por isso ou ainda passarão, mas não se resumem aos casos de violência sexual. Abrangem todos os casos de violência contra a mulher, em qualquer esfera, e são muito importantes para que os índices de violência possam ser diminuídos, evitando severos transtornos psicológicos, físicos, e até o óbito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de análise de diversas jurisprudências sobre violação de intimidade sem consentimento, doutrinas sobre direitos da personalidade e violência à dignidade sexual, assim como casos noticiados pela mídia, e a penalização atualmente aplicada aos casos de Pornografia de Vingança que são levados à apreciação do Poder Judiciário, pode-se discorrer sobre o enorme prejuízo acarretado na vida social, profissional e saúde mental das vítimas, sobretudo mulheres.

A divulgação de conteúdo íntimo sem autorização é um assunto praticamente inesgotável, bem como a violência de gênero. A teoria da integridade de Dworkin traz um vislumbre da necessidade de coerência na sociedade, principalmente pela considerável velocidade de suas mutações.

A pesquisa demonstrou a necessidade de aprofundamento da percepção das majorias e de suas decisões, e principalmente em como elas podem afetar a vida de milhares de pessoas. Outras teorias

¹ Maiores informações em (<http://www.heforshe.org/>).

filosóficas, não só as de Dworkin, podem aumentar o esclarecimento da sociedade a respeito do tema.

O enfoque do presente trabalho foi analisar de que forma a maioria toma decisões injustas sobre direitos individuais e como isso afeta as vítimas de Pornografia de Vingança. Foi possível observar que a coletividade impacta de forma direta não somente na identificação do nível de culpa do ofendido em casos semelhantes, mas na percepção da gravidade da conduta praticada pelo agressor, e interfere no tratamento direcionado à vítima após a lesão da intimidade, podendo-se concluir que a maioria, de forma direta e indireta, decide de forma injusta sobre direitos individuais e personalíssimos nesse tipo de violência.

Os resultados explicitam a imprescindibilidade do Direito acompanhar a vida em sociedade. Isto inclui o combate à violência de gênero e suas consequências. A legislação aplicada, que em casos semelhantes protege direitos da personalidade, e, por vezes, aplica sanções penais aos agressores, tais como sanções de crime de injúria e difamação, é perceptivelmente branda em comparação às lesões causadas. Ademais, a reação da coletividade às vítimas desse tipo de violência agrava as violações, em razão da atribuição de conotação pejorativa à própria mulher e sua sexualidade.

A partir do momento em que passamos a identificar a situação da violência de gênero como um problema latente da sociedade, podemos utilizar as teorias de Dworkin para identificar a necessidade de transformação do Direito para alcançar as novas situações que vem surgindo, assim como a Pornografia de Vingança. Esta é uma implicação teórica dos resultados encontrados.

Ainda, os magistrados poderão aplicar as normas existentes até que seja criado de forma eficiente uma sanção específica para este tipo de agressão. Enquanto isso, os movimentos de conscientização contra a violência de gênero e o empoderamento feminino têm um papel social essencial como mecanismo de alerta e inibição para casos semelhantes, de forma a diminuir as possibilidades de a maioria tomar decisões

injustas sobre direitos individuais, sendo estas as implicações práticas dos resultados desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. **Apelação cível. Corpo feminino. Fotos de partes íntimas. Divulgação pela internet. Autoria incerta. Danos morais. Dever de indenizar.** *Participação efetiva da vítima. Indenização diminuída.* AC nº N° 1.0701.09.250262-7/001. Apelante: Fernando Ruas Machado Filho. Apelada: Rubyene Oliveira Lemos Borges. Relator: Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira. Uberaba, 27 de junho de 2014. Disponível em <http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2014/07/Juris_Revenge-Porn_TJMG_culpa-concorrente-vitima.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto, FERNANDES, Leonísia Moura. Violência sexual e culpabilização da vítima: sociedade patriarcal e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Congresso Nacional do CONPEDI**, 23, 2014, João Pessoa. Anais... João Pessoa: CONPEDI, 2014, p. 283-302.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Marilise Mortágua. **As Genis do século XXI”: análise de casos de Pornografia de Vingança através das redes sociais**. 2014. 68f. Monografia (graduação em Comunicação Social/Jornalismo) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/RJ.

GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**, volume 3, 12ª ed. rev. ampl. e atualizada, Editora Impetus, Niterói, 2015;

LAMB, Sharon. **The ‘Right’ Sexuality for Girls. Chronicle of Higher Education**. [S.l.: s.n.] 54 (42): B14–B15. ISSN 0009-5982, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OTONI, Isadora. **Pornografia de revanche: em dez dias, duas jovens se suicidam**. Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2013/11/21/revenge-porn-divulgacao-de-fotos-intimas-culmina-com-suicidio-de-duas-jovens/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba. Ed.: Juruá Editora, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová Santos. **Dano Moral da Internet**. São Paulo: Ed. Método, 2001.

SILVA, Helena Corrêa de Oliveira Domingues da Silva. **Tutela Constitucional da Pri-vacidade Ante as Novas Tecnologias: O caso do Revenge Porn**. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/38053/tutela-constitucional-da-privacidade-ante-as-novas-tecnologias-o-caso-do-revenge-porn#ixzz3oeewmZhN>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

VILLAR, Luciana Terra. **Revenge porn e o suicídio feminino**. Disponível em <http://www.onovelo.com.br/revenge-porn-e-o-suicidio-feminino/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BIG DATA E OPEN DATA VS. PRIVACIDADE: CONSTITUIRIA A FERRAMENTA TECNOLÓGICA EM UMA INVASÃO À PRIVACIDADE?

BIG DATA AND OPEN DATA VS. PRIVACY: WOULD IT CONSTITUTE THE TECHNOLOGICAL TOOL IN AN INVASION TO PRIVACY?

Maria Salles Coelho Mello Franco*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1. Big data e Open Data - O que são? 2. Big data e Open Data Vs. Privacidade; 3. Benefícios trazidos pelo big data e open data; 4. Reações do mundo Jurídico ao possível conflito entre big data e open data Vs. Privacidade; Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa até que ponto o big data e open data invadem a privacidade de usuários da internet. Dessa maneira, será organizado da seguinte forma: inicialmente o assunto será contextualizado, trazendo uma breve descrição sobre que é big data e open data. Em seguida, abordaremos os possíveis problemas que o mecanismos podem gerar à privacidade dos usuários de internet. Posteriormente, benefícios trazidos por esses instrumentos tecnológicos serão analisados. Em seguida, demonstraremos qual vem sendo a resposta jurídica para o contexto e, por fim, as considerações finais.

Palavras-chave: Big data. Open data. Privacidade. Internet.

ABSTRACT: *This paper analyzes the extent to which big data and open date invade the privacy of Internet users. In this way, it will be organized as follows: initially it will be contextualized, bringing a brief description of what is big data and open date. Then we discuss the possible problems that the mechanisms can generate the. privacy of Internet users. Later, benefits brought by these technological tools will be analyzed. Then we demonstrate what has been the legal response to the context and finally, the final considerations .*

Keywords: *Big data. Open data. Privacy. Internet.*

INTRODUÇÃO

Em 1949 o renomado autor inglês, George Orwell, publicou o romance ‘1984’ que descrevia uma sociedade sob regime autoritário onde os seus habitantes eram monitorados e controlados de perto pelo Estado com o auxílio da alta tecnologia. O enredo mostra como os protagonistas lutavam contra a falta de privacidade e tentavam se rebelar contra o sistema em que estavam inseridos.

* Mestranda em Direito da Regulação pela FGV DIREITO RIO; Participou de pesquisa no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law em Heidelberg, Alemanha, como visiting scholar (2016); Bolsista FAPERJ; Pesquisadora do CJUS (Centro de Justiça e Sociedade) da FGV DIREITO RIO. Possui graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (2014).

Essa narrativa foi reconhecida mundialmente e foi muito importante no universo literário. Além disso, demonstrou-se relevante para outros setores sociais que também abordavam questões relacionadas à privacidade. Por exemplo, inspirados nessa obra foram criados reality-shows como o Big Brother - que se espalhou por diversos países. Além disso, debates sobre a privacidade individual vieram a tona, especialmente relacionados ao mundo tecnológico, como na discussão sobre o monitoramento de vias públicas por câmeras de segurança 24 horas.

Hoje em dia, o possível cenário de 1984 imaginado por Orwell - de falta de privacidade auxiliado pelo uso de tecnologias - parece ainda ser atual trinta e um anos mais tarde. Ocorre que de alguns anos para cá, o setor tecnológico vem evoluindo aceleradamente - em determinados casos bem mais rápido do que a reação do mundo jurídico, por exemplo. Por essa razão, para fins desse estudo, analisaremos o embate entre o Direito à privacidade e a evolução tecnológica, contextualizada na temática sobre a utilização da ferramenta de big data e open data.

Mais especificamente, o presente trabalho pretende expor linhas gerais para analisar se podemos considerar que o big data e open data invadem a privacidade de usuários da internet. Dessa maneira, será organizado da seguinte forma: inicialmente o assunto será contextualizado, trazendo uma breve descrição sobre que é big data e open data. Em seguida, abordaremos os possíveis problemas que os mecanismos podem gerar à privacidade dos usuários de internet. Posteriormente, benefícios trazidos por esses instrumentos tecnológicos serão analisados. Em seguida, demonstraremos qual vem sendo a resposta jurídica para o contexto e, por fim, as considerações finais.

1 BIG DATA E OPEN DATA - O QUE SÃO?

Em um cenário onde a cada vez mais os indivíduos se utilizam da internet para se relacionarem, pagarem contas, realizarem compras, fazerem pesquisas etc., a geração de informação disponibilizadas pelos usuários online é vasta. O processamento de tais informações pode contribuir para o desenvolvimento econômico e incentivar a inovação. Dessa maneira, para iniciarmos o debate aqui proposto resta necessário descrever brevemente o que seriam as ferramentas denominadas de big data e open data. Cumpre ressaltar que existe uma linha tênue que diferencia ambas.

Big data seriam dados de usuários da internet coletados por algumas empresas de tecnologia (como o *Facebook*, *Google*, *Amazon*, *Visa*, ...) capazes de traçar o perfil e comportamento dos consumidores por meio de algoritmos matemáticos. Tais algoritmos associam grandes volumes de dados coletados, interpretando os mesmo e prevendo tendências de maneira extremamente veloz e variadamente.¹ Dessa maneira, é muito mais eficiente do que ter especialistas analisando e interpretando a base de dados.

A base de dados provém das informações de cadastro dos usuários das mídias sociais, sites de compra e também sites de busca. Esses dados são vendidos para empresas com interesses comerciais nesses consumidores².

Open data, por sua vez, seria o modo como o big data é disposto na internet. O big data pode estar disponível somente para as empresas que controlam os dados, que podem utilizá-los para interesses privados. Assim os consumidores não tem acesso sobre como as informações disponibilizadas por eles mesmo são utilizadas por essas Sociedades, e, por isso, não tem o menor controle sobre elas. Desse modo, o open data mitigaria essa questão já que transforma tais dados em público. Permite, assim, que mais pessoas acessem os perfis de comportamento traçados - como os próprios consumidores e o governo - disseminando a geração de conhecimento³. Ademais, existe o argumento de que o open data é mais democrático, pois por serem os dados público, permite o acesso de todos e garante maior controle sobre como os mesmos serão utilizados⁴.

O open data pode ser estimulado por uma política pública e instituído pelo Estado, ou também pode ser incentivado pelas próprias empresas privadas que se utilizam do big data. Empresas privadas fornecendo tais dados publicamente já podem ser vistas no Reino Unido e nos Estados Unidos, por exemplo⁵.

¹ CETAX. Curso de big data. Disponível em: <<http://www.cetax.com.br/big-data?gclid=COjJo-OpsYCFYcdgQodF94OVA>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

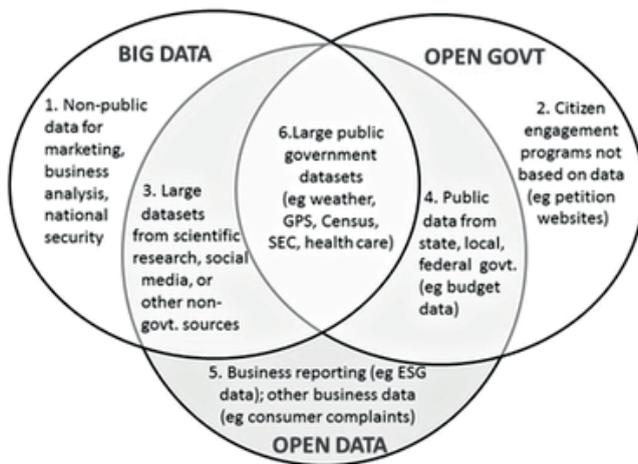
² SILVIA, Rosa. Examining Brazil's Draft Data Protection Law. Nearshore Americas. Publicado em: 21 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.nearshoreamericas.com/examining-brazils-draft-dataprotection-law/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

³ SODRÉ, Luciana. Open data: como dados e redes estão mudando tudo. Disponível em: <<http://bigdatarevolution.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁴ BIG data and open data: what's what and why does it matter?. The Guardian. Publicado em: 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/public-leaders-network/2014/apr/15/big-data-open-data-transform-government>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁵ Idem.

O diagrama⁶, abaixo, demonstra a diferença aqui disposta resumidamente:



Em síntese, é possível dizer que o big data não necessariamente é open data e vice versa. Além disso, o open data também pode ser disponibilizado por empresas privadas e não somente pelo Estado.

Da mesma maneira que a utilização do big data e open data pode promover o desenvolvimento econômico e inovação, como será apresentado na parte III, já sinalizava George Orwell que a má utilização da tecnologia poderia invadir a privacidade alheia. Nesse contexto, cumpre apresentar o embate existente entre a utilização dos dados provenientes do big data e open data e o Direito a privacidade, conforme abordaremos a seguir. A questão central controversa sobre a temática parece se pautar na “má utilização da tecnologia” pelas empresas quando se apropriam de tais informações de maneira considerada indevida.

2 BIG DATA E OPEN DATA VS. PRIVACIDADE

A utilização do big data e open data pode levantar diversas controversas sobre a apropriação de informações pessoais de usuários da internet por empresas de alta tecnologia. Além dos consumidores muitas vezes não saberem nem que tais empresas se apropriam de seus dados

⁶ NEW big data vs open data: mapping it out. Open data now. Publicado em: nov. 2013. Disponível em: <<http://www.opendatanow.com/2013/11/new-big-data-vs-opendata-mapping-it-out/#.VYwerlVViko>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

privados e confidenciais, tais controversas acentuam-se pelo fato de não ser claro quais informações serão utilizadas pelas empresas, o modo que isso será feito e nem mesmo por quanto tempo os dados ficariam disponíveis na internet.

Muitos defensores do big data e open data dizem que os padrões criados pelos algoritmos desses instrumentos tecnológicos, de certo modo não invadem a privacidade alheia pois, por não identificarem as pessoas e sim somente padrões de comportamento, seriam impessoais. Se de fato tais dados forem impessoais, algumas pessoas não veem problema na utilização dessas informações. Entretanto, ainda assim resta relevante investigar se essa afirmativa seria verdadeira e também é pertinente a indagação sobre o modo com que tais informações serão utilizadas - se comercializadas para uns e não para outros, por exemplo - e o tempo em que essas informações ficam à disposição dessas empresas. Abordaremos a seguir alguns casos em que a problemática caracterizou em invasão da privacidade dos consumidores.

No ano de 2012 nos Estados Unidos o pai de uma menina fez uma reclamação à loja de departamento, *Target*, que enviara a sua filha de dezessete anos cupons de descontos em produtos infantis, como berços, fraldas etc. Segundo o pai, o envio de tais cupons era absurdo já que poderia atuar como um incentivo para que a sua filha engravidasse. Ocorre que, naquele caso, a loja de departamento descobriu antes mesmo do pai que a sua filha já estava grávida. A *Target* concluiu pela gravidez da menina pelo fato da mesma comprar produtos online como cremes sem perfume e antialérgicos e outros produtos associados. E assim, uma vez identificado tal padrão começou a enviar cupons de desconto em produtos relacionados a maternidade: tinham descoberto o público alvo para os mesmos. O caso foi considerado invasivo à privacidade, pois o envio dos cupons deliberadamente pela loja de departamento gerou constrangimento às partes envolvidas⁷.

O caso acima disposto pode ser emblemático para demonstrar o embate aqui discutido. Não menos importante, vemos também a

⁷ Para saber mais sobre o caso ver: LUBIN, Gus. The incredible story of how target exposed a teen girl's pregnancy. Business Insider. Publicado em: 12 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/the-incredible-story-of-how-target-exposed-a-teen-girls-pregnancy-2012-2>>. Acesso em: 29 jun. 2015. E ELLENBERG, Jordan. What's even creepier than Target guessing that you're pregnant?. Slate. Publicado em: 09 jun. 2014. Disponível em: <http://www.slate.com/blogs/how_not_to_be_wrong/2014/06/09/big_data_what_s_even_creepier_than_target_guessing_that_you_re_pregnant.html>. Acesso em: 29 jun. 2015.

preocupação de indivíduos com o que ficou denominado de “a nova bomba do *Google*”⁸ - o serviço ‘*Now on Tap*’. Trata-se de um serviço disponibilizado ao sistema *Android* que permite acesso do *Google* a todos os aplicativos instalados no celular. Assim, por exemplo, se um indivíduo se comunica com outro pelo *Whatsapp* e menciona o nome de um restaurante, caso algum deles queira saber mais informações basta clicar no nome do estabelecimento, ativar o ‘*Now on Tap*’, e a busca será feita automaticamente. Esse dispositivo permite que o *Google* mantenha sua posição dominante como site de buscas em um contexto de aplicativos e, além disso, com que ele trace comportamentos dos seus usuários.

Além do serviço acima mencionado, mais uma vez o *Google*, além do *Facebook*⁹, parecem também estar no centro dos debates quando o assunto é a utilização de dados dos seus usuários¹⁰. Alegam que ambos os sites utilizam de informações dos seus consumidores para melhorar o sistema de anúncios dos mesmos. Em relação ao *Google* além dos dados de cadastro ele também rastrearía o conteúdo dos e-mails de todas as contas do *gmail* para essa finalidade¹¹.

Nesse contexto, poderia essa utilização de dados aqui mencionada ser considerada utilização indevida dos mesmos? Até que ponto poderiam constituir em invasão à privacidade dos usuários? Tais indagações não tem respostas óbvias, mas parecem ser centrais para posteriormente se pensar em uma resposta jurídica na proteção dos indivíduos contra o que Orwell demonstrava ser má utilização da tecnologia.

A resposta a essas indagações também é importante para que a reação jurídica à problemática não seja excessiva. Caso contrário, um desincentivo ao desenvolvimento seria gerado, pondo fim a todos

⁸ TOPOLSKY, Joshua. A ferramenta que o Google acabou de anunciar é uma bomba. InfoMoney. Traduzido por Paula Zogbi. Publicado em: 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/bloomberg/tecnologia/noticia/4071720/ferramenta-que-google-acabou-anunciar-uma-bomba>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁹ DAMARTINI, Marina. Não adianta se esconder, o Facebook vai encontrar você. Exame. Publicado em: 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/nao-adianta-seesconder-o-facebook-vai-encontrar-voce>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁰ MANS, Matheus. Tudo o que o Google e Facebook sabem sobre você está aqui. Estadão. Publicado em: 12 mai. 2015. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/veja-tudo-o-que-google-efacebook-sabem-sobre-voce/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹¹ GOOGLE admite que analisa emails de usuários para vender anúncios. Estadão. Publicado em: 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/google-admite-que-analisa-emailsde-usuarios-para-vender-anuncios/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

os benefícios que o big data e open data podem trazer à sociedade. A seguir, abordaremos alguns benefícios trazidos pela a utilização desses instrumentos de análise de dados.

3 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELO BIG DATA E OPEN DATA

Conforme já mencionado anteriormente, a cada vez mais utilizamos da tecnologia para interagirmos. A tecnologia online foi capaz de integrar as pessoas por meio das redes sociais, sites de todas as espécies - acessível a todos que queiram se cadastrar neles. Existem sites e aplicativos de relacionamentos, como o *Facebook*, de buscas de música online, como o *Spotify*, de monitoramento do trânsito, como o *Waze* e dos mais diversos assuntos que podemos imaginar.

Assim, ressalta-se que a quantidade de informação que esses sites e aplicativos podem gerar é demasiadamente vasta, e a disseminação da mesma pode reduzir custos de transação em qualquer negociação da sociedade. Além disso, a utilização de instrumentos que analisam a base de dados e associam as informações permite que a sociedade consiga prever demandas futuras, antecipando-se e precavendo-se das mesmas.

Se ainda restam dúvidas que os instrumentos tecnológicos de análise de dados podem trazer inúmeros benefícios à sociedade, cumpra nesse momento esclarecer tais incertezas. Abordaremos, a seguir, casos onde o setor de saúde melhorou os seus serviços em razão de conseguirem monitorar o comportamento da população.

Em relação a utilização de dados estruturados pelo big data e open data no setor da saúde, temos como exemplo o caso de controle da epidemia de dengue no Paquistão¹². O ano de 2011 trouxe para a cidade de Lahore o pior surto de dengue jamais visto naquela região. Ocorre que nos anos de 2012 e 2013 o cenário foi diverso, graças a utilização dos dados pelo big data e open data coletados pela utilização dos smartphones, e providenciados pela universidade de tecnologia da informação de Punjab. A sistemática instituída relacionava as informações coletadas pelos usuários e foi capaz de identificar em que localidades os focos dos mosquitos estavam presentes. Essa sistemática baseou-se no exemplo visto nos Estados Unidos para a contenção da gripe H1N1.

¹² Para mais informações ver: PENTLAND, Alex. Big data & healthcare. WISH - World Innovation Summit for Health. Publicado em: 2013. Disponível em: <<http://www.wish-qatar.org/summits/wish-2013/forums-research-chairs/big-data-healthcare/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

Exemplo similar também relacionado a utilização do open data com a contenção de doenças pode ser observado no *Google*, que por meio da página “https://www.google.org/denguetrends/intl/en_us/” mapeia focos de doenças como a dengue ou gripes, através da assimilação de informações coletadas pelo o seu sistema de busca¹³. A constatação feita pelo auxílio do big data e open data é muito mais rápida do que a feita anteriormente sem a utilização desses instrumentos, portanto, quando o assunto diz respeito ao combate a disseminação de doenças é muito mais eficiente no controle das mesmas.

No entanto, os benefícios trazidos pela utilização do big data e open data não se restringem somente a assuntos relacionados à saúde. Muitos defendem que essas ferramentas também beneficiarão os setores relacionados ao planejamento energético, de segurança, financeiro¹⁴, será capaz de melhorar cenários de crises econômicas¹⁵, além de aperfeiçoar o trânsito de algumas cidades, prever fraudes sistêmicas etc. - A quantidade de informação disponibilizada pela análise de dados é tão grande que não seria nem mesmo possível enumerar todos os setores que se beneficiariam com o uso do instrumento.

Conforme mencionado, muito embora o big data e open data tragam inúmeros benefícios à sociedade, eles possivelmente também trazem alguns prejuízos no que tange a privacidade dos usuários da internet. Nesse sentido, o sistema jurídico poderia apresentar soluções para essa problemática. Assim deveria ser capaz de concomitantemente proteger os consumidores de uma possível invasão a privacidade provocada pelo big data e open data, mas ao mesmo tempo não restringir demasiadamente essas ferramentas para não inibi-las.

¹³ Para mais informações ver: PREIS, Tobias; MOAT, Helen Susannah. Adaptive nowcasting of influenza outbreaks using Google searches. The Royal Society Publishing - Royal Society Open Source. Publicado em: 19 out. 2014. Disponível em: <<http://rsos.royalsocietypublishing.org/content/1/2/140095>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁴ FHOM, Hervais Simo. Big Data: Opportunities and Privacy Challenge. In: Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data. Philipp Richter (Org.). Baden-Baden: Nomos, 2015. Disponível em: <<http://www.nomos-elibrary.de/index.php?dokid=390116&page=1&v=a>>. Acesso em: 29.06.2015.

¹⁵ CRISE econômica pode ser oportunidade para Big Data. TI Bahia. Publicado em: 14 jun. 2015. Disponível em: <http://www.tibahia.com/tecnologia_informacao/conteudo_unico.aspx?c=NEWS_NEG&fb=B_FULL&hb=B_CENTRA&bl=LAT1&r=NEWS_NEG&nid=34602>. Acesso em: 29 jun. 2015.

4 REAÇÕES DO MUNDO JURÍDICO AO POSSÍVEL CONFLITO ENTRE BIG DATA E OPEN DATA VS. PRIVACIDADE

Demonstraremos, nesse momento, tentativas do mundo jurídico mitigar as possíveis conflitos gerados pela utilização dos instrumentos tecnológicos e o cuidado com a privacidade. É relevante mencionar que essas medidas vem sendo debatidas mundialmente e ainda não há entendimento pacífico sobre a temática. Nesse cenário, abordaremos brevemente algumas tendências observadas, questionando sobre qual seria a melhor resposta jurídica sobre a questão.

Muitos especialistas entendem que de fato o big data pode levantar questões controversas já que os dados permanecem nas empresas que se apropriam deles, sem informarem sobre a sua utilização para os consumidores¹⁶. Nesse sentido, para que as empresas não façam uso indevido dos mesmos, aconselham que o big data seja transformado em open data.

Conforme demonstrado anteriormente, o open data transforma os dados em público, aumentando o acesso de pessoas aos mesmos e sendo mais transparente quanto ao modo de utilização das informações coletadas. Assim, entendem que o open data é um mecanismo mais democrático, transparente e seguro¹⁷¹⁸. Além disso, por permitir que as análises dos dados sejam acessadas publicamente, seria mais eficiente em termos de disseminação de informação, incentivando mais inovações e desenvolvimento econômico. Ademais, seria mais fácil rastrear a fonte de determinada informação, sendo, portanto, mais confiável¹⁹.

Se a solução inicial do problema for transformar o big data em open data, novos questionamentos surgiriam a partir daí. Por exemplo, sobre o grau de “openness” dos dados, ou, também em como esse processo deveria ser feito. Alguns propõem que as empresas de tecnologia disponibilizem uma espécie de formulário de consentimento dos consumidores indicando se concordam que as informações por eles fornecidas seja assimilada e utilizada para pesquisas futuras²⁰. No entanto, o desenho desse formulário

¹⁶ SODRÉ, op. cit.

¹⁷ Idem.

¹⁸ WHY open data?. Open data handbook. Disponível em: <<http://opendatahandbook.org/guide/en/why-open-data/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁹ OUR guides. Open Data Institute. Disponível em: <<http://theodi.org/guides/what-open-data>>. Acesso em: 29 jun. 2015..

²⁰ SILVIA, op. cit.

seria muito importante para que não acarrete em muitos custos para as empresas tornando-se inviável e demasiadamente burocrático²¹.

Outro ponto sugerido é que as empresas indiquem por quanto tempo terão acesso aos dados, sendo necessário que, caso o consumidor delete o seu cadastro em algum site, todas as informações por ele fornecidas sejam apagadas²². Além desse, outra sugestão seria dar créditos sobre de onde aquela informação foi coletada, auxiliando o rastreamento da mesma²³. Também há quem diga que a solução seria regular a utilização dos dados coletados e que uma agência reguladora específica para esse fim deveria ser criada²⁴.

No Brasil, especialistas também discutem a melhor resposta jurídica para o assunto. Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5344 de 2013 (“PL”) que “dispõe sobre diretrizes gerais e normas para a promoção e exploração da atividade de computação em nuvem no País. O PL tem preocupação específica com a privacidade dos usuários da internet, conforme disposto no art. 2º, inciso IV do mesmo²⁵. Entretanto, o último andamento do processo de avaliação do PL ocorreu em 31.01.2015 onde foi decidido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados que o PL restaria arquivado²⁶.

²¹ Idem.

²² SILVIA, op. cit.

²³ OUR..., op. cit.

²⁴ SILVIA, op. cit.

²⁵ O art. 2º, inciso IV do PL dispõe que: “A computação em nuvem é regida pelas seguintes diretrizes: (...) IV- Reconhecimento da privacidade, intimidade e proteção dos dados e da propriedade intelectual: necessidade de adoção de medidas que reconheçam e que promovam a proteção dos dados de forma clara e transparente em especial aqueles relativos à privacidade, intimidade, em atendimento à garantia constitucional e legal garantindo proteção à propriedade intelectual.”.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5344/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=570970>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando à indagação inicial desse estudo - se a má utilização do big e open data invadem a privacidade - algumas considerações finais distintas devem ser traçadas. Para fins didáticos, enumeraremos tais caminhos a seguir. De antemão, podemos ressaltar que, por enquanto, não existe uma conclusão uniforme sobre a temática.

1) Se partirmos do pressuposto da existência de um problema gerado pela utilização do big data e open data no que tange a proteção à privacidade, acreditando que esse problema acarreta em “má utilização da tecnologia”, e que a melhor solução para tanto seria fortalecer a proteção à privacidade, por meio de institutos jurídicos, devemos considerar que: possivelmente, a evolução de instituições jurídicas ocorre em passos mais lentos do que a evolução tecnológica. Assim, há de se ter especial atenção para que a solução trazida pelo Direito não nasça ultrapassada e, do mesmo modo, que ela não seja excessivamente opressora.

Desse modo, como proposição para análises mais aprofundadas, acredito que a resposta jurídica para ser atual, e, do mesmo modo, significativa ao longo do tempo deve somente fixar padrões mínimos de conduta a serem observados pelas empresas que fazem uso dos instrumentos de análise de dados - ou, em outras palavras, deve criar *standards*. Além disso, uma possível análise de custo e benefício também poderia ser avaliada quando instituída normas a esse respeito.

2) O cenário seria diverso se considerarmos irrelevante a existência de tal embate. A sociedade de hoje em dia está muito mais acostumada com a exposição nas mídias do que antigamente. Por exemplo, um breve questionamento feito em sala de aula [do mestrado], constatou que muitos alunos não viam problema no fato das empresas de alta tecnologia se apropriarem de dados disponibilizados pela internet para identificarem padrões de comportamento - independentemente se elas informavam que estavam fazendo uso de dados individuais dos usuários e o modo como seriam utilizados. Entretanto, uma pesquisa mais aprofundada sobre essa questão deverá ser realizada.

Portanto, outro ponto relevante para estudos futuros seria analisar a sensibilidade dos consumidores no que tange o assunto abordado, ou seja, avaliar até que ponto eles sentem que a sua privacidade foi invadida. De repente, tal questão não é nem mais considerada controversa. Assim, os conceitos jurídicos - tal como privacidade - devem se atentar para a

constatação mencionada. Se eles também não evoluírem ao longo do tempo, debates como aqui presente, já nascem ultrapassados...

Em síntese, não se sabe ao certo qual seria a melhor medida para lidar com o assunto. Possivelmente, a melhor abordagem para o momento atual seria observar como a questão se portará nos próximos anos e adotar medidas laterais na eventualidade de conflitos insurgentes.

REFERÊNCIAS

BIG data and open data: what's what and why does it matter?. **The Guardian**. Publicado em: 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/public-leaders-network/2014/apr/15/big-data-open-data-transform-government>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5344/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=570970>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

CETAX. **Curso de big data**. Disponível em: <<http://www.cetax.com.br/big-data?gclid=COjJo-OpsYCFYcdgQodF94OVA>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

CRISE econômica pode ser oportunidade para Big Data. **TI Bahia**. Publicado em: 14 jun. 2015. Disponível em: <http://www.tibahia.com/tecnologia_informacao/conteudo_unico.aspx?c=NEWS_NEG&fb=B_FULL&hb=B_CENTRA&bl=LAT1&r=NEWS_NEG&nid=34602>. Acesso em: 29 jun. 2015.

DAMARTINI, Marina. Não adianta se esconder, o Facebook vai encontrar você. **Exame**. Publicado em: 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/nao-adianta-seesconder-o-facebook-vai-encontrar-voce>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

ELLENBERG, Jordan. What's even creepier than Target guessing that you're pregnant?. **Slate**. Publicado em: 09 jun. 2014. Disponível em: <http://www.slate.com/blogs/how_not_to_be_wrong/2014/06/09/big_data_what_s_even_creepier_than_target_guessing_that_you_re_pregnant.html>. Acesso em: 29 jun. 2015.

FHOM, Hervais Simo. Big Data: Opportunities and Privacy Challenge. In: **Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data**. Philipp Richter (Org.). Baden-Baden: Nomos, 2015. Disponível em: <<http://www.nomos-elibrary.de/index.php?dokid=390116&page=1&v=a>>. Acesso em: 29.06.2015.

GOOGLE admite que analisa emails de usuários para vender anúncios. **Estadão**. Publicado em: 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/google-admite-que-analisa-emailsde-usuarios-para-vender-anuncios/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

LUBIN, Gus. The incredible story of how target exposed a teen girl's pregnancy. **Business Insider**. Publicado em: 12 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/the-incredible-story-of-how-target-exposed-a-teen-girls-pregnancy-2012-2>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

MANS, Matheus. Tudo o que o Google e Facebook sabem sobre você está aqui. **Estadão**. Publicado em: 12 mai. 2015. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/veja-tudo-o-que-google-efacebook-sabem-sobre-voce/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

NEW big data vs open data: mapping it out. **Open data now**. Publicado em: nov. 2013. Disponível em: <<http://www.opendatanow.com/2013/11/new-big-data-vs-opendata-mapping-it-out/#.VYwer1VViko>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

OUR guides. **Open Data Institute**. Disponível em: <<http://theodi.org/guides/what-open-data>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

PENTLAND, Alex. Big data & healthcare. **WISH - World Innovation Summit for Health**. Publicado em: 2013. Disponível em: <<http://www.wish-qatar.org/summits/wish-2013/forums-research-chairs/big-data-healthcare/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

PREIS, Tobias; MOAT, Helen Susannah. Adaptive nowcasting of influenza outbreaks using Google searches. **The Royal Society Publishing - Royal Society Open Source**. Publicado em: 19 out. 2014. Disponível em: <<http://rsos.royalsocietypublishing.org/content/1/2/140095>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

SILVIA, Rosa. Examining Brazil's Draft Data Protection Law. **Nearshore Americas**. Publicado em: 21 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.nearshoreamericas.com/examining-brazils-draft-dataprotection-law/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

SODRÉ, Luciana. **Open data**: como dados e redes estão mudando tudo. Disponível em: <<http://bigdatarevolution.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

TOPOLSKY, Joshua. A ferramenta que o Google acabou de anunciar é uma bomba. **InfoMoney**. Traduzido por Paula Zogbi. Publicado em: 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/bloomberg/tecnologia/noticia/4071720/ferramenta-que-google-acabou-anunciar-uma-bomba>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

WHY open data?. **Open data handbook**. Disponível em: <<http://opendatahandbook.org/guide/en/why-open-data/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

LOUK HULSMAN E O ABOLICIONISMO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA

LOUK HULSMAN AND PENAL ABOLITIONISM: CRITICAL ANALYSIS OF THEORY

Vinícius Wildner Zambiasi*

Paloma Marita Cavol Klee**

Hugo Siqueira de Souza***

SUMÁRIO: Introdução. 1 – HULSMAN e o colégio interno: experiência(s) fundamental(is). 1.1 – Da experiência ao pensamento: derivações teóricas. 2 – A teoria abolicionista de LOUK HULSMAN. 2.1 – Breves e prévios apontamentos. 2.2 – “Qual abolição?” e as críticas ao sistema penal. 2.2.1 – Mídia, “homem médio” e expansão do Direito Penal. 2.2.2 – Burocracia e divisão de trabalho. 2.2.3 – A (inexistente) concepção ontológica de crime e as cifras negras. 2.2.4 – Seletividade, estigmatização e legitimidade do sistema. 2.3 – “Qual liberdade?": sugestões alternativas e algumas prognoses. 3 – A teoria abolicionista de LOUK HULSMAN transportada à realidade brasileira, seu contributo à Justiça Restaurativa e a suscitação de algumas críticas. 3.1 – A atualidade das críticas tecidas por LOUK HULSMAN. 3.2 – A influência de LOUK HULSMAN na Justiça Restaurativa. 3.3 – Críticas direcionadas ao abolicionismo radical de HULSMAN. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar de modo expositivo e crítico a teoria abolicionista de Louk Hulsman, a partir de “Penas Perdidas”, única obra lançada pelo autor. Após, busca-se apontar a compatibilidade da teoria com a prática vivenciada na realidade luso-brasileira, suas principais contribuições para o sistema atual, e também algumas das principais críticas direcionadas ao mestre holandês.

Palavras-chave: Abolicionismo. Criminologia. Descriminalização. Louk Hulsman. Portugal.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to study in an expositive and critical way the abolitionist theory of Louk Hulsman, from “Peines Perdus”, the only work published by the author. After, it is sought to point out the compatibility of the theory with the lived practice in the Portuguese-Brazilian reality, their main contributions to the current system, and also some of the main criticisms directed at the Dutch master.*

Keywords: *Abolitionism. Criminology. Decriminalization. Louk Hulsman. Portugal.*

* Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014), especialização em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016) e é mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018).

** Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo.

*** Universidade de Coimbra.

INTRODUÇÃO

“A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 310-311).

Embora o garantismo penal – que encontra em LUIGI FERRAJOLI um dos seus maiores expoentes – e abolicionismo apresentem substanciais divergências entre si, esta célebre passagem da obra do mestre italiano é bastante pertinente para ilustrar alguns dos porquês da crítica e contundente teoria de LOUK HULSMAN.

Desde o surgimento da criminologia marxista, que interpreta o delito como produto do sistema capitalista, até as posteriores indagações sobre os aspectos irracionais e classicistas dos processos de criminalização, a criminologia crítica é incumbida de estudar a reação social ao crime e o funcionamento das instâncias formais de controle.

Dito isso, em meados de 1970 e no âmago da criminologia crítica surge o abolicionismo penal¹, que representa o agrupamento de novos criminólogos que questionam a concepção ontológica do delito (LAURRANI, 2000, p. 197-198) e o próprio sistema penal, reorganizando a discussão sobre política criminal e criminologia a partir de uma nova perspectiva crítica (HULSMAN, 1989, p. 91-93).

Neste contexto, LOUK HULSMAN – um dos principais nomes do abolicionismo penal – publicou em conjunto com JACQUELINE BERNAT DE CELIS a obra intitulada de “Penas Perdidas”², único título

¹ O termo “abolicionismo” não é utilizado no país de origem do autor, uma vez que a Holanda não passou pela experiência da escravidão (e posterior abolição) como o Brasil.

² Obra inspiradora de diversas pesquisas acadêmicas e produções bibliográficas, destaca-se especialmente a contribuição para o livro “Em busca das penas perdidas” (a qual o próprio HULSMAN definiu como “a mais interessante e mais entendedora de todas as revisões que o livro recebeu”), onde EUGENIO RAÚL ZAFFARONI adapta os preceitos de “Penas Perdidas” para o contexto social da América Latina.

em que o autor discorre acerca da sua perspectiva abolicionista (AGUIAR E SALLES, 2011, p. 60), e que servirá de fundamento basilar para a elaboração do presente estudo.

Deste modo, objetiva-se com este trabalho compreender o caminho evolutivo percorrido pelo sistema retributivo de justiça até o seu panorama atual, bem como analisa-lo criticamente a partir da perspectiva fenomenológica e radical do professor holandês, dando especial atenção às suas críticas e sugestões, sem olvidar a trajetória pessoal e acadêmica de HULSMAN, que representa parte imprescindível do desenvolvimento da sua teoria.

Por fim, utilizaremos a metodologia empírica de análise de dados oriundos de órgãos oficiais, a fim de ampliar a dimensão da pesquisa, aliando críticas e apontamentos do abolicionismo com a realidade vivenciada em Portugal e no Brasil.

1 – HULSMAN E O COLÉGIO INTERNO: EXPERIÊNCIA(S) FUNDAMENTAL(IS)

Por experiência fundamental não se quer denotar, aqui, o fator exclusivo e determinante de todo o pensamento de um autor. Com efeito, o próprio HULSMAN (1993, p. 30) afirmou que “a evolução da minha visão de mundo - e, portanto, do meu olhar sobre o sistema penal - é necessariamente paralela à minha evolução pessoal interior”. Seria, portanto, uma simplificação imperdoável considerar que todo o pensamento de um intelectual, que decorre de complexos fatores psíquicos e de uma longa trajetória de estudos, pudesse ser determinado por uma só experiência. Podemos, entretanto, falar de algumas circunstâncias primeiras da vida sem as quais, provavelmente, as notas fundamentais da sua construção teórica não se teriam observado³.

Sobre os primeiros anos de sua vida, HULSMAN (1993, p. 21) refere ter desenvolvido alguns problemas de consciência por ter sido criado em uma região da Holanda marcada por rígida doutrina católica. Foi considerado por seus pais uma criança difícil, sendo, muito provavelmente em razão disso, levado ao internato católico, que diz tê-lo marcado

³ Nesse ponto, vem a calhar as poéticas palavras do político e diplomata brasileiro JOAQUIM NABUCO (2004), líder brasileiro responsável por um outro abolicionismo: o da escravidão. Em seu livro de memórias *Minha Formação*, afirmava que “o quadro da vida muitas vezes não passa de um traço da própria infância, sendo o eu um simples feixe dos primeiros deslumbramentos da consciência”.

profundamente⁴. Para se ter ideia mais aproximada da experiência, é necessário ter em vista o modelo de educação pelo internato vigente no início do século XX.

Esse padrão foi um elemento relevante da análise de FOUCAULT (2014, p. 164) em sua pesquisa sobre o nascimento do sistema prisional. Segundo o pensador francês, no objetivo de imposição do adestramento e docilização dos corpos, o internato passara a ser visto “como o regime de educação, se não o mais frequente, pelo menos o mais perfeito” no séc. XIX em diante, tomando aos poucos, segundo a sua palavra, cada vez mais a forma conventual. Ao analisar, por exemplo, a prisão de Mettray para jovens infratores, cuja data de criação FOUCAULT identifica com a do próprio nascimento do sistema prisional contemporâneo (1840), traz à colação as palavras do inspetor daquele lugar, segundo o qual “o isolamento é a melhor forma de agir sobre a moral das crianças”, porque seria nessa condição, sobretudo, “que a voz da religião, mesmo que nunca lhes tenha falado ao coração, recupera todo o seu poder de emoção”.

Inobstante o evidente paralelismo entre o modelo celular monástico e o penitenciário que FOUCAULT descreve⁵, para o filósofo, o objetivo final, no contexto moderno, seria distinto daquele propugnado pelas ordens religiosas. A imposição das disciplinas, as quais consistiam numa “arte do corpo humano”, visaria apenas à “formação de uma relação que, no mesmo mecanismo, o torna [o corpo] tanto mais obediente quanto mais útil, e inversamente” – projeto que se diferenciava bastante do ideário medieval. Como afirmou FOUCAULT (2014, p. 164), essas disciplinas eram “(...) diferentes do ascetismo e das disciplinas de tipo monástico”, porquanto estas últimas tinham mais a finalidade de garantir “renúncias do que garantir o aumento de utilidade” e, embora implicassem em obediência a outrem, tinham como principal objetivo “um aumento do domínio de cada um sobre o próprio corpo”.

Pode-se imaginar, com grande chance de acerto, que a mentalidade utilitária do corpo também estivesse presente naquele pequeno internato

⁴ Com efeito, a experiência no colégio interno marcou tão negativamente o autor, que chega a afirmar que à época pensava ter sido submetido a ele por seus pais como forma de punição.

⁵ Como também demonstra Cézár Roberto BITENCOURT, “ (...) o conceito de pena medicinal (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepende-se” (BITENCOURT, Cézár Roberto. Falência da Pena de Prisão - Causas e alternativas, pg.33). Desse modo, a concepção moderna de prisão-pena, em oposição a prisão-custódia, prevacente na antiguidade, derivou diretamente do sistema claustral eclesiástico da Idade Média.

em que HULSMAN fora confinado. Todavia, a ele devia estar associado outro aspecto relevante, propriamente moderno, qual seja: aquilo que FOUCAULT (2014, p. 163) chamava de “controle das mínimas parcelas da vida e do corpo”, próprio desses espaços educativo-prisionais religiosos. Ao citar o *Traité sur les obligations des frères des écoles chrétiennes*, de J-B. de La Salle⁶, evidencia FOUCAULT (2014, p. 341) que até os pequenos gestos, inclusive os mais insignificantes, eram objeto de atenção e controle pelos educadores.

É mister lembrar que vigorava, então, o paradigma eclesiástico anterior ao Concílio Vaticano II. Segundo os ensinamentos tradicionais da Igreja da época, não poderia haver salvação eterna fora do catolicismo, conforme o famoso brocardo: “*extra ecclesia nulla salus*”. Condenava-se, pois, o ecumenismo, a tolerância e a liberdade religiosa como enganações demoníacas. A ideia de que cada um seria livre para “abraçar e professar aquela religião que ele, guiado pela luz da razão, julgar verdadeira” foi considerada um erro da modernidade, inclusa no famoso “*Syllabus Errorum*” do papa Pio IX (1864)⁷. Portanto, via-se com grande desconfiança o livre pensamento. HULSMAN (1993, p. 20) relata que inculcavam nos alunos “a estranha ideia de que havia umas pessoas eleitas e outras não”, ou seja, de que apenas os católicos poderiam livrar-se da condenação eterna, problema que o angustiava imensamente⁸.

A revolta contra aquele ambiente, completamente fechado e violador da livre expressão individual, irá lançar as bases psicológicas imprescindíveis à sua crítica ao sistema prisional. Naturalmente, um espírito em ebulição como a do jovem autor não poderia adequar-se àquele rígido padrão de conduta moral e fechamento intelectual. Segundo HULSMAN (1993, p. 22 e 32), “nessa etapa da minha vida, realmente senti

⁶ “Como é perigoso negligenciar as coisas pequenas. É uma reflexão muito consoladora, para uma alma como a minha, pouco dada às grandes ações, pensar que a fidelidade às coisas pequenas pode, por um progresso sensível, elevar-nos à santidade mais eminente”.

⁷ Outro erro era o de que “o Pontífice Romano pode e deve conciliar-se e transigir com o progresso, com o Liberalismo e com a Civilização moderna”. Por essas concepções pode-se perceber o grau de fechamento intelectual em que se encontrava a Igreja pré-conciliar. .

⁸ Um exemplo que comove de modo particular, do efeito dos temores da vida após a morte sobre o psiquismo de uma criança, é relatado por ele durante a entrevista: “(...) era possível ganhar 60 dias, rezando tal oração; e, indo à igreja no Dia de Todos os Santos, qualquer um poderia ser totalmente perdoado... Ainda me lembro de um certo 1º de novembro.... Fazia um tempo lindo! Será que eu poderia ir brincar, ou deveria cumprir esta penitência que dava a absolvição total? Tantas almas gemendo no purgatório! Como passear nos bosques, se eu poderia salvá-las”? (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 22).

a dominação totalitária de um sistema institucional que fechava as portas a qualquer outro modo de pensar”, o que resultou em isolamento total, pois, “como os outros se acomodavam, eu acabava sem amigos”. Experiência que agravava ainda mais o sentimento de rejeição relacionado à sua família.

Todavia, foi nesse tempo de que HULSMAN (1993, p. 22) teve a oportunidade de, por conta própria, iniciar os estudos no campo da teologia moral. Com efeito, o objeto dessa disciplina, o ato humano, não era encarado pelos teólogos sob a perspectiva da psicologia moderna (não incorporava, portanto, os avanços da psicanálise), mas restringia-se a uma concepção voluntarista⁹, a partir da qual o homem, conhecendo os preceitos morais religiosos e tendo livre-arbítrio, seria obrigado a cumpri-los, sob pena das sanções divinas. Esse estudo foi imprescindível para o desenvolvimento do seu senso crítico, tendo começado a vislumbrar a diferença existente entre o que lia e as realidades extraídas nas experiências vividas¹⁰. Isso o fará recusar o voluntarismo, que está na raiz da noção penal ontológica da culpabilidade:

Como a maioria das pessoas, fui educado para apreender o social segundo um código voluntarista. O discurso político e o discurso jurídico nos impelem a ver o social deste modo, presumindo-se a introdução de uma certa intencionalidade nos processos sociais e sua conformidade com tal intencionalidade (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 38).

Esse progresso interior leva-o, então, a um grande impulso de libertação: não aguentando a repressão colegial, HULSMAN (1993, p. 34) foge do internato e volta a casa, e recusa-se definitivamente a retornar ao internato. Posteriormente, ingressa no externato do liceu, organizado por padres franciscanos, onde experimenta, pela primeira vez, o “sentimento de se abrir”.

Em paralelo aos estudos, aquele jovem que “devorava livros” avança nas suas leituras filosóficas, passando a questionar a filosofia

⁹ Assim se exprimiria o juízo axiológico sobre a ação humana: “(...) Duas faculdades concorrem no acto humano: inteligência e vontade. Por outra, são indispensáveis as duas condições da razão e do livre arbítrio, para a moralidade de um acto” (BOULANGER, 1955, p. 17).

¹⁰ Pode-se imaginar, embora ele não exprima isso diretamente, o controle da castidade que deveria ser exercido sobre os alunos. Como HULSMAN (1993, p. 34) afirma, o sistema em que ele foi educado “(...) descarta a pessoa, o sujeito, e nega a importância da afetividade, ou, melhor dizendo, não dá a esta uma linguagem para se exprimir”. Em outras palavras, nega-se a importância do desenvolvimento afetivo-sexual na educação.

escolástica em que fora criado – o que terá, também, uma influência definitiva na sua obra posterior. Com efeito, esta filosofia baseia-se no axioma da realidade ôntica dos objetos de conhecimento, cujas essência e existência independe do sujeito cognoscente, porquanto derivam diretamente da própria realidade divina imutável¹¹. Em outras palavras, HULSMAN (1993, p. 20 e 34) diz que “na ideologia escolástica, tudo é ordenado por Deus e quaisquer definições são dadas de uma vez por todas”, afirmando ter sido educado em um sistema escolástico fundado na objetividade, que desprezava o sujeito.

Ora, essa concepção criteriológica clássica está na base do sistema punitivo. No livro *Penas Perdidas*, HULSMAN (1993, p. 32-35 e 68) a prisão de “filha da escolástica”, e defende que “o componente ideológico do sistema da justiça criminal está ligado à cosmologia da teologia escolástica medieval”, a qual pressupõe um ponto de observação absoluto, onisciente e onipresente (Deus), do qual derivam as regras morais, e em referência ao qual “os adeptos do discurso do sistema da justiça criminal são levados a se identificar”. Assim, por meio da obra de MARLEAU-PONTY é que o pensador holandês começa a dar importância “ao que há de subjetivo no conhecimento”, compreendendo que “o ato de conhecer encerra um vínculo, o vínculo entre o objeto que é conhecido e aquele que conhece, e que aquilo que chamamos de ‘realidade’ é esta interação”.

Alguns anos depois, começa a Segunda Guerra Mundial. Nessa época, o autor integra a força de resistência contra a ocupação da Alemanha Nazista, quando diz ter tido as experiências mais significativas, depois do internato. Segundo HULSMAN (2012, p. 140-141), é o momento em finalmente desmistifica o funcionamento do Estado, desenvolvendo um sentimento de ceticismo em relação às instituições, com base nas transformações sofridas pelo aparelho de estado holandês para adaptar-se às exigências do invasor nazista, a ponto de ter sido ele preso e enviado a um campo de concentração pela própria polícia holandesa - oportunidade em que verificou que leis e estruturas, que em tese deveriam proteger o cidadão, podem facilmente contra ele se voltar.

¹¹ “Na filosofia aristotélico-tomista, Deus é conceituado como ato puro. Isso significa que em Deus não há nenhuma possibilidade de mudança ou movimento. Com efeito, é aberrante supor que o Ser absolutamente perfeito possa mudar, quer para melhor, quer para pior, pois isso significaria uma aquisição ou uma perda de perfeição. O Ser Absoluto é, e não pode vir a ser ou deixar de ser. Daí Deus se definir a Moisés dizendo: “Ego sum qui sum” (FEDELI, 2009, p. 122).

Após a experiência na guerra, aplica-se aos estudos em Direito na Universidade de Leyden e exerce, paralelamente, militância no movimento contestador da Igreja dos Países Baixos na década de 40, atuando em jornais que estavam à em contraposição à hierarquia católica. Isso terá grande influência em sua obra, chegando HULSMAN (1993, p. 35) a afirmar que o seu “trabalho de desinstitucionalização do estado é, na verdade, uma réplica daquele trabalho em relação à Igreja”.

Em seguida, HULSMAN (1993, p. 10-11) exerce atividades no Ministério da Defesa dos Países Baixos, como presidente do Comitê Europeu para Problemas Criminais, em Estrasburgo, e do Ministério da Justiça holandês, através do qual trabalhou num projeto de Código Militar Europeu e de um Regulamento Europeu de Ajuda Mútua Judiciária, passando a compreender melhor o sistema de criação e aplicação da lei penal.

Por fim, o ápice da estruturação do seu pensamento teve início em 1964, quando passou a ministrar aulas de Direito Penal na Universidade de Rotterdam, tendo maior contato com pesquisas empíricas e enfoques não jurídicos¹². Desta forma, o autor refere ter finalmente amadurecido sua visão global sobre a justiça criminalidade, verificando gradativamente a ausência de lógica própria deste sistema, bem como o fato de ser operado independentemente dos problemas das pessoas envolvidas, resultado que as respostas dali extraídas não possuam nexos com os questionamentos e conflitos postos em causa, chegando, por fim, ao ideal abolicionista.

1.1 Da experiência ao pensamento: derivações teóricas.

De todo o exposto, percebe-se que as experiências vividas desempenharam importante papel, não somente na teoria abolicionista, mas em toda a vida e trajetória de HULSMAN. Com efeito, parece lícito concluir que:

a) Através da experiência prática do internato, HULSMAN pode intuir a crueldade e a ineficácia do projeto totalitário de “redenção” através da pena privativa de liberdade;

b) Através do estudo e da crítica à teologia moral, passou a rejeitar o voluntarismo e as teses racionais sobre o livre-arbítrio, o qual fundamenta

¹² Foi a partir de pesquisas empíricas realizadas em meados da década de 1970 que o HULSMAN (1993, p. 25-26) percebe que o sistema penal representa um papel nonsense na sociedade, diante da (quase) impossibilidade de emitir uma decisão (pena) legítima, proporcional ou justa, considerando os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal, ideia a qual foi sendo construída progressivamente.

a noção ontológica – lastreada no senso-comum - de culpabilidade, e a consequente justifica a aplicação da pena;

c) Através da crítica à metafísica escolástica, refuta o objetivismo estrito, que descarta o sujeito, bem como o puro abstracionismo lógico, do qual deriva o juízo de subsunção penal;

d) Através da sua atividade na resistência holandesa, percebeu a fragilidade ideológica do Estado e das instâncias formais de controle, os quais podem estar a favor ou contra os seus próprios cidadãos, ao sabor do exercício do poder efetivo, e inobstante a manutenção das “aparências”, ou seja, das estruturas meramente procedimentais.

Assim, fica claro que HULSMAN - como ele próprio afirmou - encontrou o extrato mais substancial do seu pensamento nas experiências, interiores e exteriores, que viveu na sua adolescência e juventude, as quais fizeram com que o autor estivesse sempre aberto a novas vivências, a viver de forma solidária e fosse apto a mudanças de ideias e conceitos¹³, até que as reflexões pudessem amadurecer e desabrochar completamente no abolicionismo.

2 A TEORIA ABOLICIONISTA DE LOUK HULSMAN

2.1 Breves e prévios apontamentos

LOUK HULSMAN é considerado um abolicionista radical e de metodologia fenomenológica, pois além de defender a total supressão do sistema criminal, conforme observado no capítulo supra, a construção do seu pensamento é indissociável das experiências pessoais e empíricas que vivenciou. Inclusive, reforça-se esta importância ao observarmos que a primeira parte de *Penas Perdidas* versa sobre uma entrevista concedida pelo autor, onde relata algumas passagens da sua vida e os impactos que acarretaram na formação da sua teoria abolicionista.

Outro ponto de notável relevo na construção do pensamento do professor holandês é o fato de renegar a ideia de “maldade humana”. Ou seja, ao rejeitar a maniqueísta visão de que o mundo seria supostamente dividido entre pessoas boas e más, HULSMAN (1993, p. 46) enfatiza ter

¹³ Fatos estes que podem justificar a baixa produção bibliográfica do autor, já que achava desfavorável a produção de pensamentos fixos e engessados (AGUIAR E SALLES, 2011, p. 47).

conhecido diversas “pessoas difíceis” ou “aborrecidas”, contudo, jamais constatou que alguém era verdadeiramente mau ou repugnante.

Ainda, o mestre holandês compreende a necessidade de haver um fenômeno de conversão coletiva como pressuposto de legitimação e aceitação do abolicionismo penal, pois interpreta-o como movimento histórico-social similar a outros historicamente vivenciados, tais quais a abolição da escravatura, o fim da perseguição de hereges, bruxas ou pessoas com raça, gênero ou orientação sexual diversa, ou mesmo a gradual diminuição da influência dos dogmas religiosos no modo de vida das pessoas (HULSMAN, 2003, p. 197).

Por ser a obra base do presente estudo, salienta-se que a estruturação deste capítulo se manterá fiel a segunda parte de *Penas Perdidas*, que é fragmentada em duas perspectivas básicas: “qual abolição?” e “qual liberdade?”, onde LOUK HULSMAN primeiramente tece críticas ao sistema criminal, e posteriormente apresenta soluções/sugestões alternativas de substituição.

Como derradeira nota, destaca-se que a teoria em questão é concentrada nos crimes convencionais¹⁴, em detrimento à criminalidade de trânsito, política ou econômica, que mesmo não sendo excluídas, exigiriam pontuais adaptações para seu melhor enquadramento.

2.2 “Qual abolição?” e as críticas ao sistema penal

2.2.1 Mídia, “homem médio” e expansão do Direito Penal

A primeira crítica apontada em *Penas Perdidas* é dirigida à *mass media* e demais agentes que se valem do desconhecimento de grande parte da população acerca do real processo de criminalização e funcionamento da justiça penal, a fim de fomentar a criação da hipotética figura do “homem comum”, supostamente dotado da “opinião pública” que legitima e perpetua o sistema criminal (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 56).

Esta crítica é dirigida em particular aos veículos de comunicação em massa, que por priorizarem o lucro em detrimento ao seu dever primário de informação, veiculam exaustivamente reportagens sensacionalistas

¹⁴ A criminalidade convencional compreende delitos contra o patrimônio ou integridade física das pessoas, como furto, lesões corporais, roubo, estelionato, vandalismo, etc. (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 53).

sobre determinados fatos delituosos – em especial aqueles mais “chocantes” e “repugnantes”, capazes de despertar maior atenção e clamor social, mesmo que não representem a realidade ou maioria dos delitos cometidos.

Ademais, essa exaustiva e tendenciosa abordagem jornalística colabora para a criação da falsa premissa de que o sistema prisional estaria lotado de criminosos de altíssima periculosidade – o que se verá mais adiante, não é a realidade – estimulando a criação de estereótipos e preconceitos. Outrossim, além de instigar o desenvolvimento da visão maniqueísta da sociedade, passa-se a idealizar que a justiça penal é a única e imprescindível ferramenta de proteção dos “bons” contra os “maus”¹⁵, o que gera uma “irracional inflação legislativa”¹⁶ em prol da perseguição e segregação, tornando o Direito Penal confuso e incoerente, embora deva apresentar um nível mínimo de racionalidade, já que lida com o bem humano mais precioso depois da vida: a liberdade.

Neste sentido, HULSMAN (1993, 66-68 e 154) complementa fazendo uma analogia entre a organização do sistema punitivo com os dogmas da teologia cristã ocidental, já que na visão do autor, ambos operam a partir da ideia de “atribuição de culpa contra alguém”. Deste modo, compreende que os legisladores criam leis que refletem a vontade do povo da mesma forma que os teólogos interpretam a vontade de Deus, e em decorrência disso, as condutas criminalmente tipificadas correspondem ao catálogo de pecados. Ao final, há a divisão maniqueísta da sociedade: “inocentes”/“imaculados” contra “culpados”/“pecadores”, sendo que estes

¹⁵ Compartilhando da mesma opinião, AMILTON CARVALHO (2013, p. 102-103) refere que: “[e] nós, os <bons>, somos protegidos deles, os <maus>, pelos anjos do bem que representam a síntese do modelo humano: os perseguidores de plantão — o discurso midiático está sempre nessa direção: o mundo está dividido, maniqueísmo agressivo, entre “bons” e “maus”, perfeitos e imperfeitos, perfumados e fedidos, lindos e feios, adocicados e brutos, mocinhos e bandidos, aqueles que devem permanecer como estão e aqueles que <devemos mudar>”.

¹⁶ Sobre isso, o autor continua destacando que “[o] senso comum é agressivo: deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução pena. [...] Há crença generalizada: a causa geradora da criminalidade (real ou imaginária) é a impunidade! Ou, ao menos, a grande causa, a causa primeira, a causa essencial, tanto que as eventuais “outras” causas sequer merecem entrar em pauta: tidas por insignificantes ante a magnitude da pretensa causa essencial. E como crença que é, depende unicamente da fé (justifica-se por si mesmo): não interessa saber se é verdade ou não, se isso está comprovado ou não - a fé indica que é e pronto, é-porque-é!” (CARVALHO, 2013, p. 81).

devem cumprir uma pena/penitência de acordo com a gravidade da(o) infração/pecado cometida(o), a fim de serem ressocializados/redimidos¹⁷.

Extrai-se deste ponto uma substancial incoerência entre justiça penal e opinião pública: é comum que as mesmas pessoas que clamam por maior repressão, sintam-se desconfortáveis com o fato de o Estado custear presos ociosos no cárcere. Além disso, os membros dessa cruzada punitivista também se opõe veementemente contra quaisquer melhorias nas condições penitenciárias, pois partem da falsa premissa que os apenados lá estão por reflexo de uma “escolha” que fizeram (percebe-se novamente a influência do dogma religioso na noção de “livre arbítrio”), e que se encontram em confortável situação dentro do presídio, pois além de serem sustentados, não retribuem de modo algum à sociedade¹⁸.

Por fim, este apontamento se mantém bastante pertinente na atualidade, em especial na sociedade brasileira, onde além de recorrentes reportagens e discursos políticos avocarem o argumento da proteção do “cidadão de bem” (o nosso “homem comum”) para defender a expansão do Direito Penal, esta ideia vem sendo gradativamente “comprada” pela população, conforme se verifica, por exemplo, em manifestações públicas na internet, que representa um (quase) irrestrito espaço democrático de debates e exposições de ideias.

2.2.2 Burocracia e divisão de trabalho

Adiante, outro aspecto negativo abordado por HULSMAN (1993, p. 58-60) diz respeito ao nefasto efeito que a burocracia e a divisão do trabalho causam no sistema de justiça penal, sendo fantasioso pensar que a atuação das instâncias formais de controle ocorre de modo sincronizado e harmônico. Na realidade, da existência de uma lei penal centralizadora e autoritária decorre a fragmentação e o engessamento da atuação dos agentes estatais, transformando-os em meros soldados de uma “linha de produção” de presos, ao passo que este fenômeno impede que alguém (de dentro do sistema) assuma a responsabilidade por eventuais danos cometidos durante este processo criminalizador. Deste modo, ao entender que “ninguém dirige

¹⁷ Esta lógica é própria do sistema penal, pois o Direito Civil, mais receptivo à diversidade humana, prescinde de catálogos de infrações para “punir” as pessoas.

¹⁸ Tal fato é vislumbrado na realidade brasileira a partir das críticas direcionadas ao “auxílio-reclusão”, benefício previdenciário criado para amparar familiares e dependentes do detento, desde que este cumpra alguns requisitos, como possuir vínculo formal de trabalho no momento da apreensão.

a máquina penal” ou se preocupa com o destino final do arguido, o autor compreende que policiais, juizes, acusadores, funcionários prisionais, legisladores e demais agentes que integram a justiça criminal trabalham de maneira isolada, pois a delimitação de funções dificulta demasiadamente a coesão de atuações.

Tal crítica é bastante pertinente pois demonstra uma grave incongruência do sistema de justiça penal: embora seja estruturado para analisar a responsabilidade pessoal do ofensor e lhe imputar um castigo proporcional ao dano cometido, apresenta níveis tão elevados de burocratização que praticamente impossibilita a verificação desta mesma responsabilidade pessoal naqueles agentes que atuam em seu serviço, podendo-se afirmar, portanto, que “onde todos são culpados, ninguém culpado é!” (HULSMAN, DE CELIS, 1993, p. 155)¹⁹.

Ademais, outra consequência é que as instâncias formais de controle passam a nortear sua atuação de modo singular e pautada por objetivos de sobrevivência interna da própria instituição, o que eventualmente pode coloca-las em situação conflituosa entre si (HULSMAN, DE CELIS, 1993, p. 58-60).

Neste sentido, exemplifica-se a partir de um recente episódio ocorrido no Brasil, quando tentou-se proibir o Ministério Público de realizar investigações próprias e sem a participação da polícia através da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 37 de 2011. Embora não tenha sido aprovada, percebeu-se à época grande mobilização por parte dos membros de ambas as instituições, que ferrenhamente divergiam, manifestando expressa discordância às possíveis diminuições na sua autonomia de trabalho.

Além disso, o engessamento da atuação dos agentes estatais decorrente da centralização da lei penal faz com que a justiça criminal desconsidere os anseios das pessoas envolvidas na situação-problema (em especial as vítimas, que eventualmente podem desejar somente a reparação do dano ou um simples pedido de desculpas em detrimento à punição do ofensor), de modo que a resposta será sempre a mesma: a punição do agente, via de regra pela pena de prisão.

Prisão esta que, partindo da perspectiva do arguido, priva-o não somente da liberdade de circulação, como também de seus laços afetivos

¹⁹ Nesta mesma linha, CARVALHO (2013, p. 125) apresenta críticas mais incisivas, referindo que embora todos tenham conhecimento das condições desumanas do cárcere, ninguém se sente responsável, estando sob a escusa mental de que apenas estão cumprindo ordens.

e sociais, do seu emprego (tanto o que possuía, como o que eventualmente será negado por conta da desonrosa passagem pelo sistema prisional) e da própria autoestima, aplicando-lhe estigmas físicos e mentais que o acompanharão por muito tempo, se não para sempre.

A propósito disso, sublinhe-se que conquanto os castigos físicos tenham há muito sido formalmente abolidos do sistema penal ocidental, a pena de prisão não deixa de ser uma espécie de expiação corporal, já que diversos países apresentam deficiências carcerárias, onde os reclusos são submetidos a longos períodos de ociosidade, privações de luz solar, ar puro, água quente e espaço suficiente para (sobre)viver com dignidade²⁰, tornando a experiência de segregação tortuosa e de (quase) impossível ressocialização ao recluso.

Com isso, conclui-se que o papel desempenhado pelo sistema prisional é muito mais de exclusão do que de recuperação, pois inflige “sofrimento estéril” aos reclusos – isto é, se alguns sofrimentos podem ser benéficos e estimular o crescimento pessoal, o tormento do cárcere representa absoluto *nonsense*. Não é construtivo, e sim destruidor, já que retira o sujeito do seu círculo social, segregando-o em um ambiente ocioso, violento e insalubre, pautado por relações de passividade-agressividade/dependência-dominância, e ao final, devolve à sociedade homens “despersonalizados e dessocializados” (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 61-63).

2.2.3 A (inexistente) concepção ontológica de crime e as cifras negras

Um dos principais apontamentos da corrente abolicionista é a premissa de que a noção de crime nada mais é que uma decisão humana

²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de Junho de 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14.03.2017. Não obstante o maior aprofundamento que se dará no próximo capítulo, dados oficiais de 2014 já demonstravam que a população carcerária brasileira atingia a monta de 607.731 pessoas reclusas em um sistema carcerário que dispõe de apenas 376.669 vagas, o que simboliza o absurdo déficit carcerário de 231.062 vagas.

²¹ 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>. Acesso em 14.03.2017. Da mesma forma que o Brasil, dados estatísticos oficiais também apontam que Portugal enfrenta problemas com a superlotação carcerária: 106,2% de ocupação em presídios de complexidade elevada e 123,2% de ocupação nos de complexidade média.

modificável, influenciada por fatores temporais e geográficos²², sendo plenamente possível que uma mesma conduta seja criminalizada em um contexto e aceitável em outro.

Destarte, ocasiona-se com isso a ideia de relatividade do sistema penal, pois sendo a lei penal responsável por “criar o criminoso”, é possível que uma pessoa hoje vista como infratora, amanhã seja considerada honesta, a depender de uma modificação do panorama social e da opção legislativa de política criminal (isto é, a descriminalização da conduta). Portanto, neste contexto HULSMAN (1993, p. 150) compreende inexistir um “conceito ontológico de crime”, havendo sim “eventos criminalizáveis” que carecem de quaisquer denominadores, exceto a sua reconstrução pelas normas da justiça criminal e submissão à apreciação de um juiz competente para que comine uma sanção punitiva²³.

Além disso, se a ausência do conceito ontológico de crime e a relatividade do sistema criminal escancaram a existência da seletividade penal, há que se mencionar também o fenômeno denominado de “cifras negras”, ou seja, aquelas condutas que em tese são criminalizáveis, mas por diversos motivos jamais passam pelo crivo do Poder Judiciário, tornando a criminalização um evento raro e excepcional.

Neste sentido, diversos são os motivos que podem dar ensejo às “cifras negras”, tais como: a opção da vítima por não denunciar o fato às autoridades²⁴, a polícia não dispor de suficientes recursos humanos e materiais para investigar todas as ocorrências registradas, a impossibilidade de identificação do autor do fato, dentre outros.

Ainda, imperioso destacar que comumente os eventos integrantes das “cifras negras” são resolvidos em esferas alheias ao Direito Penal (acordos, mediações, decisões privadas dos interessados, etc.), o que

²² Bruxaria, blasfêmia e tentativa de suicídio são alguns exemplos de condutas que eram antigamente puníveis, e hoje não são mais. Por sua vez, bigamia, uso de estupefacientes e homossexualidade são algumas das condutas que são criminalizadas em alguns países, e em outros não.

²³ Neste sentido, a violência cometida dentro do seio familiar, a receptação de um bem de origem ilícita, uma tentativa de golpe de Estado, a fabricação de moeda falsa ou o arrombamento de uma residência, não possuem nenhum denominador comum, exceto a competência formal que o sistema de justiça criminal possui para apreciar tais questões.

²⁴ Normalmente a atuação das instâncias formais de controle é reativa. Em paralelo a isso, um dos maiores causadores das “cifras negras” é a não notificação das autoridades sobre aquele fato, o que pode se dar por diversos motivos: o medo da vítima de sofrer represálias, a descrença na justiça criminal, a falta de interesse por parte da vítima que o agressor sofra os efeitos de uma condenação criminal, sendo este geralmente vislumbrado em conflitos de âmbito familiar.

demonstra que: a) que a resposta penal não é a única existente; b) que a sociedade faz uso de práticas abolicionistas para resolver conflitos, pois o desconhecimento sobre o método de resolução de algum problema não significa que este não foi, de forma ou outra, solucionado (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 163-164)²⁵.

2.2.4 Seletividade, estigmatização e legitimidade do sistema

Ao abordarmos este assunto, imperioso que façamos alguns comentários sobre a eventual existência de seletividade e criação de estigmas através do sistema penal. Primeiramente, conforme já adiantado, além da justiça criminal apresentar somente a resposta punitiva aos conflitos que lhe são submetidos, é imperioso destacar que a sanção privativa de liberdade é, via de regra, executada em locais insalubres e absolutamente inadequados aos fins propostos, tornando-se quase impossível que o sujeito utilize o tempo de reclusão para reflexões, arrependimentos ou reparar o dano causado.

Diante disso, HULSMAN (1993, p. 71-72) conclui que restringir a liberdade de uma pessoa, segregando-a em um ambiente carcerário hostil e degradado, além de configurar o já mencionado “sofrimento estéril” da experiência prisional, é também responsável por produzir estigmas (“etiquetamento legal e social”) que distorcem a percepção que a comunidade e o próprio sujeito têm de si, dificultando a sua posterior reinserção na sociedade²⁶.

Diante do panorama exposto, surge-nos o seguinte questionamento: a justiça penal atinge a sociedade de maneira igualitária? Quem realmente vai para prisão? Antes de respondermos esta questão, devemos atentar que a eventual existência da seletividade do sistema penal está estreitamente relacionada com o fenômeno das “cifras negras”, pois é inegável que qualquer pessoa pode cometer um fato típico e ilícito: seja ao falar mal ou brigar com alguém, conduzir veículo automotor após ingerir bebida alcoólica, consumir produtos falsificados, ou mesmo um “*white collar crime*”, comumente cometido por membros de classes mais abastadas.

²⁵ HULSMAN (1993, p. 163-164) afirma ser incorreto pensar que “o que não está in acto não está in mundo”.

²⁶ Tamanha é a crueldade causada pelo sistema prisional, que o resultado natural desta infrutífera e degradante experiência é a produção de sentimentos de ódio e agressividade no sujeito, indo em desacordo com o que o próprio discurso oficial prega.

Neste ponto, compreendemos que a existência de seletividade penal é comprovada pela análise de dados empíricos^{27,28} que demonstram haver uma “clientela habitual” do ambiente prisional, concebida pelos “indesejados” ou “consumidores falhos” (BAUMAN, 1998, p. 25), isto é, homens de tenra idade e baixa escolaridade, integrantes das classes sociais mais frágeis, e que cumprem pena por terem cometido algum crime relacionado ao patrimônio, estupefacientes ou contra outras pessoas.

Se os números demonstram o resultado final do processo de seletividade penal, CARVALHO (2013, p. 129-130) elucida os três momentos distintos que subsidiam este fenômeno: a) o primeiro, mais democrático, dá-se na atuação do Poder Legislativo ao tipificar penalmente uma vasta gama de condutas, alcançando de modo igualitário todas as classes sociais; b) o segundo, também vinculado ao Legislativo, é vislumbrado na escolha da moldura penal de um delito, especialmente na eleição de parâmetros mais severos para punir delitos que habitualmente são cometidos por sujeitos de camadas mais desfavorecidas; e c) por fim, o terceiro momento é verificado na movimentação do aparato policial e judicial, não sendo acaso que os esforços das instâncias formais de controle são, via de regra, direcionadas para perseguir, investigar, processar, condenar e aprisionar elementos das classes sociais mais pobres.

Não obstante a discussão sobre a (im)prescindibilidade do Direito Penal, é notável que além de criar e reforçar a desigualdade social, a seletividade da justiça criminal é também responsável por estigmatizar a específica classe de agentes que por ela passam. Deste modo, HULSMAN (1973, p. 9) faz uso de três premissas básicas para interpretar que o sistema criminal trata de problemas inexistentes e apresenta um “custo social negativo”:

a) Relegam-se os sujeitos envolvidos no fato a meros instrumentos processuais, substituindo seu protagonismo por técnicos judiciários que

²⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN de Junho de 2014... A seletividade carcerária no Brasil: 56% dos presidiários possui entre 18 e 29 anos, 67% é de cor negra, 53% sequer completou o ensino fundamental (enquanto menos de 1% tem ensino superior completo), 27% está preso por tráfico de estupefacientes (este número chega a 63% se considerar somente as presidiárias do sexo feminino) e 32% por furto ou roubo.

²⁸ DGSP. Estatísticas prisionais do 3º trimestre de 2016... A seletividade carcerária em Portugal: 94% dos reclusos são homens, dos quais 48,4% tem entre 25 a 39 anos. 51,2% estudou apenas até o 2º ciclo de Ensino Básico (enquanto somente 2,6% tem ensino superior). 24,9% cometeu crime contra as pessoas, 27,5% praticou crime contra o patrimônio e 19,1% está no sistema penal por crimes relativos a estupefacientes.

produzem “decisões irresponsáveis”, unilaterais e arbitrárias, já que estão preocupados em somente encontrar uma resolução legal para o fato;

b) Ao preferir métodos alternativos de compreensão e resolução de conflitos²⁹, o sistema é orientado basicamente pela ideia de “congelamento” do fato e posterior enquadramento em normas penais criminalizadoras. Ou seja, a resolução é buscada segundo parâmetros legais previamente estabelecidos que são incapazes de considerar as particularidades do caso, bem como as experiências, percepções e anseios dos envolvidos³⁰, retroalimentando um método que além de não solucionar verdadeiramente o conflito, não repara o dano, e tampouco possibilita a ressocialização do ofensor; e

c) Por fim, é imprescindível que haja a legitimação social do sistema penal – ainda que por questionáveis e controversos métodos de convencimento – especialmente no que refere ao reconhecimento bilateral da relação de autoridade do punidor sobre o punido, sob pena do castigo imposto caracterizar institucionalizada e ilegítima violência (HULSMAN, 2003, p. 190-191).

Diante do exposto, HULSMAN advogava a ilegitimidade do sistema penal, que utiliza um questionável discurso público para ocultar o real processo de criminalização e seu *modus operandi* de seletividade, sofrimento, segregação e estigmatização, além de negar as variáveis da vida social e consequentemente reconstruir os fatos de modo irreal e apresentar respostas ineficazes.

²⁹ CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 131.

³⁰ Exemplifica-se o reducionismo do sistema penal diante dos problemas humanos: um furto mediante arrombamento em construção inacabada, ou na residência de um pobre e solitário senhor idoso, da mesma forma que uma agressão cometida no contexto anônimo da rua, no âmbito familiar ou em discussão no estádio de futebol são fatos enquadrados na mesma lei penal, mas que não guardam semelhança prática alguma. Entretanto, ainda assim são tratados de forma idêntica pelo sistema penal, de modo que se tolhe a densidade existencial do acontecimento (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 250).

³¹ Pensemos em um hipotético acidente de carro, onde a pessoa causadora da ocorrência tenha ingerido uma pequena quantia de álcool, porém suficiente para enquadrar sua conduta no tipo penal de condução perigosa de veículo rodoviário. O condutor “ofendido” pode interpretar de diversas formas este fato: um “ato da vontade de Deus”, culpa do Estado pela falta de sinalização suficiente naquele cruzamento, um simples acidente (fato inerente à vida social), ou um ato causado por culpa exclusiva do motorista que se encontrava (legalmente) embriagado. Não obstante a isso, tratando-se de crime de ação pública, independentemente da perspectiva da pessoa prejudicada pelo evento, a administração da justiça penal irá sempre recair no mesmo processo de atribuição de culpa e punição (HULSMAN, 2003, p. 210).

Destarte, conclui-se que com essa ideia HULSMAN transpõe sua visão positiva sobre todas as pessoas – não somente aquelas que cometem um fato criminalizável, como também os demais cidadãos que aceitam a perpetuação das injustiças do sistema penal. Isto porque o autor adota a premissa que a ilegitimidade (falsa legitimidade) da justiça criminal existe em grande parte pelo desconhecimento da população e dos agentes atuantes nas instâncias formais de controle em relação aos seus verdadeiros mecanismos de funcionamento.

Sobre isso, salientamos que nossa visão é um pouco menos otimista, de modo que acreditamos na intrínseca existência de algum obscuro desejo de vingança e segregação em relação ao “diferente” por parte da sociedade, motivo pelo qual não concordamos inteiramente com a supracitada concepção do mestre holandês. Entretanto, é inegável que apesar dos avanços tecnológicos nos ofertarem amplas possibilidades de acesso a informações imparciais e independentes que retratam as mazelas do sistema – até mesmo para leigos – não podemos desconsiderar que o discurso tendencioso e descompromissado com a realidade, especialmente quando emanado por consagrados veículos de comunicação ou pessoas públicas de grande prestígio, representam importante ferramenta de dominação social e formação de opinião. A prova viva disso é que não obstante as facilidades descritas acima, a palavra do ano eleita pelo Dicionário Oxford em 2016 foi “pós-verdade”³².

Para encerrar o presente subcapítulo, insta salientar que HULSMAN (1993, p. 86-87) interpretava o sistema penal como uma “organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas”, defendendo não somente a abolição da pena de prisão e sua substituição por penas alternativas, e sim a supressão de toda forma de castigo “tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal”.

Todavia, é errôneo crer que o autor rejeitava a importância de mecanismos de coerção ou responsabilização pessoal. Conforme visto, suas dúvidas e críticas são direcionadas à (falta de) legitimidade do sistema penal, de modo que além de pugnar sua supressão, tencionava encontrar técnicas alternativas para a resolução de conflitos, que valorizassem a maior participação dos sujeitos envolvidos e da comunidade.

³² OXFORD DICTIONARIES. Word of the year 2016. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 13.06.2017. Pós-verdade (post-truth) significa “an adjective defined as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’”.

Com isso, embora o termo “abolicionismo” apresente a falsa impressão de “ausência de poder”, o debate fica restrito à supressão do sistema penal e adoção de perspectivas alternativas, e não da extinção da responsabilização pessoal de agentes ou de mecanismos de coerção. No entanto, a fim de evitar abusos e violações de direitos fundamentais comumente vislumbrados no sistema atual³³, sugere-se que tais intervenções devam ser rigorosamente controladas pelo Poder Judiciário, nos moldes da proposta apresentada no capítulo subsequente.

Neste sentido, exemplifica-se o controle judicial sobre a atuação policial a partir do exemplo brasileiro, que desde 2015 adota as chamadas “Audiências de Custódia”, que consistem na apresentação do sujeito autuado em flagrante ao juiz, a fim de que o magistrado analise se foram respeitados os seus direitos fundamentais no momento da prisão, bem como verificar pessoalmente se há ou não necessidade de impor alguma medida de coação.

2.3 “Qual liberdade?”: sugestões alternativas e algumas prognoses

Expostas algumas das principais críticas tecidas por HULSMAN em relação ao sistema penal e antes de partirmos para a análise das sugestões e soluções levantadas, faz-se imprescindível mencionar que o professor holandês jamais elaborou um planejamento metodológico específico, completo e detalhado de substituição ao modelo vigente, de modo que seu legado corresponde a algumas ideias e diretrizes globais de alteração na forma de interpretação e enfrentamento das situações problemáticas (CARVALHO, 2008, p. 132).

Iniciamos destacando que não obstante tratarmos aqui de uma teoria abolicionista radical, na visão do autor, a supressão do sistema penal não pressupõe a extinção das instâncias formais de controle, buscando-

³³ O problema da violência policial é vislumbrado em diversos países do mundo ocidental. Como exemplos emblemáticos é possível citar o “Caso Amarildo” (Brasil, 2013), desaparecido após ser detido por policiais militares no Rio de Janeiro, o “Caso Rodney King” (EUA, 1991), taxista violentamente agredido pela polícia por ter sido flagrado dirigindo em alta velocidade, e o recente “Caso Théo” (França, 2017), agredido e violado por um cassetete durante operação policial em bairro periférico de Paris. Os três casos apresentam alguns pontos em comum: envolvem a atuação truculenta e ilegal da polícia e vitimizaram cidadãos negros e pertencentes às classes mais desfavorecidas da sociedade. Não por acaso, os mesmos que os dados empíricos indicam como a “clientela preferencial” da seletividade do sistema de justiça criminal.

se, portanto, a reorientação e reorganização da mentalidade de atuação destas instituições.

Parece-nos bastante coerente esta percepção, pois com a abolição da justiça criminal, nada mais sensato que (re)aproveitar os agentes que historicamente trabalham na resolução de conflitos jurídico-penais. Deste modo, sendo necessário, estes devem ser submetidos a cursos de treinamento, reciclagem e aprendizado, a fim de livra-los do engessamento causado pela citada burocracia e divisão de trabalho do sistema atual.

A partir desta premissa, entende-se que a polícia deixaria de atuar no registro de ocorrências e investigação de crimes, de maneira que seu foco seria redirecionado para assistir a comunidade, como uma espécie de “guardião da paz pública”.

Neste sentido, cita-se como exemplo a PEC n.º 21 de 2013, que propõe a reorientação da mentalidade da polícia ostensiva brasileira através da sua desmilitarização. Para tanto, busca-se substituir os métodos de formação de agentes, preterindo treinamentos de cunho bélico, a fim de edificar uma instituição mais democrática, cidadã e próxima da sociedade. Com isso, entendemos que tal proposta se aproxima do modelo de abordagem idealizado por HULSMAN.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, juízes e membros do Ministério Público seriam deslocados da (então extinta) esfera criminal para o âmbito cível, intervindo somente por impulso dos interessados e pautando sua atuação para a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Para HULSMAN, tal metamorfose ideológica não representaria grande impacto no funcionamento destas instituições, uma vez que seus membros, via de regra, operam em ambas as searas da administração da justiça durante sua carreira. Assim, exemplificando-se novamente a partir do caso brasileiro, não obstante o membro do Ministério Público desempenhe o papel de acusador na área criminal, já atua na esfera cível como protetor dos interesses públicos, especialmente de hipossuficientes.

Ainda menos complicada é a reorientação dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, pois ao não atuarem estritamente na área penal, bastaria a modificação da mentalidade na elaboração e aplicação da legislação.

Por fim, é óbvio que com a implementação do ideal abolicionista de HULSMAN, esgotar-se-ia o sentido existencial dos estabelecimentos prisionais. Desta forma, seu espaço físico poderia ser reaproveitado para outros fins, como centros de apoio e conciliação, ao passo que os agentes

lá atuantes seriam treinados e realocados para outras atividades, como prestação de serviços terapêuticos ou de resolução de conflitos.

Seguindo adiante, além de rejeitar a existência de um conceito ontológico de crime e apontar que algumas sociedades primitivas prescindiam da criminalização de condutas para resolverem seus conflitos (buscando a reparação em detrimento da punição corporal³⁴), HULSMAN destaca que o “abolicionismo acadêmico”³⁵ é o passo preliminar para a renovação do discurso envolto no evento criminal, compreendendo portanto a necessidade de serem questionados e revistos alguns conceitos que atualmente são intocáveis, tais como “crime” e “autor”.

Desta forma, o mestre holandês sugere a substituição dos termos “crime”, “criminoso”, “autor” e “vítima” por “situações problemáticas”, “atos lamentáveis” e “pessoas envolvidas”, partindo da premissa que isso colaboraria para o desenvolvimento de uma visão livre de estigmas e preconceitos, abandonando a concepção social maniqueísta já discorrida no presente estudo.

Embora a alteração da linguagem tenha grande importância na alteração do *status* de determinado grupo ou pessoa – podendo-se inclusive relacionar o respeito social galgado por mulheres pela substituição dos termos “serviçais” ou “concubinas” por “empregadas domésticas/auxiliares” ou “companheiras”, compreendemos que a simples troca de expressões não possui valor algum se a semântica e o tratamento continuarem os mesmos (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 95-96).

Queremos dizer com isso que é infrutífero denominar eventos criminalizáveis de “situações problemáticas”, se a abordagem em relação a estes continuar sendo de simples recorte do fato e enquadramento em uma lei penal, a fim de buscar agente específico para lhe atribuir a culpa através de sanções. Ou seja, a descriminalização não se basta com a substituição da linguagem, passando necessariamente pela descentralização e

³⁴ Citam-se aqui as práticas de algumas sociedades africanas e dos esquimós de Quebec, que resolviam seus conflitos através da busca comunitária da solução. Assim, HULSMAN entendia ser possível transpor essa ideologia para a sociedade atual, especialmente em segmentos específicos como conselhos de empresa, conferências escolares de pais e mestres, ou associações de frequentadores de um clube (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 127).

³⁵ “Abolicionismo acadêmico”, pois o autor aponta que o acadêmico tem o papel de demonstrar como as instituições funcionam, qual o seu impacto nos diversos segmentos da sociedade, sob quais ideologias de pensamento estão assentadas, e por fim, trabalhar em conjunto para desenvolver práticas alternativas de pensamento (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 142).

desinstitucionalização da resposta ao conflito, a fim de possibilitar que tais atos da vida social sejam administrados livremente pelos envolvidos, de forma alheia à punição e ao castigo do poder soberano.

Deste modo, conclui-se também que a descriminalização de fatos sociais como prostituição, aborto e uso de substâncias psicotrópicas não significa que estes deixam de ser encarados como um problema social. Na realidade, o que se assume é que a resposta puramente punitivista é inefetiva e danosa, e que além de não resolver o problema, cria outro(s), abrindo-se a possibilidade de resolução destas questões por meio de práticas compensatórias, terapêuticas, conciliadoras e educativas, que via de regra são mais interessantes aos envolvidos (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 99).

Ainda em relação aos casos supracitados, pode-se citar a adoção de políticas públicas para as camadas mais jovens da população, informando-as sobre métodos contraceptivos e planejamento familiar, bem como a criação de grupos de assistência terapêutica e desintoxicação, como exemplos de resolução alternativa mais interessantes e menos danosos que a atuação repressiva e punitiva estatal (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 99).

Neste mesmo sentido, é importante destacarmos que HULSMAN questiona a resposta penal mesmo para os delitos considerados mais graves, afinal, não seria este um conceito subjetivo e de grande relativização? A gravidade deve ser quantificada – se é que isso é possível – pela extensão do prejuízo causado ou pela intenção do agente em causar um dano ou praticar um mal contra alguém?

Deste modo, é nítido que essa maleabilidade da vida real foge da alçada do sistema penal tradicional, inspirando o autor a buscar formas alternativas e naturais de resolução de conflitos que possam atender aos reais interesses das pessoas envolvidas no caso concreto, tais como encontros cara-a-cara ou submissão do problema ao debate comunitário, a fim de que experiências sejam trocadas e soluções sejam alcançadas.

Contudo, não se pode olvidar que determinados problemas, pelos mais variados motivos, não serão resolvidos pela via restaurativa ou do diálogo, de modo que a apreciação e atuação do Poder Judiciário (ou qualquer outra figura com jurisdição, legitimidade e competência) nestes casos é imprescindível, desde que o faça através de forma alheia à atual abordagem criminal (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 101-102).

Seguindo em frente, ao crer que a supressão do sistema penal não aumentaria o número de condutas violentas na sociedade, pode-se afirmar que HULSMAN coloca em dúvida a funcionalidade da finalidade preventiva da pena³⁶. Argumenta o autor que além da menor parte dos fatos que chegam ao conhecimento das instâncias formais de controle envolverem algum tipo de ato violento, inexistente comprovação científica ou empírica que a justiça criminal desempenha papel impeditivo na eclosão de atos desta natureza (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 108)³⁷. Muito pelo contrário, pois além dos já mencionados malefícios sociais causados, a justiça criminal somente age de modo repressivo ou reativo – após a causação do dano.

Tendo em vista a dificuldade de imaginarmos o êxito de uma sociedade no mundo atual que desprezasse completamente o sistema penal, não é fácil dizer se assiste ou não razão a HULSMAN neste ponto. Contudo, é inegável que o supracitado raciocínio se enquadra perfeitamente com algumas realidades sociais: de fato, o abolicionismo penal não acarretaria por si só no retorno à vingança privada, pois existem contextos marcados por políticas criminais repressivas, como é o caso brasileiro, que coexistem com milícias³⁸ e movimentos de justiça privada e “autodefesa punitiva”³⁹ – práticas estas que não deixam de ser abolicionistas, pois apesar de serem

³⁶ Trata-se aqui tanto da finalidade preventiva negativa (pena como intimidação dos demais membros da sociedade, dissuadindo-os de cometerem delitos), quanto da positiva (relação de confiança que a sociedade tem para com o ordenamento jurídico-penal estatal) (DIAS, 2007, p. 50-51).

³⁷ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Versão para Ebook. 1764. p. 40. Disponível em: <livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>. Acesso em 22.03.2017. Alguns séculos atrás, CESARE BECCARIA apontava de modo diverso, ao afirmar que “[n]ão é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo”.

³⁸ As milícias do Rio de Janeiro são entidades paramilitares, formadas por sujeitos ativos ou com passagem pelo sistema militar ou policial, que visam obter o “controle” de determinadas comunidades, a fim de extorquir o dinheiro da população local, sob o pretexto de “proteção” (especialmente contra traficantes), além de cobrar “taxas” sobre serviços como o fornecimento de luz e gás. As milícias mais famosas são a Liga da Justiça e o Comando Azul.

³⁹ Por sua vez, alguns grupos denominados de “Justiceiros” agiram isoladamente em alguns pontos do Brasil, especialmente nos últimos três anos. Estes grupos abordam suspeitos de cometerem delitos (via de regra contra o patrimônio), praticando o que chamam de “justiça pelas próprias mãos”. Isto é, perseguem o suspeito, amarram-no em postes e agridem-no, por vezes até a morte, antes ou sem denunciar o fato às autoridades policiais.

incompatíveis com a teoria em questão, seu *modus operandi* demonstra a descrença destes grupos com a justiça criminal⁴⁰.

Como derradeira nota, ao analisar o diferenciado tratamento dispensado aos agentes que cometem *white collar crimes* em comparação aos que cometem crimes tradicionais, HULSMAN se mantém coerente e demonstra que o abolicionismo não admite exceções, entendendo que a justiça criminal é igualmente má para pobres e ricos, e portanto não deve ser utilizada como ferramenta de equilíbrio entre cidadãos.

Assim, tendo em vista que a criminalidade econômica é frequentemente cometida por pessoas jurídicas e atinge a sociedade de forma difusa, recorrentemente é solucionada no campo da reparação, e não da punição. Deste modo, por compreender que as abordagens compensatória e reparatória são axiologicamente melhores que a punitiva, o mestre holandês defende a sua extensão para as demais situações problemáticas, possibilitando que os desfavorecidos também encontrem ali uma forma de resolução de conflitos (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 121-123).

3 – A TEORIA ABOLICIONISTA DE LOUK HULSMAN TRANSPORTADA À REALIDADE BRASILEIRA, SEU CONTRIBUTO À JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUSCITAÇÃO DE ALGUMAS CRÍTICAS

Como um jardineiro⁴¹, HULSMAN buscou regar e cultivar uma sociedade mais humanitária. Para tanto, conforme visto no decorrer da presente pesquisa, acreditava que a solução passava obrigatoriamente pela exclusão do sistema penal, já que o enxergava como um verdadeiro “mal social”, dado que foi projetado para proteger os bens jurídicos mais essenciais em uma sociedade, ressocializar agentes e prevenir crimes, contudo, acabou-se por verificar o contrário na prática, pois quando a

⁴⁰ Não obstante os exemplos supracitados configurem eventos criminalizáveis e socialmente negativos, por outro lado pode-se citar práticas positivas que também simbolizam os reflexos sociais da ineficácia do sistema penal, tais como o agrupamento solidário entre mulheres vítimas de agressão ou violação, ou a organização de comerciantes de uma determinada localidade para evitarem crimes contra o patrimônio (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 114-115).

⁴¹ Fazendo referência a célebre frase de encerramento de sua obra: “Se afastar do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça” (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 140).

organização estatal coloca a engrenagem penal em movimento, acaba apenas por fomentar os problemas sociais, tornando-se ineficaz para a resolução dos conflitos.

Por outro lado, HULSMAN (1993, p. 64 e 100) deixou nítido em sua obra que não questionava todo e qualquer tipo de medida coercitiva, tampouco rejeitava a imputação de responsabilidade pessoal. O que não aceitava era que diferentes acontecimentos (destruição ambiental, uso de entorpecentes, furto a mão armada, homicídio, abandono de incapaz, violência doméstica, para citar somente alguns) sejam todos taxados uniformemente como “crime” pelo Direito Penal, em uma tentativa de homogeneizar todas estas condutas, que no fundo (sem precisar submergir tanto) são intrinsecamente diversas. Com isso, criticava a resposta única escolhida pelo sistema para a solução de todos os conflitos: a pena.

O abolicionista em fomento pensava ser necessário “(...) dar vida às comunidades, às instituições e aos homens”, ou seja, acreditava que a melhor forma para solucionar os impasses sociais é devolvendo às pessoas o domínio sobre seus conflitos, para que assim conversem, e através do diálogo alcancem uma solução baseada nos seus interesses. Assim, HULSMAN (1993, p. 92, 102 e 104) estimulava os encontros denominados de “cara-a-cara”, onde cada um deve ter um espaço para expor os seus pensamentos, e assim ser construída em cada caso concreto, a resolução mais adequada, sem a existência de molduras penais, possibilitando-se assim a “revitalização do tecido social”.

Cita-se na obra a existência de sistemas sociais onde as pessoas cometem atos considerados errados para aquela comunidade, e que para a resolução deste problema importa que o indivíduo reconheça o seu ato incorreto e posteriormente faça algo que demonstre sua mudança de pensamento e suas futuras atitudes. Como exemplo, o autor menciona o sistema de punição existente para o povo Inuites. Para esta comunidade, quando ocorre um conflito, se este não for resolvido pelos próprios envolvidos, as famílias destes se reúnem e fazem um duelo de cânticos satíricos, onde o perdedor é definido por quem não conseguir replicar as ofensas do outro grupo. Após este duelo, todos devem se reconciliar e celebrar através com um jantar (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 127).

Transportando para a realidade europeia, HULSMAN (1993, p. 101 e 128) refere que isto se traduz quando ocorre, por exemplo, uma reunião de bairro, onde busca-se a resolução do problema internamente, auferindo a posição e situação dos envolvidos, não necessitando-se da intervenção

do Estado e do aparato penal. Deseja-se com isso expressar que existem outros meios (que foram e/ou estão sendo utilizados por certas sociedades) de resolução das denominadas por ele de “situações problemáticas” que não envolvem o modelo penal ou métodos de restrição da liberdade.

Posto isto, a partir do estudo realizado no capítulo anterior deste escrito, é cristalino que HULSMAN desejava abolir o sistema penal por não aceitar a forma pela qual este instrumento retira o problema dos próprios interessados; impõe a punição através da restrição de liberdade ao indivíduo que contraria determinada norma criada pelo próprio sistema; e além de o estigmatizar e causar um sofrimento dispensável, não dá ouvidos (ou sequer oportunidade) para as demais pessoas envolvidas conversarem e por si só chegarem à solução da divergência.

Almejou, portanto, a instalação de um instrumento diverso de resolução de conflitos, onde possa-se revitalizar a fibra social desmanchada pelo atual sistema. Neste capítulo procurar-se-á contextualizar as críticas de HULSMAN à realidade brasileira, e com isso demonstrar a atualidade e o novo folego tomados pelas suas ideias, bem como trazer à tona a influência do abolicionismo de HULSMAN à Justiça Restaurativa, uma vez que esta é uma das propostas atualmente praticadas mais próxima do projeto que o autor objetivava. Por fim, interessante apresentar algumas críticas ponderadas ao abolicionismo crítico radical encabeçado por HULSMAN.

3.1 A atualidade das críticas tecidas por LOUK HULSMAN

A obra de HULSMAN foi escrita em uma época diversa e direcionada para um contexto distinto, contudo a realidade pelo autor evidenciada não se modificou, e sim se agravou com o decorrer do tempo. Atualmente, vivenciamos uma distorção irretornável e irrecuperável da dita justiça penal, sendo assim possível transpor as críticas por ele tecidas ao contexto brasileiro, como também verificar traços das soluções propostas em alguns institutos.

Pode-se concluir que HULSMAN desejava a abolição total do sistema penal desde a interpretação do título de sua obra: o nome “*Penas Perdidas*” representa a percepção que o autor tinha quanto a ausência de sentido da pena, sendo que devido a esta carência, seja insensato e irracional a sua manutenção (FOLTER, 2008, p. 184).

HULSMAN pautou sua trajetória na luta pela substituição da justiça penal, visto que acreditava que ela é um problema em si mesma,

um sistema negativo que se retroalimenta com o sofrimento das pessoas, gerando violência. Em seus escritos e conferências, procurou demonstrar que os objetivos apontados ao sistema penal não foram alcançados, não somente sendo ineficaz para resolver conflitos, como se apresentando responsável pela criação de outros mais (CARVALHO, 2013, p. 148).

Devido a insegurança pela qual a sociedade, em especial a brasileira, vem sendo acometida, ocorreu uma inversão no caráter do sistema penal. Criado para ser subsidiário, em *ultima ratio*, e com isso intervir minimamente a fim de proteger apenas os bens jurídicos mais caros à sociedade, o panorama atual não reflete mais estes preceitos, tendo em vista a instauração do chamado “populismo punitivo”. Sob o argumento do aumento da criminalidade, estimulado principalmente pela forma ideológica e imprudente de exposição dos fatos pela mídia, o direito penal ocupou a posição de “guardião da segurança”, englobando um número cada vez maior de condutas e tipos penais, agravando punições, ao passo que ainda se mostra indiferente às evoluções e transformações sociais, que apontam a manifesta necessidade de descriminalização de determinados fatos, a fim de que os bens jurídicos envolvidos sejam melhor salvaguardados por outros ramos do direito (FILHO, 2013, p. 50-54).

Como afirma SCHERER (2015, p. 368-369), em vez de apresentar a prometida racionalização, o Direito Penal experimenta de um impulso irracional, de modo que, tornando inócuo o conceito de bem jurídico, assim como sua função protetora. Importa referir que tal quadro é enaltecido pela sociedade. Devido a explicitada sensação de insegurança, os indivíduos depositam neste âmbito do direito a função de restabelecimento e garantia de sua proteção. Para tanto, reivindicam reformas legislativas que passem a criminalizar um número maior de condutas, na ilusão que desta forma se estará protegendo os indivíduos, mesmo que sob a relativização de direitos fundamentais, o que leva FILHO (1993, p. 56) afirmar que o Direito Penal assume o papel de “(...) eficaz instrumento de um totalitarismo disfarçado de democracia, posto que chancelado pela sociedade insegura”.

HULSMAN (1993, p. 71) aponta que a vingança é outro sentimento pulsante na sociedade. Isto é, perante uma pessoa que cometeu um crime, a sociedade clama pela sanção, envolvida em um espírito de que aquele deve “pagar” pelo seu ato. Este pagar não é sinônimo apenas de restrição da liberdade (o que por si só no Brasil significa a imposição de uma pena desumana), mas sim de sofrimento, de ausência de conforto, trabalho, condições de higiene e lazer, pois as pessoas pensam que os condenados

devem viver sob a pior condição, uma vez que tiveram a escolha de agir conforme a legalidade e não o fizeram.

Se o sistema penal não exercer sua função repreensora, alguns setores expressivos da sociedade almejam, e por vezes até mesmo buscam e fomentam a vingança privada. Sob a ideia maniqueísta de que existe uma divisão entre boas e más pessoas, sendo que os seres humanos ditos ruins não devem ocupar o mesmo espaço que os bons, muitas barbáries vêm sendo cometidas. Desde agressões, espancamentos, acorrentamentos em postes, até a recente tatuagem com os dizeres “eu sou ladrão e vacilão” na testa do adolescente, a vingança social não é mascarada, nem perseguida, e ainda é assustadoramente ovacionada por muitos cidadãos.

Agravando este quadro, observa-se a utilização excessiva e irracional da prisão. No caso brasileiro, tal questão se apresenta de forma mais elucidativa através da análise de dados empíricos: no início dos anos 2000, o país tinha um total de 232.700 pessoas segregadas em ambiente carcerário. Este número, até o último levantamento realizado, nunca diminuiu, sendo que em abril de 2017 atingiu a monta de 659.020 presos. Com isso, a taxa carcerária, em comparação com o número estimado da população brasileira⁴², chega a 319 presos para cada 100.000 habitantes⁴³. Números estes que recentemente elevaram o Brasil ao dissaboroso posto de terceiro país mais encarcerador do mundo⁴⁴.

O encarceramento é extremamente degradante em amplos sentidos para um indivíduo: seja fisicamente, moralmente, psicologicamente ou socialmente, não há quem saia de um presídio sem as marcas – por vezes literais – deste sistema opressor. Inclusive, foi reconhecida a falência do sistema carcerário brasileiro, no ano de 2014, pelo Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ação movida devido as escrachadas condições degradantes das prisões brasileiras, que incluem:

⁴² O número estimado da população nacional brasileira, em abril de 2017 chegou em 206.48 milhões de pessoas. .

⁴³ WORLD PRISION BRIEF. Institute for Criminal Policy Research. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 22 de março de 2017.

⁴⁴ Idem. O primeiro lugar é ocupado pelos Estados Unidos, com população carcerária girando em torno de 2.145.100 presos. A China ocupa o segundo lugar, totalizando 1.649.804. A Rússia ocupava tradicionalmente o terceiro lugar. Contudo, ao conferir a estatística de maio de 2017, computou-se que neste país existem 622.079 pessoas encarceradas, ou seja, foi ultrapassado pelo Brasil. Infelizmente, em nada surpreende esta mudança.

(...) celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Nesta mesma ação, tocou-se no tema da ressocialização, que é o fim maior da pena, e foi instituída em diversos países com o intuito de possibilitar a reinserção social do condenado. Contudo, afirmou HULSMAN (1993, p. 44) ser esta uma “promessa piedosa”, pois a prisão permanece inculcando um castigo e ainda deixa nos que por ela passam uma marca, muitas vezes inapagável, de exclusão social. Isto é tão verdadeiro que reflete na taxa espantosa de 70% dos encarcerados nos presídios brasileiros serem reincidentes, o que levou os ministros do STF na ADPF supracitada concluírem que a prisão, atualmente, se tornou uma verdadeira “escola do crime”, falhando com o objetivo ressocializador e de fornecimento de segurança à população.

Assim, concordamos com a conclusão de PITOMBO (1999, p. 154), ao afirmar que “as vozes ‘reeducando’, ‘recuperando’ e ‘ressocializando’ mostram-se de algum modo cínicas. A pena privativa de liberdade jamais reeducou, não recupera e muito menos ressocializa o indivíduo. No máximo pode amestrá-lo, quando não o piora”.

Imprescindível apontar que a lotação do sistema carcerário brasileiro, em janeiro de 2017, atingiu a porcentagem de 163.9%⁴⁵, ou seja, ultrapassou em um expressivo número a capacidade máxima dos presídios e não se consegue enxergar, em um futuro próximo, uma diminuição do número de prisões.

Neste sentido, PRADO (2017, p. 09) ressalta que o Brasil deixou de implementar “o modelo binário ‘prisão vs liberdade’” para instituir diversas medidas alternativas a prisão como a composição civil, a suspensão condicional do processo, as penas restritivas de direito e a transação penal, com o intuito de desafogar o encarceramento, evitando assim a inclusão de um indivíduo no círculo vicioso. Contudo, os substitutivos penais não foram encarados pelo sistema desta forma, pois os dados empíricos já apresentados neste trabalho demonstram que as

⁴⁵ WORLD PRISION BRIEF. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>> Acesso em 22.03.2017.

taxas de encarceramento nunca decresceram, mesmo com a existência regulamentada dos substitutivos penais (CARVALHO, 2010, p. 161), e que as penas substitutivas somente servem como instrumento alargador do controle e da supervisão formal do Estado (PALLAMOLLA, 2009, p. 33).

Com isso, denota-se que inexistem soluções imediatistas e eficazes para contornar a crise da situação carcerária brasileira, pois a forma que o país gere o sistema prisional, como também a opção realizada de permitir que o direito penal abrigue no seu manto protecional e sancionador o maior número de condutas possíveis, demonstra a opção política adotada pelo Estado brasileiro: a do punitivismo letal e seletivo. Neste sentido, CARVALHO (2010, p. 163) afirma: “o estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade”.

Contudo, mesmo confrontados diariamente com a chocante realidade carcerária brasileira, que não se deixa esconder devido ao expressionismo dos números citados e perante a massiva divulgação realizada pelos meios midiáticos, o sistema ainda se vale da máxima: “ruim com ela, pior sem ela”, ou seja, a restrição da liberdade permanece sendo vista como a única solução para sancionar as pessoas que desafiam a lei penal, pois com ela é possível deslocar e “esconder” estes indivíduos do resto da sociedade, e ao se fazer isso, passa-se a efêmera sensação de segurança e de que o problema se encontra (ilusoriamente) resolvido (OLIVEIRA, 2017, p. 308).

O sistema penal e a sociedade estão cobrindo seus olhos ao fenômeno do “hiperencarceramento” contemporâneo, justificando sua continuidade nos postulados da lei e assim restringindo-se “(...) à proposição de teses normativas de justificação, impedindo, em uma espécie de autismo científico, que a realidade empírica do sistema sobre o qual opera ingresse no seu campo de visão. Ocorre que a experiência do encarceramento em massa transforma este silêncio em um ruído ensurdecedor” (CARVALHO, 2010, p. 148).

Abarcando todos estes fatores e levando em consideração a falência do sistema prisional brasileiro, uma mudança urgente se faz necessária. O encarceramento em massa e as altas taxas de reincidência demonstram que atualmente o sistema penal exerce mera função simbólica, não cumprindo com o seu papel ressocializador e preventivo, ao passo que se utiliza da pena para manter seu poder, causando sofrimento e

destruição – social, mental e física naqueles que passam pelo sistema. Assim, não podemos mais temer em falar das ideias propugnadas pelos autores abolicionistas. Como HULSMAN (1993, p. 104) referiu em sua obra, situações problemáticas sempre existirão, a diferença é a forma pela qual buscaremos suas soluções.

A extinção do Direito Penal, contudo, não pode ser, ainda, imaginada em um contexto brasileiro, pois deve-se ocorrer modificações progressivas no sistema, para então se auferir a oportunidade/necessidade da exclusão total. Por outro lado, deve haver uma renovação no modo de resolução de conflitos. Devido ao reconhecimento do sofrimento injustificado causado pelo confinamento (denominado por HULSMAN (1993, p. 62) de *nonsense*), o primeiro passo é extinguir a cultura punitivista, “destronando o encarceramento da condição de rainha das penas” (OLIVEIRA, 2017, 314), para se tornar uma sanção excepcional, fazendo com que o direito penal retorne a sua atuação mínima, protegendo apenas os bens jurídicos mais essenciais a sociedade. Para tanto, se faz necessária a descriminalização de condutas, como o porte de entorpecentes e de violações ambientais, pois ao se tipificarem como “crime” tais e tantas outras condutas, abre-se mão de outras várias soluções que poderiam ser mais plausíveis com o contexto e também mais efetivas na resolução do conflito (ACHUTTI, 2016, p. 72).

Ainda, é necessário estimular formas de resposta aos conflitos que configurem-se como alternativa ao sistema penal, que busquem não apenas frear o encarceramento, como também substituí-lo através de “(...) modelos compensatórios, terapêuticos ou conciliatórios do controle social”, por exemplo (ACHUTTI, 2016, p. 72).

“O Processo”, livro elevado ao patamar de marco da literatura pela forma na que retrata, ainda em 1925, as mazelas do sistema penal, possibilita-nos questionar onde fica o ser humano em meio a todo este aparato mecânico de cumprimento de leis, em que a cada um cabe o cumprimento de uma tarefa, independente do sentido conjuntural e principalmente indiferente ao acusado. Ao final do livro, antes do personagem principal “K.” ser executado, pronuncia a seguinte frase: “como um cão!”. Tal exclamação demonstra a (ir)racionalidade do sistema penal, que ao final despersonaliza os indivíduos de suas características pessoais, de sua história

e realidade, para reduzi-lo a mero objeto da engrenagem processual penal, ou como KAFKA (1982, p. 162) retratou, a um animal.

3.2 A influência de LOUK HULSMAN na Justiça Restaurativa

Em nossa atualidade, discute-se com maior intensidade a implementação de um modelo de Justiça Restaurativa. O seu conceito, conforme PALLAMOLLA (2009, p. 53 e 55) é aberto, pois vem se adaptando aos novos estudos feitos ao longo dos anos e também aprimorando-se conforme a experiência adquirida.

Em termos gerais, a Justiça Restaurativa procura dar uma resposta a situação problema, reduzindo a intervenção do Estado, buscando para tanto um diálogo entre os interessados no conflito, almejando não só a sua “pacificação”, como também “reparação do dano” infligido a vítima por meio da “auto-responsabilização” do agente⁴⁶. Não obstante as divergências sobre a conceituação do termo, pode-se citar a formulada por MARSHALL (1996, p. 37 *apud* SANTOS, 2014, p. 163) que afirma ser a Justiça Restaurativa um: “(...) processo através do qual todas as partes implicadas em uma específica infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro”.

A finalidade pela qual a Justiça Restaurativa existe é, de forma sintetizada, promover um encontro entre os interessados no conflito e que estes, de forma voluntária, dialoguem em prol de uma solução, pretendendo-se que a vítima receba uma reparação pelos danos que lhe foram causados através da responsabilização do agente, que por esta via acaba também se “autorreparando”, o que torna as práticas restaurativas em “(...) uma resposta curativa face ao dano em sentido amplo sofrido por cada pessoa envolvida no crime e uma resposta curativa da relação interpessoal” (SANTOS, 2014, p. 172 e 181).

⁴⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.304/305. SANTOS (2014, p. 304-305) explica detalhadamente que a Justiça Restaurativa deve ser encarada como uma forma de responder à criminalidade “(e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade)”, fundada no reconhecimento da dimensão (inter)subjectiva existente no conflito. Ainda, a Justiça Restaurativa assume a função de pacificá-lo através da reparação aos danos causados a partir da autorresponsabilização dos causadores do fato, “finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução”.

Para o cumprimento desta finalidade, como também para evitar o encarceramento, a Justiça Restaurativa busca práticas como “(...) a mediação, as conferências de família e os círculos restaurativos, formas estas que possibilitam o diálogo entre as partes e de maneira mais ampla, entre estas e a comunidade, por meio de comunicação não-violenta e da observância de valores como a não dominação, escuta respeitosa, preocupação igualitária com os envolvidos, empoderamento, etc.” (PALLAMOLLA, 2009, p. 194).

Este fomentado instituto recebeu influência diversas, destacando-se a vitimologia e o abolicionismo, visto neste trabalho através da perspectiva de HULSMAN. Assim, importante mencionar os pontos pelos quais a teoria abolicionista e os pensamentos do autor influenciaram a concretização deste importante modelo de justiça.

Como vimos, HULSMAN posicionou-se desde o início da sua obra a favor da abolição do sistema penal em seu todo, até mesmo da gramática utilizada, por considerá-lo um problema em si mesmo. Contudo, não desejava a extinção de todo o tipo de controle social. Assim propôs que no lugar do Direito Penal, se definisse um mecanismo que concedesse voz ativa aos interessados, para que estes, a partir de encontros cara-a-cara e do diálogo, pudessem resolver os seus conflitos de “forma humana”, livres de um órgão centralizador e desinteressado na busca da melhor resolução da “situação problemática” (ACHUTTI, 2016, p. 74).

Tendo este objetivo abolicionista em mente, pode-se visualizar a influência realizada sobre a Justiça Restaurativa. Este modelo de resolução de conflitos não busca atingir a finalidade almejada por HULSMAN de abolição do sistema penal, mas objetiva ser um instrumento “alternativo à justiça penal”, concedendo uma resposta diversa do Direito Penal, por também negar “a natureza ontológica do crime”⁴⁷. Assim, a Justiça Restaurativa oportuniza que vítima e ofensor protagonizem a resolução do conflito, da forma que o autor holandês desejava. Ainda, através do seu modelo, objetiva-se distanciar os indivíduos do sistema penal, no intuito de reduzir o número de processos instaurados como também da aplicação da pena de prisão, o que demonstra igual insatisfação com a restrição da liberdade de uma pessoa (PALLAMOLLA, 2009, p. 145).

Com isso, a Justiça Restaurativa tende a ser gradativamente introduzida nas práticas cotidianas do mundo ocidental, embora não com o propósito de substituir a lacuna deixada por uma eventual supressão do

⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça..., p. 61 e 71 .

sistema penal, mas como um instrumento complementar, que concede uma resposta diferente (e menos danosa) às partes envolvidas.

Conforme ACHUTTI (2016, p. 78), os desafios da Justiça Restaurativa são: possibilitar as partes um instrumento qualificado para que elas possam solucionar efetivamente o seu conflito, buscar evitar que este resvala para a resposta punitiva, com a segregação da liberdade, e também atentar para que a Justiça Restaurativa não se torne uma nova forma de expansionismo do sistema penal, como ocorreu com os substitutivos penais referidos no subcapítulo anterior.

3.3 Críticas direcionadas ao abolicionismo radical de HULSMAN

Importante expor, por fim, algumas críticas tecidas ao abolicionismo propagado por HULSMAN. A primeira refere-se quanto ao fato deste não ter visado encontrar soluções para reformar o Direito Penal, que buscassem o seu desenvolvimento, pois apenas desejou a extinção do mesmo. Contudo, HULSMAN não pretendeu a abolição do sistema penal sem trazer em sua obra as alternativas nas quais compreendia serem mais cabíveis para a resolução dos conflitos sociais, como por exemplo os encontros “cara-a-cara” (PALLAMOLLA, 2009, p. 43-44).

O desejo manifesto de abolição do sistema penal é encarado por alguns críticos como uma solução “radicalista” e “utópica”, pois retirar do Estado o *ius puniendi*, conferindo assim a tarefa de resolução dos conflitos a própria sociedade, o que torna duvidosa a sua eficácia (PALLAMOLLA, 2009, p. 44). Ou seja, critica-se a visão excessivamente otimista que HULSMAN possui quanto à humanidade (OLIVEIRA, 2017, p. 290).

Declara HASSEMER (2007, p. 728-729) que a sociedade, por ser um conjunto conflitivo de pessoas, necessita do direito penal e das sanções por ele inculcadas, pois é assim que ocorre o controle social e a redução dos conflitos. Igual a sociedade, o direito penal é uma estrutura com normas, sanções e um procedimento, só que mais “refinado”, tendo em vista que através da regulamentação das normas consegue estabelecer limites e determinadas formas de corrigir as ingerências.

Concluindo, HASSEMER (2007, p. 729) ainda pondera que:

(...) la demandade suprimir el Derecho Penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos de las personas. Tan sólo se lograría, toda a vez que el control social seguiría rigiendo nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias

e intromisiones, dejando así via libre a los poderosos intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria.

Seguindo adiante nas críticas direcionadas à HULSMAN, afirma-se ainda que a supressão do sistema penal sugerida pelo autor acarretaria que diversos direitos e garantias processuais, que foram duramente conquistados ao longo da história, como por exemplo a presunção de inocência, ampla defesa, ou proibição do uso de prova ilícita, fossem automaticamente suprimidos (PALLAMOLLA, 2009, p. 44).

Situação esta que também ocorreria com a transferência da resolução do conflito para a esfera cível, pois os direitos e garantias supracitados são inerentes ao processo penal, de forma que a manutenção da solução de contendas no sistema judicial, mas em outra seara de aplicação, por esta perspectiva, não seria benéfica aos agentes, ora arguidos, sendo este, inclusive, o argumento utilizado contra a descriminalização de condutas (PALLAMOLLA, 2009, p. 44).

Contudo, compreendemos que não deve prevalecer, pois mesmo existindo importantes garantias salvaguardadas aos arguidos em sede processual penal, a prática nos demonstra que estas sofrem algumas supressões e relativizações no decorrer do trâmite processual⁴⁸. Acresce-se a isto todas as mazelas delineadas ao longo deste estudo, que causam um sofrimento tão profundo nos sujeitos envolvidos em um processo penal, o que nos permite concluir que mesmo dentro do sistema judicial existem outras soluções menos danosas para lidar com os problemas sociais.

Ainda, pelo fato de HULSMAN contextualizar e exemplificar formas positivas de resolução de conflitos embasado em experiências vividas por microsociedades e pequenas comunidades, como bairros, colégios, povos indígenas ou até mesmo em países com uma população reduzida, critica-se que tais modelos seriam de insuficiente enquadramento em sociedades atuais, devido a sua complexidade social de classes, culturas e demais diversidades, onde acabam ocorrendo conflitos entre pessoas que não se conhecem, tornando-se complexo imaginar

⁴⁸ Exemplo disso é a garantia constitucional da presunção de inocência, que recentemente, em uma nova análise realizada pelo STF no HC nº 126.292/SP, alguns ministros modificaram o modo de interpretar o artigo 5º, inciso LVII da CF, afirmando que, confirmada a sentença condenatória em segundo grau, poderá ser iniciada a execução da pena, independentemente da interposição de recurso especial e extraordinário. Ocorre que, esta alteração na semântica da norma constitucional acabou por mitigar o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que até então, o mesmo significava que a culpa somente poderia ser imputada ao arguido após o trânsito em julgado da sentença. .

tais indivíduos dialogando e conjuntamente chegando a uma solução (OLIVEIRA, 2017, p. 290).

Sobre isso, LOLITA ANIYAR DE CASTRO confrontou HULSMAN questionando-o: “come possono andare d’accordo vittime ricche delinquenti poveri sulla valutazione di una rapina?”. O autor holandês, por sua vez, respondeu que os conflitos sociais, por ele denominado de “correlação desigual de forças” são inevitáveis, como também são os antagonismos e as classes sociais, não existindo assim uma solução fácil para isso. Contudo, o autor bate na mesma tecla: deve-se permitir as pessoas resolvam seus conflitos em conformidade com suas percepções e expectativas, através de encontros “cara-a-cara”, pois os envolvidos são mais capazes de fazê-lo do que qualquer sistema penal⁴⁹.

Por fim, a obra de HULSMAN também sofre críticas porque supostamente sua teoria abolicionista seria cabível somente à criminalidade menos grave, como delitos patrimoniais, onde (aparentemente) a possibilidade de resolução de conflitos fora do sistema penal é mais palpável, visto que as partes, via de regra, tencionam primeiramente a reparação do dano, em detrimento à punição do ofensor.

Neste sentido, concordamos que ao menos por ora há alguma dificuldade em realizar encontros cara-a-cara nos casos de delitos mais graves (ainda que conforme estudado acima, o próprio conceito de “gravidade” é bastante relativo), como homicídios e violações. Portanto, sendo fatos mais graves e complexos, complica-se a possibilidade dos interessados conseguirem se reunir frente-a-frente para pensarem em uma solução conjunta, sem que haja o auxílio de um órgão soberano estatal e dotado de força sancionadora.

CONCLUSÃO

Abolicionista de caráter fenomenológico e radical, LOUK HULSMAN compreende o sistema penal como um problema em si

⁴⁹ HULSMAN, Louk H. C. Abolire il sistema penale [Entrevista]. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 1, n. 1., jan./abr. 1983. Vale ainda transcrever um trecho de uma das respostas concedidas por Hulsman: (...) l’abolizionismo non vuole e non può promettere tutto, né rimediare ai mali della nostra condizione sociale, né risolvere talune situazioni problematiche. Ritengo però che la scomparsa del diritto penale possa comportare una diminuzione delle distanze e produrre la possibilità de si formino nuovi rapporti, nuovi legami, nuovi modi di comunicazione tra le classi e le persone. Il penale nasconde infatti la natura delle situazioni problematiche”.

próprio, pois além de ser marcado por injustos parâmetros de segregação e seletividade, é causador de “sofrimento estéril” na medida que só apresenta a resposta punitiva – via de regra cumprida em ambientes degradantes e pouco ressocializadores. Deste modo, o autor defende a abolição integral da justiça criminal, preterindo-a por perspectivas e alternativas de resolução de conflitos mais eficazes e menos danosas aos sujeitos envolvidos e à coletividade.

Embora não apresente uma proposta pormenorizada, o autor não se limita a desconstruir o sistema penal, buscando também apontar algumas diretrizes globais para se alcançarem métodos alternativos de interpretação e resolução de situações problemáticas, tais como os modelos compensatórios, educacionais, terapêuticos ou conciliatórios, a partir da relação horizontal de discussão e de mudanças na percepção, atitudes e comportamentos.

Ainda, ao compreender que o sistema penal é instrumento ilegítimo de aplicação seletiva de castigos físicos, mentais e sociais, HULSMAN é contrário à adoção de penas alternativas ou majoração de garantias processuais – residindo aqui uma das principais críticas contra sua teoria. Deste modo, o autor holandês desloca completamente a resolução de problemas da seara criminal, sem desconsiderar, por óbvio, a imprescindibilidade de mecanismos coercitivos e de responsabilização pessoal de agentes, bem como a normal existência de situações conflituosas em relacionamentos comunitários.

Ademais, buscamos demonstrar neste trabalho que o sistema idealizado por HULSMAN (2013, p. 131-137) é amparado por alguns pilares, quais sejam:

a) paralelamente à supressão do sistema criminal, reorienta-se a linguagem e conceituação utilizada, reestruturam-se as instâncias formais de controle, além de serem adotadas medidas preventivas onde se verificam reiterados atos danosos⁵⁰;

b) a retirada do monopólio de atuação da justiça através do estímulo a processos informais e naturais de resolução de conflitos,

⁵⁰ Através, por exemplo, da implementação de dispositivos antifurto, da gratuidade do transporte público e do pagamento antecipado por determinados serviços (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 136-137).

como encontros frente-a-frente, arbitragem ou mediação⁵¹, pautados por finalidades compensatórias, conciliatórias, terapêuticas ou educativas; e

c) na insuficiência dos pontos supracitados, preserva-se a possibilidade de recorrer ao aparato judiciário (de caráter cível ou administrativo), desde que de forma subsidiária e mediante impulso, a fim de reorientar as “relações interpessoais mal sucedidas”.

Por fim, levando-se em conta as críticas e contracríticas da teoria abolicionista estudadas no presente trabalho, não nos parece que a abolição integral e abrupta do sistema penal seja o melhor caminho a ser trilhado – ao menos por ora. Contudo, não desconsideramos as graves mazelas do sistema penal e carcerário, sendo imprescindível o levantamento de vozes insurgentes contra os abusos e absurdos lá cometidos, a fim de fazer com que o Direito Penal ocupe o lugar que lhe é reservado: de atuação minimalista e subsidiária, a fim de proteger somente os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Há quem acredite que o abolicionismo penal não passa de uma utopia. Contudo, não nos esqueçamos que cento e cinquenta anos atrás, abolia-se em Portugal a pena de morte, e que embora tal sanção seja absolutamente inconcebível para os parâmetros atuais, à época ainda era uma prática bastante comum nos difusos sistemas punitivos.

Queremos dizer com isso que talvez chegue o dia em que estejamos tão evoluídos como sociedade que o abolicionismo nos seja algo natural. Assim, olharemos para trás e nos espantaremos com o *nonsense* do sistema penal e os castigos de privações físicas, mentais e espirituais perpetrados em cárceres que mais parecem depósitos de corpos erigidos sob a (falsa) premissa da ressocialização.

Talvez essa realidade esteja muito distante, ou talvez não. Afinal, há muito já ensinava NIETZSCHE (2001, p. 170), “[t]alvez tenha sido

⁵¹ Um exemplo específico bastante elogiado pelo autor são os Community Boards, onde existem conciliadores ad hoc que possuem características pessoais similares às pessoas envolvidas no conflito. Ademais, são treinados não para proporem soluções, e sim para auxiliarem os envolvidos a descobrirem a natureza do conflito, dialogarem, e decidirem se irão solucionar a questão ou submetê-la à apreciação do Poder Judiciário – algo que se aproxima da atual mediação penal (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 133-134).

loucura querer tal coisa, mas talvez, nas origens, grandeza não tenha sido mais que loucura”.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 15, n. 1, jan./jun. 2014.

_____. A contribuição de Louk Hulsman para um modelo crítico de Justiça Restaurativa: breves apontamentos teóricos. In: *IV Encontro Internacional do CONPEDI/OÑATI: crime, sociedade e direitos humanos*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p.22 - 37.

AGUIAR, Joaquim Antônio. Relatório ao Decreto de Extinção das Ordens Religiosas de Portugal. In: *Collecção de Decretos e Regulamentos mandados publicar por Sua Magestade Imperial o Regente do Reino*. Lisboa, Imprensa Nacional. 1834.

AGUIAR E SALLES, Anamaria. *Louk Hulsman e o abolicionismo penal*, tese de Mestrado em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão para Ebook. 1764. Disponível em: <livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>. Acesso em 22.03.2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão - Causas e alternativas*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOULANGER, Pe. Auguste. *Doutrina Católica. Segunda Parte: A moral*. Manual de Instrução Religiosa para uso dos Colégios e Catequistas Voluntários. Lisboa: União Gráfica, 1955.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio. Decisão proferida em 09 de setembro de 2015. Disponível: em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 22.03.2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Penal a Marteladas* (algo sobre Nietzsche e o Direito). 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. In: *Revista Polis e Psique*, v. 3, nº 3, 2013.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS. 2010.

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>. Acesso em 14.03.2017.

FEDELI, Orlando. *Antropoteísmo*. São Paulo: Editora Celta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal - uma comparação das idéias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. In: *Verve: revista semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária*, São Paulo, n. 14, 2008, p. 180 – 215.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. O nascimento da Prisão*. Lisboa: Edições 70, 2014.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca de por qué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2007, p. 709 – 729.

HULSMAN, Louk H. C. Abolire il sistema penale [Entrevista]. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 1, n. 1., jan./abr. 1983.

_____. Descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, jan./jun. 1973.

HULSMAN, Louk H. C. La criminologia critica y el concepto de delito. In: *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar Editora, 1989. p. 87-107.

_____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: *Verve: revista semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária*, São Paulo, n. 3, p. 190-219, 2003.

_____; DE CELIS, Jacqueline Bernat. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. In: *Verve: revista semestral do Nu-Sol - Núcleo de Sociabilidade Libertária*, São Paulo, n. 8, 2015

_____; _____. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª ed. Niterói-RJ: Luam Editora, 1993.

KAFKA, Franz. *O processo*. Disponível em <http://www.nesua.uac.pt/uploads/uac_documento_plugin/ficheiro/27ca9b82a164bc2cd68f5a71be15f96fbad08e90.pdf>. Acesso em 23.03.2017.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminologia crítica*. 3ª ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de Junho de 2014*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14.03.2017.

NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. 1ª ed. Curitiba-PR: Hemus Editora, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, mar. 2017, p. 285-320.

OXFORD DICTIONARIES. Word of the year 2016. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 13.06.2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIO IX pp. *Allocuzione Maxima Quidem* (9 de junho de 1862). Base de dados do Vaticano. Disponível em: <w2.vatican.va/content/pius-ix/it/documents/allocuzione-maxima-quidem-9-giugno-1862.html>. Acesso: 05.05.2017.

_____ pp. *Syllabus Errorum* (8 de dezembro de 1864). Disponível em: www.papalencyclicals.net/Pius09/p9syll.htm. Acesso: 08.05.2017.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 7. n. 27. São Paulo, jul./set. 1999, p. 149-158.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHEERER, Sebastian; BOLDT, Raphael. A punição deve existir! deve existir o direito penal?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, nov./dez. 2015, p.363-372.

VOLPE FILHO. Clovis Alberto. Direito Penal líquido: análise do direito penal contemporâneo à luz da sociedade da insegurança. In: *Revista Síntese de direito penal e processual penal*. v. 14. n. 82. Porto Alegre, out./nov. 2013, p. 47-58.

WORLD PRISION BRIEF. *Institute for Criminal Policy Research*. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 22.03.2017.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE EFFECTIVENESS OF PRINCIPLE OF MANDATORY GROUNDS FOR JUDICIAL DECISIONS

Antônio Rogério Lourencini*

Yvete Flávio da Costa**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A razão de a lei trazer exemplos de decisões não fundamentadas. 2 Aspectos comuns do rol de incisos do § 1º, do art. 489, do CPC. 3 Especificidades de cada um dos incisos do § 1º, do art. 489, do CPC. 3.1 Inciso I: decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. 3.2 Inciso II: decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. 3.3 Inciso III: decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. 3.3.1 Fundamentação *per relationem* ou *aliunde*. 3.4 Inciso IV: decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. 3.4.1 A fundamentação de decisão monocrática e a de decisão colegiada frente a todos os argumentos deduzidos no processo. 3.4.2 A chamada “motivação implícita”. 3.4.3 Decisão que deixa de se manifestar sobre preliminar de incompetência. 3.5 Inciso V: decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. 3.6 Inciso VI: decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo analisa o rol de incisos do § 1º, do art. 489, do Código de Processo (BRASIL, 2015), relacionando-o com o princípio da obrigatória fundamentação das decisões judiciais previsto no inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Verifica as razões de a legislação infraconstitucional indicar situações específicas que, ocorrendo, fazem com que não seja considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Apresenta generalidades daquele rol de incisos, verificando sua taxatividade ou exemplificatividade, as eventuais alterações por ele provocadas ao conteúdo da constitucional obrigatoriedade de fundamentação, a quais órgãos do Poder Judiciário é dirigido e sua aplicabilidade frente a questões de fato e de direito. Comenta, individualmente, os seis incisos do § 1º, do art. 489, do Código de Processo (BRASIL, 2015), apontando em qual parte da fundamentação recaem os vícios em cada um deles previstos.

* Possui Graduação em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (2017); Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da UNESP; Estudante do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado, da UNESP; Oficial de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1978), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Com Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra - Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares. Atualmente é professora Assistente Doutor na Universidade Estadual Paulista - “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. É Líder do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil e Comparado.

Como citar: LOURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. O código de processo civil e a efetividade do princípio da obrigatória fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 32, p. 353-397. jul/dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

Palavras-chave: Decisões judiciais. Fundamentação. § 1º, do art. 489, do Código de Processo Civil.

ABSTRACT: *This article analyzes the list of items of § 1, of art. 489, of the Code of Civil Procedure (BRAZIL, 2015), relating it to the principle of mandatory grounds for judicial decisions provided for in item IX, art. 93, of the Federal Constitution (BRASIL, 1988). It verifies the reasons why the infra-constitutional legislation indicates specific situations that, in fact, cause that any judicial decision, be it an interlocutory decision, a judgment or a decision of the bench, be considered unfounded. It presents generalities of that list of items, verifying its rate or exemplification, the possible changes caused by it to the content of the constitutional obligation of justification, to which organs of the Judiciary is directed and its applicability before matters of fact and of law. It comments individually on the six paragraphs of § 1, of art. 489, of the Code of Civil Procedure (BRAZIL, 2015), stating in which part of the reasoning fall the vices in each of them predicted.*

Keywords: *Judicial decisions. Grounds. § 1, of art. 489, of the Code of Civil Procedure.*

INTRODUÇÃO

Sem levar em conta normas previstas em leis especiais, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro possui três dispositivos legais tratando sobre o dever geral de fundamentação das decisões judiciais. Um desses é norma de natureza constitucional: o inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988), o qual dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]; e os outros dois estão presentes no Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015): o *caput* de seu art. 11 repete integralmente a supracitada parte do inciso constitucional, e os incisos I a VI, do § 1º, de seu art. 489, também trata da obrigatoriedade de fundamentação, mas de modo diverso, trazendo um rol de situações relativas a quaisquer decisões judiciais que, em ocorrendo, fazem com que estas sejam consideradas não fundamentadas e, como corolário, violadoras do inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988).

Parcela dos juízes brasileiros notoriamente manifesta discordância com o fato de lei infraconstitucional tratar do tema do modo como os incisos I a VI, do § 1º, do art. 489 CPC (BRASIL, 2015) o faz. Tal oposição revelou-se explícita quando, ao estar o projeto do atual CPC no aguardo da sanção presidencial, como noticiado por Marcos de Vasconcellos e Tadeu Rover (2015), três associações de magistrados, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), oficiaram à Presidência da República, pedindo vetos daqueles dispositivos do CPC (BRASIL, 2015).

Não são poucos, entretanto, os juristas que, naquele mesmo período, em entrevistas concedidas a Marcos de Vasconcellos e Tadeu

Rover (2015), mostraram-se favoráveis àquelas normas processuais e, portanto, contrários aos pedidos de veto, sendo eles: Lenio Streck, Fredie Didier Júnior, Alexandre Freitas Câmara, Dierle Nunes, Tiago Asfor Rocha Lima, Ulisses Cesar Martins de Sousa, Ada Pellegrini Grinover, Georges Abboud, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, Benedito Cerezzo Pereira Filho e José Miguel Garcia Medina.

Por meio do Método Dedutivo de abordagem, a partir da investigação de normas, jurisprudência e doutrinas, objetiva-se com esta pesquisa compreender os porquês de o legislador processualista ter tratado da fundamentação das decisões judiciais do modo como foi feito no § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), em que são dedicados seis incisos para tratar de situações específicas nas quais não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja decisão interlocutória, sentença ou acórdão.

Ademais, além de serem analisados aspectos gerais daquele rol de incisos, no presente artigo serão tecidos, de modo detalhado, comentários específicos a cada um deles.

1 A RAZÃO DE A LEI TRAZER EXEMPLOS DE DECISÕES NÃO FUNDAMENTADAS

A obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais no Brasil é um dever constitucionalmente imposto aos órgãos do Poder Judiciário, previsto no inc. IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988). Trata-se de um princípio constitucional, considerado direito fundamental (FELISBERTO; IOCOHAMA, 2010, p. 127), de que são titulares os jurisdicionados e toda a sociedade.

Passados vinte e sete anos da promulgação da Constituição, o legislador ordinário entendeu por bem também tratar de tal dever dos juízes, agora de modo mais detalhado que o constituinte de 1988, dedicando seis incisos no § 1º, do art. 489, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) para tratar de situações específicas nas quais não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja decisão interlocutória, sentença ou acórdão.

Um simples e praticamente inevitável questionamento surge a partir da leitura dos incisos I a VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), qual seja: por que o legislador tratou da fundamentação do modo como ali o fez? E talvez a resposta a isso seja capaz de revelar a amplitude da fundamentação prevista como obrigatória pelo constituinte de 1988.

Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, diz o inciso IX, do art. 93, da CF:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Já o § 1º, do art. 489, do CPC, com seus seis incisos, dispõe que:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

Perceba-se que ambos os texto legislativos, constitucional e infraconstitucional, têm em comum a intenção de proteger o mesmo princípio: o da obrigatoria fundamentação. Cada um de modo: o constituinte impôs o dever (com verbo no imperativo: “serão”); e o CPC

(BRASIL, 2015) (apesar de ter repetido tal imposição no seu art. 11, na parte em que trata das Normas Fundamentais do Processo Civil (Capítulo I, do Livro I, da Parte Geral), com o § 1º do seu art. 489, e seu rol de incisos, trouxe claramente um intuito inibitório, no sentido de querer evitar que situações pontuais envolvendo as decisões judiciais ocorram, sob pena de nulidade destas.

Por visarem a defender o mesmo princípio, significa que se presente qualquer das situações previstas nos incisos de I a VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), a decisão que incorrer nos vícios ali previstos infringirá também o inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988), sendo conseqüentemente inconstitucional.

A partir daí, pode ser respondida a pergunta anteriormente feita: por que o CPC (BRASIL, 2015) traz tais disposições? E a resposta é que essas previsões colocadas pela lei processual querem evitar situações que não raramente são possíveis de se observar em decisões judiciais. Essa crescente prática de não expor as razões de fato ou de direito para a conclusão do ato decisório é apontada por Nelson Nery Júnior (2002, p. 185), atestando ele que “[...] essas decisões infelizmente têm proliferado no foro brasileiro, sem o menor constrangimento do Poder Judiciário em afrontar texto expresso da Constituição Federal.”

Alguns juízes, infelizmente, acabam por entender desnecessário expor o *iter* lógico-jurídico por eles percorrido no caso concreto para acolher determinada alegação em detrimento de outra, acreditando que basta uma exposição vaga, genérica, das razões de decidir. Nelson Nery Júnior também alerta sobre a inconstitucionalidade dessa manifestação judicial, afirmando que

O mau vezo em que incorrem alguns juízes e tribunais de não fundamentarem suas decisões acarreta hoje nulidade por infringência à CF. Não é incomum os juízes indeferirem pretensões argumentando com o jargão de que o fazem “por falta de amparo legal”. Esse tipo de decisão é exemplo clássico de ausência de fundamentação da decisão judicial (jurisdicional ou administrativa), que a torna írrita e ineficaz. [...] Sua conclusão poderá até ser pelo indeferimento, mas deverá dizer quais as razões pelas quais assim decidiu. (2002, p. 184).

De forma semelhante, apontando essa prática de entender desnecessária a explicitação dos porquês do convencimento, de modo

específico em relação aos fatos objeto do processo, José Carlos Barbosa Moreira, juiz de Direito, já dizia:

Nós juízes, às vezes, temos certa predileção pela análise das questões de direito, que nos parecem mais sedutoras. Aqui entre nós, com certa razão; elas nos permitem até, quando temos um pouquinho mais de tempo, fazer um “brilhareco”, citando doutrina, quiçá estrangeira: algumas linhas em francês ou italiano podem causar uma impressão extraordinária, reconheço. Mas temos, geralmente, um apetite um pouco menor pela análise das questões de fato; façamos aqui a nossa autocrítica.

Mas a lei quer que nós analisemos as questões de fato, isto é, procedamos ao exame discriminado, específico, das várias provas que foram colhidas e expliquemos o motivo do maior ou menor peso que acabamos de atribuir a cada uma delas. Não basta dizer: “Fiquei convencido de que tal fato ocorreu”, ou “Não fiquei convencido de que tal fato ocorreu”. Para cumprir a lei, e para ser fiel à nossa missão, é necessário dizer algo mais: porque me convenci, ou porque não me convenci, de que o fato ocorreu, ou de que o fato não ocorreu. (1984, p. 183-184).

É esse tipo de prática jurisdicional, inaceitável no Estado Democrático de Direito, que visa o CPC (BRASIL, 2015) a tornar obsoleta. Certamente, não fosse a ocorrência das situações específicas previstas nos incisos I a VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), o legislador não teria se preocupado em delas tratar. Há de se notar que todas as previsões ali contidas tem caráter pontual e são relevantes por uma boa razão: ocorrem nos pronunciamentos judiciais decisórios.

A lei processual não se ocupa em dizer que uma decisão cuja motivação trata de fatos completamente alheios aos autos não será considerada fundamentada, embora não o seja. Isso porque tal situação é tão óbvia que juiz algum ousaria agir assim e ainda afirmar que está fundamentada sua decisão, pois, certamente, nesse caso, restará claro até para os mais leigos no assunto, a falta de relação entre aquilo que se colocou como fundamentação da decisão e as provas constantes do processo. E, se tal situação não ocorre na prática – salvo em situações de erro material, como no caso da juntada equivocada aos autos de uma decisão prolatada em outro processo –, seria em vão o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) tratar disso.

Doutra banda, a exemplo da citada autocrítica tecida por Barbosa Moreira, não são inexistentes na prática judicial fundamentações consistentes em dizeres do tipo: *considerando o disposto na súmula X, do tribunal Y, julgo assim*. Nesses casos, o juiz explicita apenas a incidência normativa, não tratando do motivo fundante do ato decisório (situação de fato ou de direito que leva o juiz a entender pela incidência de determinada norma ao caso), tampouco dos motivos secundários ou acessórios, que indicam o caminho lógico-jurídico até o motivo fundante e que têm a função de deixar claro que o juiz analisou devidamente o processo e suas provas. Daí porque, por exemplo, o cuidado de nos incisos I e V, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), respectivamente, a lei ter deixado expresso que não deve ser considerada fundamentada a decisão que “I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;” ou “V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”

2 ASPECTOS COMUNS DO ROL DE INCISOS DO § 1º, DO ART. 489, DO CPC

Como primeira generalidade acerca do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), aponta-se o que descreve o Enunciado nº 303, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (2016, p. 42): seu rol de incisos é exemplificativo (*numerus apertus*). As hipóteses naquele previstas servem de colaboração ao conhecimento da amplitude da fundamentação democrática constitucionalmente exigida e visa a bridar fundamentações genéricas, inaceitáveis no Estado Democrático de Direito. Entre situações nele não previstas, exemplifica-se que também não devem ser consideradas fundamentadas decisões que deixam de se manifestar sobre argumento apto a, em tese, resultar em declaração de incompetência (já que, nesse caso, o órgão judicial não conclui nada, apenas decide por sua incompetência para julgar o processo, sendo, pois, situação diferente da prevista no inciso IV) além de, obviamente, as que passam diretamente do relatório ao dispositivo, sendo completamente despida de argumentos relacionados à fundamentação.

Como segunda situação geral, tem-se o fato de que nenhum daqueles dispositivos legais alterou a norma constitucional que trata

da obrigatoriedade de fundamentação, não reduzindo nem ampliando o alcance ou a eficácia do princípio nela contido. Tal aspecto merece ser evidenciado, principalmente neste período inicial de vigência do CPC (BRASIL, 2015), por duas razões: a) a manifesta preocupação de parcela dos magistrados que, por meio de associações representativas pediram veto presidencial a incisos do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), alegando que algumas das normas previstas naqueles impactariam negativamente na celeridade processual;³ e b) a inquietação de grande parte da comunidade jurídica, envolvendo regras de direito intertemporal no que tange à aplicação do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), resultando isso, inclusive, na aprovação do Enunciado nº 308 do FPPC (2016, p. 43), que indica: “Aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC, ainda que conclusos os autos antes da sua vigência.”

Ocorre que, tendo em mente essa segunda generalidade, não há motivos plausíveis para a preocupação daquelas associações de magistrados, tampouco necessidade de haver qualquer enunciado tratando do início da aplicação das nulidades previstas no § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015) (apesar de estar correto o que é dito no Enunciado nº 308 do FPPC). Ao se abordar sobre a razão que levou o legislador processual civil de 2015 a trazer exemplos de decisões não fundamentadas, foi visto que ele o fez como indicativo de parâmetros básicos para que os juízes não falhem ao exercer o dever constitucionalmente lhes imposto de fundamentar suas decisões,⁴ já que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito (*caput*, do art. 1º), sistematicamente interpretada, por si só, exige que a fundamentação das decisões judiciais traga uma análise do caso concreto, explicitando os motivos secundários, o motivo fundante e a incidência normativa, permitindo o controle democrático dos atos decisórios do Poder Judiciário.

Como já afirmado, esse rol da lei processual é mero colaborador ao entendimento da amplitude da fundamentação democrática constitucionalmente exigida. Dessa forma, porque tais normas em

³ Cf., nesse sentido: VASCONCESLLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Novo CPC: Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 04 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao#top>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁴ Cf., nesse sentido, seção 1 deste artigo.

nada inovaram no conteúdo mínimo da fundamentação já exigido pela Constituição, cai por terra qualquer afirmação no sentido de que essas novas normas processuais trariam consequências prejudiciais ao andamento dos processos, pois nulas já eram, na ideia do legislador originário, as decisões sem duplo nível de justificação, desde a entrada em vigor da atual CF, não havendo que se aplicar regras de direito intertemporal o atual CPC (BRASIL, 2015) nesse caso, porque decisões como as exemplificadas nos incisos do § 1º, do seu art. 489, já padeciam de nulidade na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), pelo que dispõe a norma do inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988), interpretado em consonância com ideais democráticos e republicanos do Estado brasileiro, também elencados na Constituição Federal.

A terceira generalidade significativa de se apontar é a de que o § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), como norma ordinária meramente exemplificativa de vícios que contrariam o princípio constitucional da obrigatoria fundamentação, aplica-se indistintamente a todos os órgãos do Poder Judiciário no exercício de sua função típica. Afinal, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não traz qualquer exceção quando diz que, sob pena de nulidade, todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas. Frise-se, nesse sentido, que o princípio da obrigatoria fundamentação é um direito fundamental, sendo, pois, cláusula pétrea, como prevê inciso IV, do § 4º, do art. 60, da CF (BRASIL, 1988), não podendo, por isso, sofrer qualquer restrição. Assim, a diversidade de órgãos do Poder Judiciário, existente para propiciar a especialização na atividade de prestação jurisdicional por parte do Estado, não modifica em nada o dever de todo juízo e tribunal fundamentar suas decisões.

Se o órgão de prestação jurisdicional constar dos incisos I a VII, do art. 92, da CF (BRASIL, 1988), onde estão elencados os órgãos do Poder Judiciário, deverá, no exercício de sua função típica, decidir fundamentadamente, mesmo em caso de eventuais subdivisões legislativas ou administrativas daqueles (como na criação de varas especializadas em matérias determinadas), já que estas não lhes retiram a qualidade de órgãos do Poder Judiciário, funcionando apenas como regras de competência.

Por consequência, exemplificativamente, até 1995 as causas de competência das Justiças estaduais cujo valor não excedia a quarenta vezes o salário mínimo eram julgadas, em regra, por varas cíveis e exigiam decisões fundamentadas, e o fato de o legislador ordinário ter permitido a criação de Juizados Especiais Cíveis nos Estados, dando-lhes competência,

como disposto no inciso I, do art. 3º, da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), para conciliação, processo e julgamento daquelas causas, não excepciona em nada o dever de fundamentação em todas as decisões que esses novos órgãos proferirem, afinal eles pertencem ao Poder Judiciário.

Esse alerta não deve ser considerado inócuo. Isso porque parte da comunidade jurídica defende, principalmente embasada nos princípios da celeridade da eficiência processuais, que o § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 1988), seria inaplicável a alguns órgãos do Poder Judiciário, mormente à Justiça do Trabalho e aos Juizados Especiais. Mas, felizmente, a orientação majoritária tem sido a favor da Constituição (BRASIL, 1988), como revelam os Enunciados nº 304 e nº 309 do FPPC (2016, p. 42-43) o quais, respectivamente, indicam que “As decisões judiciais trabalhistas, sejam elas interlocutórias, sentenças ou acórdãos, devem observar integralmente o disposto no art. 499⁵, sobretudo o seu § 1º, sob pena de se reputarem não fundamentadas e, por conseguinte, nulas.” E que “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais.” No mesmo sentido deste último, foi aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, com coordenação geral do Ministro Mauro Campbell Marques (2017, p. 6), o Enunciado 37 com a seguinte redação: “Aplica-se aos juizados especiais o disposto nos parágrafos do art. 489 do CPC.”

A quarta característica geral do rol é a de que ele é aplicável a questões de fato e de direito. A própria lei processual, no inciso II, do *caput*, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015) ao tratar dos elementos essenciais da sentença, determina que, ao expor os fundamentos o juiz deve analisar as questões de fato e de direito; e como toda decisão judicial deve ser fundamentada, o mandamento legal vale também para decisões interlocutórias e acórdãos.

Essa quarta generalidade está diretamente ligada à obrigatoriedade de, ao decidir, o juiz analisar e levar em consideração todos os argumentos fáticos e jurídicos que circundam o processo, expondo o mínimo necessário a deixar claros os porquês de ter chegado ao motivo fundante adotado, já que a *ratio decidendi* deve ser obtida com a avaliação de todos os fatores que lhe são contrários e aptos e alterá-la.

⁵ Certamente houve erro material no texto do Enunciado, na parte em que foi escrito “art. 499”, já que claramente ele faz referência ao § 1º, do art. 489 do CPC (BRASIL, 2015), que trata da fundamentação das decisões. Aliás, o art. 499, do CPC (BRASIL, 2015), não só trata de assunto diverso do enunciado em questão, como não possui parágrafos.

Se uma tese jurídica é trazida pela parte, seja com embasamento em lei, súmula, precedente, qualquer outro ato normativo, ou ainda na doutrina, quer dizer, cada questão de direito levantada no processo apta a, em tese, infirmar os motivos fundantes da decisão, obriga o juiz a, não a acolhendo, trazer os motivos de ela não incidir naquele caso concreto.

Com ainda mais ênfase, deve-se destacar que também sobre todos os fatos aptos a, em tese, infirmar os motivos fundantes da decisão deve o juiz, em caso de afastá-los, sobre eles se manifestar, justificando as razões da rechaça. Isso deriva da íntima relação entre a fundamentação e as provas produzidas no processo, decorrente de o juiz ser necessariamente um integrante do contraditório processual, já que este, não se resume na mera oportunidade de as partes se manifestarem contrárias aos argumentos adversos ao direito por elas pleiteado, mas significa também que todos os fundamentos fáticos e jurídicos por aquelas colocados como razão de seu direito, mesmo que considerados inaplicáveis ao caso concreto pelo Poder Judiciário, serão analisados e justificadamente postos de lado.

Nesse sentido, os Enunciados nº 515 e nº 516 do FPPC (2016, p. 65), respectivamente, indicam que “Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda.” E que “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.” Note-se que tais indicações doutrinárias realçam o dever de o juiz se manifestar sobre os fatos trazidos ao processo, que se ligam às provas produzidas.

3 ESPECIFICIDADES DE CADA UM DOS INCISOS DO § 1º, DO ART. 489, DO CPC

Tratando em linhas gerais sobre as situações que vêm as normas previstas nos incisos I a VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015) descrever como casos de decisões consideradas não fundamentadas, viu-se que elas são uma explanação ilustrativa do mínimo necessário ao conteúdo fundamentatório das decisões judiciais, servindo de detalhamento exemplificativo colaborador da revelação da amplitude daquele e que visam a coibir fundamentações genéricas, inaceitáveis no Estado Democrático de Direito, mas que não raramente são possíveis de se observar em decisões judiciais, em razão de parcela dos magistrados, lamentavelmente, entender desnecessário expor o *iter* lógico-jurídico percorrido no caso concreto e que leva à conclusão adotada na decisão, a qual acolhe determinada alegação

em detrimento de elementos presentes no processo que, em tese, seriam aptos a modificá-la, acreditando (aquela parcela de juízes) que basta uma explicitação vaga, genérica, abstrata das razões de decidir.

A partir de agora, tratar-se-á de cada um dos incisos supracitados, analisando em qual ou quais das partes da fundamentação recaem os vícios específicos neles descritos. Para tanto, serão trazidos exemplos concretos de decisões que se enquadram nas situações previstas naqueles dispositivos da lei processual e também serão analisados enunciados administrativos de tribunais de justiça, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, do Conselho da Justiça Federal – CJF e do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

3.1 Inciso I: decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida

No inciso I, do § 1º, do art. 489, do CPC, a preocupação do legislador é com a decisão que não apresenta nenhum *obiter dictum* nem o motivo fundante, limitando-se à indicação da incidência normativa. A decisão nos moldes da norma em comento nem sequer é provida de fundamentação *stricto sensu*, já que até mesmo a *ratio decidendi* está incompleta. Em suma, é o caso em que o magistrado nem ao menos explicita seu raciocínio decisório de modo satisfatório, falhando já no esclarecimento do primeiro nível de justificação.

É a mais patente violação à obrigatória fundamentação dentre os casos previstos no rol exemplificativo trazido pelo artigo em comento. Por isso, tecnicamente, a norma deste inciso I mostra-se subsidiária às demais do mesmo parágrafo, devendo ser a incidência normativa apontada pelo órgão *ad quem*, em caso de provimento a recurso que ataque ato decisório por vício fundamentatório, se a fundamentação do órgão *a quo* for absurdamente falha, a ponto de o órgão julgador do recurso não conseguir enquadrar a irregularidade formal do ato decisório em nenhum dos outros incisos.

Exemplo de vício fundamentatório como esse é o que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES (ESPÍRITO SANTO, 2016), no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0004106-33.2016.8.08.0038, em decisão monocrática da Relatora, que, por ausência de fundamentação, reconheceu a nulidade do ato decisório de primeiro grau recorrido, prolatado pelo Juízo da 1ª Vara Cível da

Comarca de Nova Venécia, que se limitava aos seguintes dizeres: “Indefiro o requerimento de fls. 32 em razão da certidão de fls. 18v. Suspenso na forma do artigo 40 da LEF.” Nesse caso, como bem decidiu o TJES (ESPÍRITO SANTO, 2016): “O pronunciamento objurgado, grafado em duas linhas, se limita a indicar dispositivo de lei, sem esclarecer os motivos que conduziram o magistrado a adotar a conclusão ali explicitada.”

Ainda aqui, vale apontar a existência do Enunciado Administrativo nº 8, elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará – TJP (PARÁ, 2016) dispondo que “O art. 489, § 1º, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, é respeitado quando a norma de decisão está concretamente conectada aos fatos em causa.” Em nota, o TJP (PARÁ, 2016) explica que “O enunciado visa a esclarecer o sentido e o alcance dos incisos I e II do § 1º, do art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, indicando a necessidade de fundamentação concreta das decisões judiciais.”

Sobre esse enunciado, a de se notar que sua redação pode levar a interpretação desfavorável à fundamentação, uma vez que ele pode dar a entender que o Tribunal concebe como fundamentada a decisão que, a despeito de não explicitar os *obiter dicta* e o motivo fundante, faz incidir norma que, por si só, se conecta concretamente aos fatos em causa. Essa interpretação, entretanto, revela-se paradoxal, porque a conexão concreta de qualquer norma aos fatos em causa só é possível por meio da fundamentação *lato sensu* (aquela que explicita o motivo fundante, os motivos acessórios que indiciam o *iter* lógico jurídico para àquele se ter chegado e norma ou normas que devem incidir ao caso). Bem por isso que a parte final do inciso I em comento exige que o juiz explique a relação do ato normativo incidente na decisão com a causa ou a questão decidida, assim como o inciso II do mesmo parágrafo determina que sejam explicados os motivos concretos da incidência de conceitos jurídicos indeterminados no caso.

Em vista disso, felizmente a nota explicativa sobre o enunciado, revelando que seu objetivo é mostrar que as normas de que ele trata indicam a necessidade de fundamentação concreta das decisões judiciais, informa que na verdade ele merece interpretação extensiva, acrescentando-se ao final de sua redação os dizeres *o que necessariamente deve ser demonstrado na fundamentação*. Dessa feita, melhor que o enunciado seja lido no sentido de que o art. 489, § 1º, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, é respeitado

quando a norma de decisão está concretamente conectada aos fatos em causa, *o que necessariamente deve ser demonstrado na fundamentação*.

3.2 Inciso II: decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso

A lei processual, no inciso II, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015) enaltece a nulidade da decisão que não traz motivos secundários ou acessórios (*obiter dicta*) suficientes a concretizar o motivo fundante que se constitui conceito jurídico indeterminado, não deixando claro se o magistrado realmente enfrentou o caso concreto, sendo isso causado pela ausência de definição por parte do juiz, na análise da causa *sub judice*, daquilo que esteja previsto de modo indeterminado no ato normativo incidente na decisão, mas cuja determinação, sempre possível, deve ser efetivada no ato decisório, sob pena de não ficar evidenciado se há consonância entre a incidência normativa e os motivos da decisão. Assim, como todo vício fundamentatório, essa falha formal se mostra fator impeditivo de exame concludente acerca do adequado raciocínio do juiz quanto ao direito aplicado ao caso concreto.

Muitas vezes essa indeterminação normativa é propositadamente provocada pelo legislador ou pelo órgão administrativo de onde provém a norma, por meio da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, os quais, como lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2012, p. 33) (que, em vez da primeira, preferem a denominação *conceitos legais indeterminados*) “são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo”, sendo decorrência, como também ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2012, p. 227), do entendimento de que nas sociedades atuais a elaboração normativa nos moldes dos códigos oitocentistas, que possuíam sistemas rígidos e fechados, não é satisfatória para garantir a adequada aplicação do direito, pois as normas nesses tipos de sistemas se mostram impermeáveis às modificações econômicas e sociais.

Para se entender o vício tratado no inciso em análise, deve-se ter em mente que a relação jurídico-processual, na perspectiva da entrega da prestação jurisdicional, pode ser comparada a uma relação de direito obrigacional, na qual figura em um dos polos o Estado-juiz e no outro as partes, isso porque é inegável que o processo gera deveres daquele perante estas e vice-versa.

São exemplos de deveres das partes perante o Estado-juiz: cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, não criar embaraços à sua efetivação e não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (incisos IV e VI, do art. 77, do CPC) (BRASIL, 2015); a violação a estes deveres, diz a lei, constitui ato atentatório à dignidade da justiça (§ 2º, do art. 77, do CPC) (BRASIL, 2015). Por outro lado, são exemplos de deveres que a lei coloca ao juiz, como representante do Estado, perante as partes: o de não proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida – salvo nas hipóteses excepcionadas em lei (*caput* do art. 9º, do CPC) (BRASIL, 2015), o de não poder decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (*caput* do art. 9º e art. 10º, ambos do CPC) (BRASIL, 2015) e o dever inafastável de proferir decisões em todos os casos que lhes são levados a julgamento, ainda que vislumbre haver obscuridade ou lacuna no ordenamento jurídico (art. 140, do CPC) (BRASIL, 2015).

O fato de o ordenamento jurídico brasileiro ser formado por inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, faz com que a obrigação do Estado-juiz na entrega da prestação jurisdicional, no que tange ao motivo fundante da decisão, por vezes, ganhe contornos semelhantes ao que no direito civil se conhece por obrigação genérica, que, como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 158-159), é aquela cuja especificação do objeto não é verificada ao tempo da gênese da relação obrigacional, mas, embora indeterminado no começo, esse objeto é determinável e deverá ser identificado e escolhido no momento da execução da avença.

Ao juiz, entretanto, por sua inarredável missão de fundamentar suas decisões, prestando contas não apenas às partes, mas a todo o povo, cabe tarefa mais meticulosa que a do sujeito que realiza a escolha na obrigação genérica. Deve aquele, como indica o inciso em comento, em cada decisão que proferir no processo, se houver de aplicar ou tiver de afastar norma que possua conceitos jurídicos indeterminados, explicar o motivo concreto da incidência ou do afastamento, conforme o caso. Ou seja, nessa situação, mais que o sujeito que na obrigação genérica de direito material realiza a escolha e a identificação do objeto da prestação no momento da execução do contrato, o juiz, ao executar sua tarefa decisória, cuja fundamentação naturalmente revela um processo de escolhas, entre as

quais a dos motivos fundantes do caso, se pautar sua decisão em motivos que se constituem conceitos jurídicos indeterminados, não só tem o dever de escolhê-los e indicá-los, mas, além disso, também o de concretizá-los, justificando porque aqueles, indeterminados em sua gênese, são aptos à determinação no caso *sub judice*.

Esse dever do magistrado, a propósito, é revelado pelos já citados Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2012, p. 230), os quais asseveram que, ao julgar com fulcro em normas que contêm conceitos legais indeterminados, “[...] cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.”

Como exemplo de norma que contém conceitos jurídicos indeterminados, tem-se a prevista no § 4º, do art. 1.228, do Código Civil, que, tratando do instituto da desapropriação judicial indireta, dispõe que

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002).

Veja-se que o texto da norma supracitada possui expressões que podem ganhar conotações distintas a partir da análise do caso concreto, quais sejam: “extensa área”, “posse de boa-fé”, “considerável número de pessoas” e “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”. Todas essas expressões ganham contornos específicos, sendo a localidade do imóvel objeto da lide, por exemplo, uma variável condicionante da determinação delas frente à situação concreta. Pense-se, nesse aspecto, que “extensa área” tem um significado bem diferente se aplicada em relação a imóvel situado em uma movimentada avenida do centro de uma grande cidade do que o tem para um que se situe na zona rural. Por isso, nesse exemplo, caberá ao juiz, analisando as provas que indicam o tamanho da área do imóvel e a localidade determinada onde aquele se situa, dizer se e porque deve ou não ser considerada extensa a sua área no que tange ao litígio.

É possível, no mais, perceber-se que todo conceito jurídico indeterminado constitui-se em um motivo fundante para o juiz decidir e isso decorre, como elucidam Nelson Ney Júnior e Rosa Nery (2012, p. 230), de que, preenchido o seu conteúdo valorativo no caso concreto, “[...] a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao

juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora.” Quer dizer, os conceitos jurídicos indeterminados não se prestam a justificar fatos, mas sim, e diretamente, a norma que se fará incidir ou se irá afastar. Entretanto, eles necessitam de explicação por meio de *obiter dicta* que demonstrem de modo específico quais as situações concretizadoras que no caso *sub judice* justificam a incidência ou a não incidência de norma que apresenta conceitos jurídicos indeterminados.

Em caso julgado pela 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP (SÃO PAULO, 2016b), no Agravo de Instrumento nº 2138040-69.2016.8.26.0000, foi anulada decisão interlocutória do Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto (SÃO PAULO, 2016a), proferida nos autos do Processo nº 1046989-46.2015.8.26.0576 (Embargos de Terceiro) que, julgando pedido de tutela provisória, trouxe apenas as seguintes justificativas para o indeferimento: “[...] haja vista que, em que pese o perigo da demora na hipótese, certo que não está demonstrada no caso dos autos a probabilidade do direito da embargante [...].”

Note-se que essa decisão recorrida apresentou claramente o vício previsto no inciso aqui comentado, pois o motivo fundante do indeferimento, qual seja, inexistência da probabilidade do direito da parte petionária, é conceito jurídico indeterminado, que, apesar de não ter constado expressamente da decisão atacada, vem previsto no *caput*, do art. 300, do CPC (BRASIL, 2015), e necessita o juiz, ao fundar a decisão naquele motivo, indicar quais as situações concretizadoras que justificam a não incidência daquela norma. Do contrário, estará viciada sua fundamentação.

Por isso, como bem constou do julgamento da decisão que julgou aquele Agravo de Instrumento (SÃO PAULO, 2016b), nesse caso a decisão interlocutória recorrida é manifestamente nula, “pois o douto Magistrado limitou-se a empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, não bastando citar sem explicar por qual razão não há a probabilidade do direito da embargante-agravante.”

No mais, cabe aqui complementação ao anterior comentário feito ao Enunciado Administrativo nº 8, do TJPB (PARÁ, 2016), devendo em relação a ele ser feita interpretação extensiva, no sentido de que, no caso de uma decisão envolver análise de norma com conceitos jurídicos indeterminados, o art. 489, § 1º, II, do Código de Processo Civil de 2015, é respeitado

quando a norma de decisão está concretamente conectada aos fatos em causa, *o que necessariamente deve ser demonstrado na fundamentação*.

3.3 Inciso III: decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

É a conhecida “decisão padrão” que a norma do inciso III, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), quer deixar clara ser uma afronta ao princípio constitucional da obrigatória fundamentação, cujo vício fundamentatório consiste na explicitação de *obiter dicta* falaciosos, já que a motivação será abstrata, não concretizando a norma à causa *sub judice*.

Na prática, consiste na decisão em que o juiz de antemão elabora um texto que, independentemente do caso concreto, será aplicável, mas não será logicamente convincente, porquanto genérico. Por isso, apesar de uma engenhosa saída para a efetivação da celeridade processual, já que se pode gastar tempo com a produção do texto por uma única vez e em todas as outras decisões apenas copiá-lo, sem se dar ao trabalho de argumentar efetivamente sobre o caso concreto, essa solução é inaceitável porque desrespeita a fundamentação democrática, já que esta exige a explicitação de motivos acessórios que verdadeiramente tratem das situações peculiares de cada causa.

Em regra, é sobre os motivos acessórios que tratam dos fatos que esse vício recai, já que, por mais semelhante que um caso seja em relação a outro, na ordem dos fatos sempre há especificidades únicas em cada situação levada a julgamento, não sendo possível, portanto, o juiz daqueles tratar especificamente antes de realmente conhecer o processo e suas provas.

Exemplo de vício desse tipo foi reconhecido pelos Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ (BRASIL, 2016c), no julgamento do *HC* 216.659/SP, em que por maioria, apesar de não conhecerem do *writ*, concederam *habeas corpus* de ofício, declarando a nulidade do acórdão atacado por desrespeito à norma do inciso IX, do art. 93, da CF, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, Sebastião Reis Júnior.

E, para que reste clara a exata subsunção entre a falha formal exemplificada no inciso em comento e a decisão anulada, veja-se literalmente os dizeres da fundamentação desta, reproduzida pelo Ministro Relator em seu voto:

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de

recurso oferecidas, merece ser mantida por seus próprios fundamentos, ora ratificados, nos termos do que vem expressamente autorizado pelo artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, nenhum reparo se lhe impo, seja quanto ao reconhecimento da ocorrência do fato e da sua autoria, ao réu atribuída, seja quanto a caracterização dos crimes de roubo consumados e tentado, seja, ainda, quanto à pena aplicada, mantido o seu regime de cumprimento.

Assim sendo, e nestes termos, nega-se provimento ao recurso interposto pelo réu e, se mantém, nos termos em que proferida, a r. Decisão de primeiro grau. (BRASIL, 2016c).

Analisando o texto supra, conclui-se que bem pontuou o STJ no julgado em questão, que anulou o acórdão do qual aquele constava como fundamentação, ao afirmar que no texto há

[...] total carência de fundamentação, uma vez que não há a mínima menção a qualquer das questões tratadas no recurso de apelação ou a qualquer peculiaridade dos autos, sendo certo que os referidos parágrafos, pela abstração, servem ao exame de qualquer julgado. (BRASIL, 2016c).

Ao ler aquele texto, é fácil notar que se for ele colocado como justificativa de manutenção de sentença recorrida que condenou alguém por qualquer crime, encaixar-se-á a todos os casos, bastando-se apenas trocar o *nomem iuris* do delito, porque os dizeres daquela fundamentação genérica não enfrentam os fatos e, como corolário, não deixam claro se o julgador os enfrentou.

3.3.1 Fundamentação per relationem ou aliunde

Michele Taruffo (2015, p. 353) descreve motivação *per relationem* como sendo aquela em que o juiz não apresenta uma justificação autônoma (*ad hoc*) para a questão decidida, mas julga remetendo-se à justificação contida em outra decisão. Já Alexandre Mazza (2015, p. 127), com arrimo em José dos Santos Carvalho Filho, tratando da questão no âmbito do Direito Administrativo, apresenta ideia mais ampla do conceito, indicando que motivação *per relationem* ou *aliunde* é “[...] aquela indicada fora do ato, consistente em concordância com fundamentos de anteriores *pareceres, informações, decisões* ou *propostas*. Opõe-se a motivação contextual em que os fundamentos de fato e de direito estão indicados no próprio contexto do ato [...]” (grifos nossos).

Entre os dois, adotar-se-á para os fins deste artigo o conceito mais amplo, já que no que se refere à nulidade da fundamentação nesses moldes, não importa se o juiz, ao deixar de apresentar justificativas próprias para o ato decisório, remeteu-se a outra decisão judicial ou a qualquer outro texto, como, por exemplo, um parecer do Ministério Público.

A prática da fundamentação *per relationem*, não tão escassa entre os magistrados brasileiros, gera decisões que apresentam o vício previsto no inciso III, do § 1º, do art. 489, do CPC, já que inevitavelmente por meio delas é possível o juiz criar uma decisão padrão, que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Para entender isso, tome-se como exemplo uma decisão que se resume aos seguintes dizeres: *considerando os fundamentos apresentados pelo Ministério Público no seu parecer (fls. 50), os quais são adotados como justificativa deste ato decisório, julgo assim*. Este tipo de decisão, por mais que o parecer a que se refere o juiz esteja devidamente fundamentado com *obiter dicta*, motivos fundantes e incidência normativa, não pode ser dada como democraticamente fundamentada, por duas razões básicas: a) o juiz, nesse caso, não terá cumprido seu papel no contraditório, não deixando evidenciado se analisou devidamente o processo e suas provas; e b) decisão desse tipo está invocando motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão em processo que o órgão de referência ofereça parecer, bastando ao juiz, na decisão preestabelecida, modificar o número das folhas da peça processual citada.

Em que pese a esses argumentos, contudo, deve-se esclarecer que, em pesquisa jurisprudencial, verifica-se que os tribunais superiores, em regra, vêm aceitando a prática judicial da fundamentação *per relationem*. Nesse sentido, são as palavras do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, registradas em voto de Acórdão nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 825.520/SP:

Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional **a utilização**, pelo Poder Judiciário, **da técnica** da motivação “*per relationem*”, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – **referindo-se**, expressamente, **aos fundamentos** (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, **a pareceres** do Ministério Público, ou, ainda, **a informações** prestadas por órgão apontado como coator) – **constitui meio apto** a promover **a formal incorporação**, ao ato decisório, **da motivação** a

que o juiz se reportou *como razão de decidir*. Precedentes. (BRASIL, 2011, grifos do autor).

Nem sempre, entretanto, o Supremo Tribunal Federal aceitou a prática fundamentatória aqui tratada. Por exemplo, no julgamento do HC nº 75.213-6/RJ, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, por unanimidade a 1ª Turma do STF, nos termos do voto do Relator, declarou nulo o acórdão atacado, por ausência de fundamentação. O Ministro Relator reproduziu trecho do parecer da Procuradoria-Geral, que cita a decisão recorrida e destaca sua nulidade. Veja-se:

Quanto à terceira alegação, qual seja, a falta de fundamentação do acórdão, temos que razão assiste à impetração. Vejamos o voto condutor do acórdão acoimado de desfundamentado:

“Improvejo, com base na sentença de fls. 188/205 cuja fundamentação adoto, regimentalmente, passando, pois, a integrar o meu voto.”

Ora, como bem se pode ver, o acórdão hostilizado sequer examinou as alegações da defesa, não oferecendo nenhuma fundamentação de sua decisão.

O postulado constitucional incerto no inciso IX do artigo 93 da Carta Magna é garantia pertinente ao próprio Estado de Direito. É garantia do cidadão, que fica resguardado de arbitrariedades que possam ser cometidas pelo próprio estado-juiz, garantia do magistrado, que fica afastado de críticas por suspeitas de parcialidade, favorecimentos, etc. Maculado o princípio, fica óbvia a vulneração à liberdade individual, no caso, do réu, hipótese que reclama a nulidade da decisão. (BRASIL, 1997, grifos nossos).

Por sua vez, o STJ, apesar de admitir a técnica da fundamentação *per relationem* como regra, nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 266558/SP (BRASIL, 2016a) e do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 62701/ES (BRASIL, 2016b), respectivamente, demonstrou entender que ela não deve ser aceita nos casos em que: a) o órgão de prestação jurisdicional, adotando argumentos de peça processual constante nos autos como fundamentação da decisão, somente indica as páginas daquela, sem, todavia, reproduzir seus os argumentos justificativos; ou b) não traz minimamente os fundamentos ensejadores do afastamento de preliminares suscitadas no processo.

Como visto, nem sempre a Suprema Corte brasileira deu a técnica da fundamentação *per relationem* como adequada ao ordenamento jurídico; e também o Superior Tribunal de Justiça a rejeita em certas circunstâncias. E, de acordo com a análise normativa desta pesquisa, na verdade, melhor se revela o entendimento de que ela é totalmente incompatível com a norma do inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988), interpretado à luz dos ideais democráticos e republicanos do Estado brasileiro, pois propicia o descumprimento do juiz em seu papel no contraditório e, além disso, afronta diretamente o inciso III, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015).

3.4 Inciso IV: decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

A norma exemplificativa trazida no inciso IV, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), preocupa-se com o mais corriqueiro caso de ausência do conteúdo mínimo da fundamentação. Ela traz a situação em que o juiz explicita a *ratio decidendi* da decisão, trazendo, assim, os motivos fundantes e a incidência normativa, mas não apresenta todos os motivos secundários ou acessórios (*obiter dicta*) que deveria, cuja função é justamente a de deixar claro que a *ratio decidendi* não foi obtida sem a avaliação de todos os fatores que são aptos a, em tese, infirmá-la.

Na prática, esse vício fundamentatório costuma ser a causa mais comum de interposição de embargos de declaração nas situações em que estes visam ao esclarecimento de obscuridade ou ao suprimento de omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, já que nestas duas hipóteses de cabimento do recurso, como previsto na primeira parte do inciso I e inciso II, ambos do art. 1.022, do CPC (BRASIL, 2015), ocorre o típico caso em que o juiz não explicita adequadamente o *iter* lógico-jurídico de sua conclusão frente aos elementos de fato ou de direito que, compondo a relação jurídico-processual, são aptos a, em tese, modificá-la.

O inciso em comento, dentre os seis do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), é o que mais mereceu, por enquanto, a preocupação de tribunais, da ENFAM e do FPPC, manifestada na quantidade de enunciados administrativos tratando sobre ele. E, por certo, o alto índice de decisões maculadas pelo vício previsto nessa norma é a razão disso.

De início, chama-se a atenção para o Enunciado nº 128 do FPPC (2016, p. 23), cujos dizeres são: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489.”

A figura do *amicus curiae* vem prevista no art. 138 e parágrafos, do CPC (BRASIL, 2015) e, em resumo, trata-se de interventor, que participa do processo a requerimento ou por solicitação judicial, em razão da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia, sendo órgão ou entidade especializada e com representatividade adequada, o qual apresenta manifestação sobre o caso e pode, se necessário, opor embargos de declaração ou recurso contra decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como todo integrante da relação jurídico-processual em condição diversa de julgador, que formula pretensão, veicula defesa ou oferta parecer, possuindo legitimidade para recorrer da decisão, o *amicus curiae* merece ter levada em conta pelo julgador a sua participação no processo, a qual, se trazer argumentos aptos a, em tese, infirmar a conclusão adota na decisão, deverá ser enfrentada, sob pena de inobservância à obrigatória participação do julgador no contraditório processual. Por isso, inclusive, a redação da norma do inciso IV aqui comentado é muito feliz ao falar em argumentos produzidos *no processo* e não simplesmente naqueles produzidos *pelas partes*, pois com isso revela expressamente o legislador que todo participante da relação jurídico-processual em uma das condições acima referidas, e não apenas o autor e o réu, terão seus argumentos levados em consideração na formação do direito do caso em que participam.

Outro enunciado que trata da norma em comento é o Enunciado nº 12 da ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1), que descreve: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.”

A expressão “subordinante” diz respeito ao “que subordina; que torna dependente” (DICIO, 2017). Assim, questão subordinante, no que tange à relação jurídico-processual, é aquela da qual depende outra. Por exemplo, toda a análise meritória de causa *sub judice* sujeita à prescrição fica condicionada a não ocorrência desta, já que, uma vez prescrita a exigibilidade da pretensão, o autor ou reconvinte, conforme o caso, não tem o direito de que efetivamente o Estado obrigue o réu ou reconvindo a cumprir a pretensão cuja exigibilidade prescreveu.

Desse modo, não há necessidade de o Poder Judiciário, reconhecendo a prescrição, analisar o mérito do caso levado a julgamento, porque tal verificação é inútil, não modificando em nada a conclusão do ato decisório, e desfavorecendo, conseqüentemente, a celeridade e eficiência processuais. Por isso, sendo o mérito subordinado a não ocorrência da prescrição, uma vez reconhecida esta, realmente não há vício fundamentatório algum em o juiz deixar de sobre aquele se manifestar.

Há outros dois Enunciados da ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1-2) que, pelo teor, cabe deles análise conjunta. São os de nº 13 e 19, que, respectivamente, dizem

13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

14) A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

Semelhante a eles, têm-se o Enunciado nº 62, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 12), aprovado no Ciclo de Debates sobre o CPC de 2015: *Primeiras Impressões de Juízes Cíveis acerca do Novo Código de Processo Civil*, cuja redação é: “Fica o juiz dispensado de analisar o fundamento suscitado no caso concreto capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, quando já analisado e rejeitado na formação do precedente obrigatório ou enunciado de súmula aplicável”; o Enunciado Administrativo nº 5, do TJPB (BRASIL, 2016), cuja primeira parte possui idêntica redação daquele do TJRJ; e o Enunciado nº 34 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG (MINAS GERAIS, 2016) sobre o CPC de 2015, aprovado em sessão plenária, que diz: “Fica o juiz dispensado de analisar o fundamento suscitado no caso concreto capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, quando já analisado e rejeitado na formação do precedente obrigatório ou enunciado de súmula aplicável.”

Pode-se perceber que esses cinco enunciados, em suma, dizem ser fundamentada a decisão que, fazendo incidir na decisão precedente obrigatório ou tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos,

deixa de enfrentar argumentos já nestes debatidos. As interpretações da ENFAM, do TJRJ, do TJPA e do TJMG, expressadas nesses excertos são corretas em razão da qualidade a que o Código de Processo Civil erigiu tanto os chamados “precedentes obrigatórios” quanto as teses jurídicas a que se referem ambos os enunciados, qual seja: natureza normativa.

A própria ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1) e o TJPA (PARÁ, 2016) apontam o que eles entendem por “precedente” a partir da leitura do CPC. Isso está exposto no Enunciado nº 11 daquela e na parte final do Enunciado nº 5 deste, os quais, respectivamente, dizem que “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”, e que se entende “[...] como precedentes, a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC de 2015, apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332 do mesmo código.”

Veja-se então o que consta dos incisos I a V, do art. 927, bem como do inciso IV, do art. 332, todos do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

[...]

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Apesar de respeitável doutrina entender inconstitucionais alguns dos dispositivos supracitados,⁶ fato é que as decisões, orientações e súmulas a que eles se referem, a menos que haja declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado ou revogação legislativa, são verdadeiras normas a que os juízes devem seguir, já que tanto o *caput* do art. 927 quanto o do art. 332, do CPC (BRASIL, 2015), trazem determinação e não opção ao juiz. Para concluir isso, basta que se atente ao modo imperativo dos verbos “observar” e “julgar”, naqueles constantes (os juízes e os tribunais *observarão* (*caput*, do art. 927); o juiz *julgará* (*caput*, do art. 332)).

Sendo normas, tais dispositivos se enquadrarão na fundamentação não como *obiter dicta* ou como motivo fundante, mas como incidência normativa, por isso realmente, como bem entende a ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1), é desnecessário que o juiz enfrente os argumentos já debatidos na formação daquelas decisões, súmulas e orientações. Isso porque não precisa o juiz ao fazer incidir uma norma explicar o que levou o espírito do órgão de onde ela emana a criá-la; até pode fazê-lo para, por exemplo, justificar que está realizando na decisão uma interpretação teleológica, razão pela qual se mostra importante comparar a finalidade originária da norma incidente com a sua aplicação no caso específico *sub judice*, mas em regra a isso não está obrigado. O que impõe o princípio da obrigatoria fundamentação ao juiz, nesse caso, é que ele explique o motivo fundante, traduzido na subsunção do caso concreto à decisão, súmula e/ou orientação, que serão normas incidentes, o que será necessariamente feito por meio dos *obiter dicta*, sob pena de não explicar a relação do ato normativo com a causa ou a questão decidida e, por conseguinte, incorrer no vício previsto no inciso I, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015).

Espera-se, como regra, que todos os argumentos contrários ao enunciado da súmula, do precedente obrigatório ou da tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos tenham sido discutidos nos

⁶ Cf., nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1835-1846.

julgados que os originaram. Inclusive, esse é o entendimento do FPPC (2016, p. 42, 73), revelado nos Enunciados nº 305 e nº 585, os quais, respectivamente, recomendam que “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados” e que “Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida.” Essa ideia dá força ao caráter normativo a que o CPC (BRASIL, 2015) erige aqueles dispositivos, pois, desse modo, tendo os órgãos de superior hierarquia do Poder Judiciário exaustivamente enfrentado as questões contrárias à súmula, precedente ou tese, com maior confiabilidade o juiz, as partes e a sociedade em geral os aceitarão como normas a serem seguidas e não como meras recomendações.

Há outras duas disposições, uma legislativa e outra administrativa, que ajudam a corroborar essa afirmação de que ao aplicar precedentes obrigatórios o juiz não precisa enfrentar argumentos que naqueles já se debateu. A primeira é a norma do § 2º, do art. 926, do CPC (BRASIL, 2015), dispondo que ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. A segunda é o Enunciado nº 8 da ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1), o qual diz que “Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.”

Esses dois dispositivos, em resumo, revelam a indispensabilidade de que na edição de súmula os tribunais coloquem, no respectivo enunciado, a situação de fato ou de direito que foi o núcleo do debate jurídico que provocou sua elaboração. E, como exemplo de observância a essa necessidade, tem-se a Súmula 549 do STJ, que diz: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Nesse caso, o claro enunciado da súmula corretamente traz o cerne da discussão jurídica que culminou em sua edição, qual seja, a possibilidade de se penhorar bem de família do fiador de contrato de locação.

Dessarte, se, por exemplo, em processo de execução o juiz deferir pedido do exequente e determinar a realização de penhora em bem imóvel do executado, fiador de contrato de locação, e este, diante disso, requerer a desconstituição da constrição judicial, argumentando se tratar de bem de família, não necessitará o juiz, na fundamentação da decisão referente à desconstituição pedida, ao dizer que não a efetuará porque no caso incide

a norma da Súmula 549 do STJ, justificar o porquê de ser válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, já que essa discussão já se travou nos precedentes originários da súmula.⁷

3.4.1 A fundamentação de decisão monocrática e a de decisão colegiada frente a todos os argumentos deduzidos no processo

A norma exemplificativa do inciso IV, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), diz que ofende a obrigatória fundamentação a decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Note-se, a exigência é que o órgão julgador se manifeste apenas sobre aquilo que seja apto a tornar outra a conclusão a que se chegou, de modo que vício algum ocorrerá na fundamentação se o órgão de prestação jurisdicional não se manifestar sobre argumentos que o fariam chegar à mesma conclusão, se aqueles não forem necessários para afastar elementos contrários a esta.

Tratando sobre esse ponto, o Enunciado nº 7 do TJMG (MINAS GERAIS, 2016), indica: “Considera-se suficientemente fundamentada a decisão em que o juiz se manifesta sobre os argumentos relevantes e pertinentes alegados pelas partes.”

De modo similar, é o Enunciado Administrativo nº 7 do TJPA (PARÁ, 2016), com a seguinte redação: “Considera-se suficientemente fundamentada a decisão em que o juiz se manifesta apenas sobre os argumentos alegados pela parte, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” E, em nota explicativa sobre ele, relata aquele Tribunal que “O enunciado visa a esclarecer a desnecessidade de a decisão judicial examinar todos os argumentos arguidos pela parte, mas sim, e tão somente, os capazes de infirmar a conclusão do *decisum*” (grifo do autor).

Por óbvio, querer obrigar o órgão julgador a se manifestar sobre todos os argumentos produzidos no processo a favor da conclusão adotada, mesmo quando a manifestação sobre apenas parte daqueles se mostrar

⁷ São precedentes originários da Súmula 549 do STJ: AgRg no Ag 1181586 PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 12/04/2011; AgRg no AREsp 31070 SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 25/10/2011; AgRg no AREsp 160852 SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012; AgRg no AREsp 624111 SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015; AgRg no REsp 1088962/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 30/06/2010; e REsp 1363368 MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014.

suficiente para afastar todos os outros que, em tese, são capazes de infirmá-la, não só se revelaria desnecessário em uma perspectiva lógica, mas também ofenderia os princípios da celeridade e da eficiência processual.

Vale apontar, também, que ao contrário do que perfunctoriamente possa parecer, deixar de se manifestar o juiz sobre todos os argumentos produzidos no processo, quando desnecessário, não tornará sua decisão *citra petita*, pois os argumentos não se confundem com as pretensões.

A decisão será *citra petita* se o juiz deixar de se manifestar sobre alguma pretensão, ou seja, sobre algum pedido; e argumentos não são pedidos, mas causas de pedir, que podem ser fatos ou fundamentos jurídicos. Nesse sentido, para situações em que a manifestação sobre apenas parte dos fundamentos é apta a tornar fundamentada a decisão, leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 872) que “[...] o juiz precisa apreciar todas as pretensões formuladas, mas não necessariamente todos os fundamentos trazidos pelas partes, mas apenas os suficientes para o acolhimento ou rejeição da pretensão.”

Os enunciados citados nesta subseção e os respectivos comentários que até aqui se fez são válidos, em qualquer caso, para decisões monocráticas, pois vale se atentar para o fato de que os argumentos deduzidos no processo que necessariamente devem ser analisados pelo órgão de prestação jurisdicional ganham contornos diferentes quando se está diante de decisões colegiadas.

Para se entender o porquê disso, tome-se um exemplo. Suponha-se que o autor peça ao Poder Judiciário a declaração de nulidade de contrato firmado com o réu e, pautando-se no rol do art. 166, do CC (BRASIL, 2002), apresente três motivos fundantes para isso: a) o de que era ele, autor, absolutamente incapaz ao tempo em que firmou o acordo, tendo-o feito sem a participação de seu representante; b) o negócio jurídico não reveste a forma prescrita em lei; e c) o contrato foi celebrado com objetivo de fraudar lei imperativa. E o réu em sua defesa rebata aqueles argumentos, alegando que: a) o autor estava devidamente representado no ato do acordo; b) a forma legal foi observada; e c) não houve qualquer objetivo negocial de fraudar lei imperativa.

Se o caso exemplificado for julgado por um juízo singular e este em seu raciocínio decisório entender que realmente o contrato não obedeceu à forma prescrita em lei, e que esse será o motivo fundante de sua decisão, deverá então escolhê-lo e a partir disso combater todos os

elementos do processo que, em tese, são capazes de refutá-lo, apresentando o *iter* lógico-jurídico de sua escolha.

Assim, nesse caso, o juízo singular não precisará enfrentar os argumentos “a” e “c” do réu, já que, dos argumentos contrários à conclusão da decisão (nulidade contratual), apenas o argumento “b” é apto a modificá-la. Assim, apesar de o réu eventualmente estar certo ao afirmar que o autor estava representado no ato negocial e que não houve objetivo de fraude à lei imperativa, porque tais argumentos não possuem aptidão modificativa à conclusão, mostrar-se-á irrelevante seu enfrentamento na fundamentação.

Da mesma forma, os outros dois argumentos trazidos pelo autor como causa da nulidade negocial, no exemplo dado, não precisam ser apreciados pelo juiz, já que, independente de serem ou não acolhidos, em nada mudarão a decisão, afinal, eles não são contrários à conclusão adotada e são autônomos a ela. E, se acolhidos, não seriam meras justificativas da escolha do motivo fundante, não se apresentariam como motivos secundários, mas como motivos fundantes, tal qual o fundamento de que o negócio não revestiu a forma prescrita em lei, que levariam à mesma qualificação jurídica e à mesma conclusão que este, por isso não necessitam, no exemplo dado, estar na fundamentação do juízo singular.

O motivo fundante, assim, funcionará como o núcleo gravitacional da fundamentação, atraindo para esta todos os elementos processuais que frente à conclusão adotada na decisão possuam uma destas duas duplas qualificações: a) contrariedade e aptidão à alterabilidade; ou b) favorabilidade e pertinência lógico-justificativa. Tendo uma dessas duplas qualificações, deverão os elementos não acolhidos ser manifestados nos *obiter dicta* da fundamentação da decisão, sob pena de nulidade. Os elementos processuais que não possuam uma dessas duplas características são dispensáveis ao conteúdo mínimo da fundamentação.

Sendo colegiada a decisão, entretanto, os argumentos deduzidos no processo que necessariamente devem ser analisados pelo órgão de prestação jurisdicional, ainda que todos se constituam em motivos fundantes, ganham contornos diferentes. Por vezes, nessa situação, é necessário que mais de um motivo fundante seja apreciado pelo mesmo julgador, e isso resulta justa e diretamente do fato de haver mais de uma cabeça pensante na formação do *decisum*.

Para explicar isso, aproveita-se o mesmo exemplo dado. Imagine-se em uma decisão judicial colegiada na qual participam três julgadores e que, ao votar, o primeiro acate o argumento “a” do autor. Nesse caso,

se algum dos outros dois julgadores for igualmente favorável àquele argumento, a decisão estará devidamente fundamentada com a explicitação dos respectivos motivos acessórios pertinentes em relação a somente aquele motivo fundante. Contudo, se os outros dois votos divergirem do primeiro, o órgão colegiado se verá obrigado a analisar o argumento “b” do autor, pois sem isso não se poderá dizer que o contrato não é nulo, já que também o argumento “b”, tal qual o “a”, por si só, se acolhido levará à nulidade contratual alegada. E, se também vencido o motivo fundante “b”, pela mesma razão, deverá ser apreciado o “c”, para só então poder o órgão colegiado dizer se o pedido de nulidade merece ou não acolhida.

Conclui-se, desse modo, que um só pedido com mais de um motivo fundante obriga o juízo singular a se manifestar fundamentadamente sobre apenas um destes, se acolher a pretensão e, se não, acerca de todos eles. Em se tratando de órgão colegiado, contudo, nessa mesma situação, ainda que julgada procedente a pretensão, a apreciação de mais de um motivo fundante ocorrerá nos casos em que analisado algum destes, restar ele desacolhido.

3.4.2 A chamada “motivação implícita”

A chamada *motivação implícita* é questão de que há tempos já trata a doutrina processualista penal, mas que na verdade interessa a todos os ramos processuais, já que o princípio da obrigatoria fundamentação atinge a todos os órgãos do Poder Judiciário.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 156), ocorre motivação implícita quando as lacunas justificativas deixadas pelo julgador no discurso judicial fundamentatório for superada pela relação lógica existente entre aquilo que foi explicitamente dito e o que deveria ter sido, mas não o foi. E, em obra monográfica, Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 197) ressalta que ela é admitida em casos pontuais, nos quais os “[...] motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender a mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.”

Atentando-se às explicações supra, vê-se que a motivação implícita se relaciona aos motivos secundários da fundamentação (*obiter dicta*), que servem para explicar o *iter* lógico-jurídico que desembocará no motivo fundante e na incidência normativa. No mais, uma análise

acurada sobre a questão acaba por revelar que a expressão pode induzir a erro, pois, na verdade, nos termos dos citados ensinamentos doutrinários, os motivos aptos a tornar claro o caminho trilhado pelo julgador em seu raciocínio justificativo para a chegada à *ratio decidendi* estão explícitos, e não implícitos, pois por meio deles mostra-se lógico o afastamento dos argumentos contrários à conclusão.

Por isso, a expressão motivação implícita é incongruente, porque a função indispensável dos *obiter dicta*, como já alhures se tratou, é justamente deixar claros os porquês de ter o julgador chegado à conclusão adotada, mostrando-se como um processo argumentativo-explicativo essencial ao satisfatório conhecimento do raciocínio lógico-jurídico que levou o julgador a *ratio decidendi*, indicando que esta não foi obtida sem a avaliação de todos os fatores a ela contrários. Uma decisão que não traz dizeres capazes de propiciar isso não pode ser dita como democraticamente fundamentada.

Como já afirmado, o motivo fundante pode ser pesando como o núcleo gravitacional da fundamentação, atraindo para esta, na função de motivos secundários, todos os elementos presentes no processo que possuam uma das seguintes duplas qualificações em relação à conclusão adotada: a) contrariedade e aptidão à alterabilidade; ou b) favorabilidade e pertinência lógico-justificativa. Se algo presente na relação jurídico-processual deixou de ser dito na explicitação dos motivos acessórios da fundamentação sem que com isso fosse desrespeitada a norma do inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988), é porque certamente não possui uma daquelas qualificações. Por exemplo, pode ser que um argumento da parte seja contrário à conclusão adotada na decisão, mas inapto a alterá-la, ou lhe seja favorável, mas não possua pertinência lógico-justificativa em relação a ela, por conseguinte, em ambos os casos serão dispensáveis à fundamentação.

Não se dá para aceitar uma decisão “meio motivada”, porque a motivação é um componente essencial da fundamentação constitucionalmente exigida. Ou a decisão explícita em sua fundamentação os *obiter dicta* possuidores de uma daquelas qualificações, ou será nula. Implícita pode ser a lógica resultante das justificativas motivacionais, mas

a motivação deve sempre ser explícita, porque sem isso o conteúdo mínimo exigido para a fundamentação da decisão judicial não terá sido respeitado.

3.4.3 Decisão que deixa de se manifestar sobre preliminar de incompetência

Reforça a iterada afirmação, feita neste artigo, de que é exemplificativo o rol dos incisos I a VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), a análise sobre a necessidade de o órgão de prestação jurisdicional se manifestar sobre preliminar de incompetência arguida pelo réu, por terceiro interventor ou pelo Ministério Público (o autor, por óbvio, não pode alegar incompetência, pois ele é quem faz o endereçamento da petição inicial).

Sobre isso, de início, vale atentar-se para o fato de que o pronunciamento judicial acerca de preliminar de incompetência terá sempre natureza de decisão, via de regra interlocutória.⁸ Por isso, acertadamente a norma do § 2º, do art. 64, do CPC (BRASIL, 2015), descreve que, após manifestação da parte contrária, o juiz *decidirá* imediatamente a alegação de incompetência. Tal ato do juiz não se trata de despacho, já que pode causar prejuízos aos participantes do processo, tendo, assim, conteúdo decisório.

À primeira vista, pode parecer que deixar de se manifestar o juiz ou tribunal sobre preliminar de incompetência é situação que se amolda perfeitamente à previsão exemplificativa do inciso IV em comento. A competência do juízo ou tribunal, como leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 186) é pressuposto processual, de modo que se trata de questão subordinante que, como já apontado, no que tange à relação jurídico-processual, é aquela da qual depende outra. Contudo, o pronunciamento sobre preliminar de incompetência é situação peculiar, pois, a despeito das demais questões subordinantes, que tem o condão de impedir que o Poder Judiciário decida as questões subordinadas, tal pronunciamento, em caso de acolhida da arguição, inviabiliza qualquer decisão sobre a presença dos demais pressupostos processuais ou condições da ação por parte do órgão de prestação jurisdicional incompetente, ou seja, é questão que antecede a análise de qualquer outra.

⁸ Excepciona a regra de que a incompetência do juízo ou tribunal é feita por meio de decisão interlocutória a Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), a qual dispõe que nos Juizados Especiais o reconhecimento de incompetência territorial é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (inciso III, do art. 51), de modo que, especificamente nesse caso, a incompetência é reconhecida por sentença.

Diferentemente de outros pressupostos processuais ou das condições da ação que, não preenchidos, porão fim ao processo sem resolução do mérito se não for possível a sanação do vício, como previsto nos incisos IV e VI, do art. 485, do CPC (BRASIL, 2015), a decisão sobre a incompetência, se acolhida, simplesmente faz com que os autos sejam remetidos ao juízo competente, nos termos do § 3º, do art. 64, do CPC (BRASIL, 2015), sem que nada seja decidido. Assim, trata-se esta de peculiar decisão que nem resolve o mérito nem afirma que há vício impeditivo da análise deste, mas somente que o órgão de prestação jurisdicional a que foi dirigida a petição inicial não tem competência para o julgamento do processo.

Dessa forma, apesar de parecer que a ausência de manifestação judicial sobre a incompetência arguida padece do vício previsto no inciso IV em comento, as situações não são iguais, já que no caso expressamente trazido naquela norma a falha decorre de o órgão de prestação jurisdicional deixar de se manifestar sobre questão apta a, em tese, infirmar a conclusão adotada, ao passo que no caso de falta de decisão sobre incompetência alegada, a nulidade se dá pela ausência de manifestação sobre argumento que impede qualquer conclusão, seja sobre o mérito ou questão que impede o Poder Judiciário de analisá-lo, porquanto de seu acolhimento não cabe outra decisão a não ser a de declarar o juiz ou tribunal como incompetente o órgão de prestação jurisdicional para decidir a causa e, em consequência, de nada poder concluir (acerca do mérito ou de questão que não permite sua apreciação).

Vale apontar que o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2005) já reconheceu, na decisão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 526.768-2/BA, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence,⁹ que é nula por violação ao inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988), decisão que deixa de se manifestar sobre preliminar de incompetência.

⁹ Nas palavras do Ministro Relator: “É nulo, por ausência de motivação (CF, art. 93, IX) o acórdão que se omite sobre preliminar de incompetência absoluta do colegiado de segundo grau [...]”.

3.5 Inciso V: decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

Para análise do inciso V, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), mostra-se de extrema pertinência o que, ainda que sucintamente, tratou-se sobre precedentes e súmulas. E, como alhures foi dito, o CPC lhes confere natureza jurídica de normas.¹⁰

Assim sendo, enxerga-se íntima relação entre os incisos I e V do parágrafo ora comentado, sendo que em ambos o legislador quis deixar clara a obrigação de que na fundamentação estejam expostos os *obiter dicta*, de modo que, quanto ao vício fundamentatório, vale para o inciso V em comento o que foi analisado quando se discorreu sobre o inciso I do mesmo rol legal.¹¹

Há, entretanto, uma preocupação mais acentuada manifestada pelo legislador processual no inciso V: enquanto no inciso I a lei dispõe que ao indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo o juiz deve explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, no inciso V é exigido que, se o ato normativo for um precedente ou uma súmula, deve o julgador, por certo sem prejuízo do disposto no inciso I, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Essa manifesta exigência do inciso V, por certo, decorre do fato de que súmulas e precedentes necessariamente são criados a partir de casos concretos levados à decisão do Poder Judiciário, de modo que tais atos normativos possuem grau de abstração em regra reduzido, pois surgem para regular situações pontuais, sendo diferentes das leis em sentido formal, por exemplo, que são criadas para abarcar o maior tipo de situações possíveis, mormente em sistemas legislativos como o brasileiro, que amplamente possuem cláusulas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, sendo as súmulas e precedentes normas pouco abstratas criadas a partir de casos concretos, ideal que esses atos normativos sejam aplicados apenas a casos que se enquadrem na mesma situação fática e/ou jurídica que os que lhes deram origem. Por isso, se mostra fundamental que o órgão de prestação jurisdicional, ao aplicar súmula ou precedente,

¹⁰ Cf., nesse sentido, subseção 3.4 deste artigo.

¹¹ Cf., nesse sentido, subseção 3.1 deste artigo.

identifique os fundamentos que determinaram a criação desta norma e demonstre que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

É certo, contudo, que nem o inciso V aqui comentado, nem qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro exige que o juiz enfrente os argumentos já debatidos na formação das súmulas ou dos precedentes, mas apenas que sejam aqueles identificados e demonstrado pelo juiz que se ajustam ao caso concreto. Aliás, essa inexigibilidade de enfrentamento já especificamente foi analisada na subseção 3.4 deste artigo.

Vale reforçar, todavia, a exigência legal do § 2º, do art. 926, do CPC (BRASIL, 2015), o qual determina que ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; e a similar orientação do Enunciado nº 8 da ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1), o qual diz que “Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.” Agindo nestes termos, certamente os tribunais tornarão menos árdua a tarefa dos juízes no cumprimento da identificação determinada no inciso V, uma vez que a própria súmula trará em seu enunciado os motivos fundantes de sua edição. Nessa circunstância, por corolário, a própria indicação da súmula tornará identificável seu ajustamento ao motivo fundante da decisão, necessariamente alcançando após a exposição dos motivos secundários (*obiter dicta*).

3.6 Inciso VI: decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Como primeiro comentário específico acerca do inciso VI, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), chama-se a atenção de que deve ser feita interpretação extensiva (e não restritiva) do texto legal, sob pena de esse dispositivo não possuir qualquer relação com a obrigatória fundamentação de que trata a Constituição Federal (BRASIL, 1988) no inciso IX, do seu art. 93.

A obrigatoriedade de fundamentação imposta pela citada norma constitucional é matéria de forma e não de mérito, não se confundindo com o fundamento da decisão, que envolve o direito material incidente à causa *sub judice*. E, em plena consonância com a cientificidade jurídica do constituinte, os incisos I a V, do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015) tratam de vícios formais, indubitavelmente ligados à fundamentação.

O inciso VI agora comentado, entretanto, pode causar dúvidas sobre se com ele o legislador quis tratar de forma ou de conteúdo, uma vez que aparenta dizer que obrigatoriamente deverá a decisão seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, a menos que reste demonstrada pelo juiz a distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento. Ora, se for essa a interpretação a ser feita da norma, sem dúvidas se estará tratando de mérito e não de forma, uma vez que isso representará tratar do próprio direito material aplicável ao caso e não da exposição dos motivos da aplicabilidade do direito. E, nesse caso, o dispositivo legal estaria regulando o fundamento e não a fundamentação da decisão.

Por isso, a melhor interpretação é no sentido o legislador disse menos do que devia nessa norma, trazendo a necessidade de que sobre ela seja feita uma interpretação extensiva, no sentido de que somente será considerada desprovida de fundamentação a decisão nas condições apresentadas, se o juiz deixar de trazer a exposição dos motivos de não seguir o fundamento esboçado em enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado. Motivos esses que não necessariamente precisam ser a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; ainda que forem outras razões jurídicas as apresentadas, se o juiz apresentar fundamentação formalmente adequada, não padecerá a decisão de vício fundamentatório, já que a exposição da *ratio decidendi* terá sido colocada, bem como os motivos secundários, que terão enfrentado os argumentos presentes no enunciado de súmula, precedente ou jurisprudência, se estes forem capazes de, em tese, infirmar os motivos fundantes da decisão. Tendo o juiz realizado tal tarefa, eventual discordância da decisão poderá recair sobre o direito aplicado, ou seja, sobre o fundamento do ato decisório, podendo ser buscada sua reforma pelo interessado, mas não estará configurado vício de fundamentação, já que o ato formal de fundamentar terá sido cumprido, não havendo, nessa ordem, razões para que seja declarada nula a decisão.

Nesse sentido, *de lege ferenda*, sugestionam-se que seja alterado o texto do inciso VI aqui analisado, podendo ser reescrito da seguinte forma: *decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem expor os motivos de fazê-lo*. Lida dessa maneira, sim, a norma passa, incontestavelmente, a tratar da fundamentação e não do fundamento, declarando nula a decisão que

deixa de explicitar os motivos secundários (*obiter dicta*) que levaram ao fundamento que contraria o da invocação feita.

Dito isso, cumpre apontar que mereceu atenções do TJMG, do TJPA e da ENFAM, esboçadas em enunciados aprovados, a manifestação do juiz sobre precedente obrigatório ou enunciado de súmula na particular situação em que é a parte quem o invoca sob a alegação de ser norma que deverá incidir na causa, sem, contudo, identificar e discutir os fundamentos que determinaram a formação daquelas normas. E, na verdade, a ideia pode ser aplicada para quando a invocação for feita por qualquer um que integre a relação jurídico-processual em condição diversa de julgador, como terceiros interventores ou o Ministério Público.

Os enunciados em questão possuem os seguintes dizeres: a) Enunciado nº 32, do TJMG (MINAS GERAIS, 2016): “O juiz tem o dever de se manifestar sobre aplicabilidade de precedente ou enunciado de súmula, invocados pela parte, quando esta identificar e discutir os fundamentos determinantes, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”; b) Enunciado nº 6, do TJPA (PARÁ, 2016): “É ônus da parte – na invocação de jurisprudência, precedente ou súmula – demonstrar as razões de decidir, a existência de distinção do caso em julgamento ou, ainda, as razões de superação do entendimento.”; e c) Enunciado nº 9, da ENFAM (BRASIL, 2015, p. 1): “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”

O núcleo ideal desses três enunciados é o de impor à parte o ônus de deixar claro ao juiz que a súmula ou precedente obrigatório por ela invocado é norma que deverá incidir ao caso, o que deverá ser feito por meio da demonstração de que o motivo fundante alegado por ela para a sua pretensão está entre os motivos fundantes que deram origem àquele ato normativo. Segundo esse entendimento, não estará obrigado o juiz a trazer na fundamentação os motivos da não incidência da súmula ou precedente obrigatório invocado quando a parte não se desincumbir daquele encargo.

Depreende-se disso que os tribunais citados e a ENFAM querem inibir as partes de invocar norma desconexa com a causa, ou seja, que manifestamente não sirva de fundamento à pretensão formulada ou defesa apresentada. E, em verdade, essa também é a vontade da lei processual, já que, nessa linha, não se pode olvidar de que dentre os requisitos da petição

inicial está o de indicar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, como dispõe o inciso III, do art. 319, do CPC (BRASIL, 2015), sendo considerada inepta e, portanto, sujeita a indeferimento, a petição inicial que da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o que vem previsto no inciso I, do art. 330 cumulado com inciso III, do § 1º do mesmo artigo do CPC (BRASIL, 2015). Além disso, de modo mais específico, a lei expressamente determina no inciso II, do art. 77, do CPC (BRASIL, 2015) ser dever das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento.

Se aqueles que participam do processo em condição diversa de julgador, seja formulando pretensões, veiculando defesa ou ofertando pareceres, cumprirem o dever legal de não fazer alegações desprovidas de fundamento, estando este contido em enunciado de súmula ou precedente obrigatório invocado, não haverá quaisquer dúvidas no que tange ao dever de o juiz, no exercício do contraditório, trazer na fundamentação da decisão os porquês da não aplicação da norma: o juiz certamente deverá fazê-lo.

A demonstração da incidência da súmula ou precedente obrigatório invocado terá satisfatoriamente sido feita sempre que houver lógica entre aquelas normas e a narrativa do fato ou dos fundamentos jurídicos feita pelo participante do processo que realizou tal invocação normativa. É notória a desnecessidade, nesse caso, de a parte apontar especificamente que na formação do precedente ou da súmula se discutiu fato e/ou direito idêntico ao do caso que deverá ser julgado. É dever do juiz, nessa circunstância, interpretar o caso frente ao ordenamento jurídico e dizer se irá ou não aplicar a súmula ou o precedente, devendo fundamentar em qualquer dos casos.

Assim, por exemplo, se em processo no qual o autor, beneficiário de seguro de vida feito por seu cônjuge, pleiteia que a seguradora ré lhe pague valor referente àquele contrato, trazendo como motivo fundante do direito ao recebimento do valor o suicídio não premeditado do contratante, e invoca como norma que deverá incidir sobre o caso a Súmula 61 do STJ (BRASIL, 1992), a qual diz que o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado, indubitavelmente deverá o juiz na fundamentação da decisão trazer os *obiter dicta* relacionados a incidência ou não da súmula invocada no caso concreto, já que há correlação lógica entre o enunciado da súmula e o fato discutido no processo.

Nessa ordem, a dúvida poderá surgir, então, somente naquelas situações em que o participante do processo invoca súmula ou precedente

obrigatório que parece destoar por completo da causa a ser julgada, não restando lógico da leitura da peça processual a razão de ter o invocador afirmado que tal norma deve incidir sobre o caso, e, mesmo assim, não busca aquele demonstrar ao juiz que entre os motivos fundantes daquela norma está o do caso concreto no qual se a invoca.

Mesmo nessa última circunstância, de modo contrário aos enunciados citados, não se pode afirmar que estará desincumbido o juiz de apresentar os motivos da não incidência da norma invocada ao caso concreto, pois a fundamentação terá o papel de legitimar a não aplicabilidade da norma, tornando inconteste o equívoco praticado pelo invocador. Esta é uma tarefa da qual não pode se desvencilhar o juiz. Isso não é uma exigência demasiada, porque uma vez que o enunciado de súmula ou precedente obrigatório realmente for de notória inaplicabilidade à causa *sub judice*, o juiz conseguirá com poucas palavras expor os motivos do afastamento.

Resultará em menos complicações dessa ordem a estrita observância dos tribunais à norma do § 2º, do art. 926, do CPC (BRASIL, 2015), a qual determina que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; bem como à orientação do Enunciado nº 8 da ENFAM (BRASIL, 2015) o qual diz que “Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.” A edição de súmulas com esse devido cuidado faz com estas carreguem em seus enunciados a situação de fato ou de direito que foi o núcleo dos debates jurídicos ensejadores de sua elaboração, de modo que ao juiz ficará mais simples extrair da leitura da peça processual em que se invocou a súmula se ao caso concreto deverá esta incidir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que passou a vigor em 2016, trouxe seis incisos que completam o § 1º, do seu art. 489, os quais formam um grupo de normas que visam a dar efetividade à observância ao princípio constitucional da obrigatoriedade fundamentação, previsto no inciso IX, do art. 93, da CF (BRASIL, 1988).

Analisando-se detidamente aqueles dispositivos da lei processual civil à luz do princípio constitucional da obrigatoriedade fundamentação das decisões judiciais, depreende-se que o CPC inovou apenas no aspecto de tornar expressa a proibição de decisões com fundamentação genérica, já que,

implicitamente, a partir da interpretação sistemática de regras e princípios da Constituição Federal (BRASIL, 1988), já eram vedadas as práticas constantes no rol de incisos do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015).

O objetivo do legislador processualista, em 2015, foi deixar explícito que é inadmissível algo que parcela de juízes entendia como constitucionais. O CPC (BRASIL, 2015) carrega um brado legislativo retumbante que visa a impedir decisões com fundamentação insuficiente. Os incisos do § 1º, do art. 489, do CPC (BRASIL, 2015), em plena consonância com a vontade do constituinte de 1988, buscam direcionar os juízes a, por meio das decisões judiciais, demonstrar que foram levados em conta todos os argumentos fáticos e jurídicos do processo, todas as provas produzidas, todas as teses aventadas que poderiam de algum modo ter sido a razão de uma decisão diferente, mas restaram justificadamente não adotados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao

[compilado.htm](#)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Seminário - O Poder Judiciário e o novo CPC:** enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 61**. Data do julgamento: 14 de outubro de 1992. Órgão Julgador: Segunda Seção. Brasília, 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 549**. Data do julgamento: 14 de outubro de 2015. Órgão Julgador: Segunda Seção. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 266.558/SP**, de 23 de fevereiro de 2016. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 2016a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?compo>

[nente=ITA&sequencial=1487245&num_registro=201300750169&data=20160229&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?compo)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 62.701/ES**, de 08 de março de 2016. Relator: Felix Fischer. Brasília, 2016b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1493847&num_registro=201501969925&data=20160330&formato=PDF>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 216.659/SP**, de 08 de junho de 2016. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 2016c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518698&num_registro=201102002168&data=20160701&formato=PDF>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75.213-6/RJ**, de 17 de junho de 1997. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75820>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 526.768-2/BA**, de 09 de agosto de 2005. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=321504>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 825.520/SP**, de 31 de maio de 2011. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627239>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/subordinante/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Agravo de Instrumento nº 0004106-33.2016.8.08.0038**, de 14 de setembro de 2016. Relatora: Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira. Vitória, 2016. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. v. 2. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, v. 190, p. 127-153, dez. 2010.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. Coordenação de Pedro Lenza. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **I Jornada de Direito Processual Civil**: enunciados aprovados. Brasília, DF, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Enunciadosaprovadosvfpub.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**. Belo Horizonte, Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 9, v. 35, p. 178-184, jul. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

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

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Enunciados administrativos**. Belém, 2016-2017. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Acordaos-e-Jurisprudencia/88236-Enunciados-administrativos.xhtml>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Aviso Conjunto TJ/CEDES 22/2015**. Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2070867/aviso-tj-cedes-2015.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão Interlocutória nos Embargos de Terceiro nº 1046989-46.2015.8.26.0576**, de 08 de junho de 2016. Juiz: Adilson Araki Ribeiro. São José do Rio Preto, 2016a. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=576&processo.codigo=G00004A6R0000>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Agravo de Instrumento nº 2138040-69.2016.8.26.0000, de 06
de setembro de 2016. Relator: Desembargador Adilson de Araujo.
São Paulo, 2016b. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/
show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI003GHIR0000](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI003GHIR0000)>.
Acesso em: 22 dez. 2017.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução
de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São
Paulo: Marcial Pons, 2015.

VASCONCESLLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Novo CPC: Juízes
pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões.
Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 04 mar. 2015. Disponível em:
<[https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-
exige-fundamentacao#top](https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao#top)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA: ANÁLISE DOS MODELOS AMERICANO E EUROPEU APLICADOS À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE ROLE OF THE STATE IN PROMOTING FREEDOM OF EXPRESSION AND OF THE PRESS: ANALYSIS OF AMERICAN AND EUROPEAN MODELS APPLIED TO THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

José Luiz Almeida Simão*

Flaviana Bissoli**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelos americano e europeu de promoção da liberdade de expressão e de imprensa. 2.1. O sistema norte-americano: a neutralidade de conteúdo. 2.2. O sistema europeu: a possibilidade de intervenção no conteúdo da mensagem. 3. O modelo predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O objeto do estudo é o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à constitucionalidade da restrição à liberdade de expressão e de imprensa por meio da punição do agente emissor da mensagem. Para tanto analisamos julgados representativos da controvérsia da Corte tendo como norte os aportes teóricos de autores nacionais e estrangeiros que divisam dois modelos para o papel do Estado na promoção das liberdades comunicativas: os sistemas americano e europeu. Após a análise minuciosa da integralidade dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que o Tribunal pende para uma postura que aceita a intromissão no conteúdo da opinião ou mensagem, assemelhando-se ao modelo europeu de proteção à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Restrição. Teorias. Modelos americano e europeu.

ABSTRACT: *The object of the study is the Federal Supreme Court jurisprudence regarding the constitutionality of the restriction of freedom of expression and of the press through the punishment of the agent issuing the message. For this, we analyze representative cases of the Court's controversy, based on the theoretical contributions made by national and foreign authors who see two models for the role of the State in the promotion of communicative liberties: the American and European systems. After a thorough analysis of the totality of the votes of the ministers of the Federal Supreme Court, it was concluded that the Court is moving towards a position that accepts the intrusion into the content of the opinion or message, similar to the European model for the protection of freedom of expression.*

Keywords: *Freedom of expression. Restriction. Theories. American and European models.*

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, aprovado com Distinção pela Banca Examinadora (2014). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2005). Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Fundação Valeparaibana de Ensino (UNIVAP), em São José dos Campos/SP.

** Especialista em Direito Público com licenciatura pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2011). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2007). Advogada com atuação nas áreas de licitações, desapropriações, contratos com a administração pública, direito civil e família.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal é fruto do processo histórico de redemocratização do Estado brasileiro iniciado em meados da década de 1980 do século passado e tem como uma de sua principal característica um amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais positivado nos capítulos inaugurais do Texto Magno.

Nesse contexto de valorização e proteção das liberdades públicas, a liberdade de expressão e de imprensa é tida como direito fundamental e impõe ao Estado e aos particulares a obrigação de protegê-la e promovê-la em favor da democracia e do progresso social.

A liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 e seu parágrafo 1º (liberdade de informação), e seguiu os parâmetros traçados pela comunidade internacional em importantes cartas de direitos.¹

As liberdades comunicativas (expressão e imprensa) têm forte disposição para colidir com outros princípios constitucionais, seja em decorrência de sua natureza, seja pela forma como estão vazadas na Constituição Federal.

Embora a tensão mais frequente em torno das liberdades de expressão e de imprensa ocorra nos conflitos com os clássicos direitos da personalidade, é certo que outros relevantes princípios também podem colocar-se em sentido oposto a ponto de conflitarem as liberdades comunicativas, tais como a isonomia do processo eleitoral, o prestígio das Forças Armadas e a ordem pública.

Não podem ser ignoradas as inúmeras decisões de juízes de primeira instância de diferentes Estados brasileiros que determinaram o bloqueio de um popular aplicativo de troca de mensagens e vídeos chamado *WhatsApp* por não informar o conteúdo das conversas de usuários investigados pelas autoridades policiais (RODOVALHO, 2016), as frequentes punições a candidatos em pleitos eleitorais por supostos

¹ No âmbito internacional, a liberdade de expressão e de imprensa encontra guarida no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

danos à imagem de concorrentes, ou as interdições impostas a veículos de comunicação.²

A existência de decisões judiciais aparentemente contrárias ao direito fundamental à liberdade de expressão que, à primeira vista, parecem colidir com os fundamentos político-jurídicos de um país democrático, mostra que o tema é extremamente polêmico e possui manifesto interesse teórico e prático.

O presente artigo procura ingressar neste debate e promover um estudo aprofundado das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal³ acerca do papel desempenhado pelos órgãos públicos na promoção da liberdade de expressão e de imprensa.

O trabalho pretende responder à indagação se o Supremo Tribunal Federal permite a intervenção do Estado no conteúdo das mensagens veiculadas a ponto de punir civil ou criminalmente o emissor da opinião, ou se tal conduta é vedada pela Corte, que privilegia uma atitude omissa dos agentes governamentais.

O estudo dos julgados do STF é importante porque, especialmente a partir da publicação da Constituição Federal de 1988, a solidez da argumentação jurídica da Corte Constitucional é fator legitimador dos provimentos judiciais e a função de fixar parâmetros seguros para a interpretação constitucional é tarefa do STF.

A estrutura do artigo é simples e obedece a uma lógica bem definida. Iniciaremos com a discussão a respeito de dois modelos que disputam a primazia na promoção da liberdade de expressão e de imprensa: o americano e o europeu.

O primeiro rechaça qualquer intromissão do Estado no conteúdo da mensagem, inviabilizando a responsabilização civil ou criminal do emissor, independentemente do que veiculado. O segundo entende lícita a punição do responsável pela divulgação do pensamento caso haja risco de se ferir direitos titularizados por grupos minoritários.

Em seguida abordaremos três importantes precedentes do STF que tiveram como pano de fundo a discussão a respeito da postura a ser

² Importante frisar que desde o ano de 2009 o jornal O Estado de São Paulo está impedido de publicar notícia envolvendo o nome de Fernando Sarney, filho do ex-presidente da República José Sarney, na operação da Polícia Federal denominada “Boi Barrica”, que o tem como suspeito da prática de ilícitos.

³ Doravante STF..

adotada pelo Estado nos embates envolvendo a liberdade de expressão e de imprensa. Os casos são o HC 82.424/RS, a ADPF 130/DF e a ADI 4274/DF.

Na última seção, tendo em mãos o material obtido diretamente na jurisprudência do STF, teremos condições de verificar para qual modelo pende a Corte Constitucional brasileira.

1 MODELOS AMERICANO E EUROPEU DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

1.1 O sistema norte-americano: a neutralidade de conteúdo

A construção do conceito, extensão e limites das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos, consagradas na Primeira Emenda à Constituição⁴, foi fruto de um longo processo histórico que teve curso no século XX, especialmente em sua segunda metade.

A trajetória da Primeira Emenda teve como principal protagonista a Suprema Corte dos Estados Unidos, chamada a se manifestar a respeito da constitucionalidade de leis restritivas da liberdade de imprensa editadas pelo Congresso (LEWIS, 2011; MENDES, 2012, p. 634-635).

A Suprema Corte confere à liberdade de expressão a posição de direito preferencial no sistema de garantias constitucionais, normalmente prevalecendo frente a outros valores democráticos como a igualdade, dignidade humana e privacidade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 133; BARROSO, 2004, p. 20; SARMENTO, 2006, p. 266; POTIGUAR, 2012, p. 27)⁵.

A consequência mais nítida da posição desfrutada pela Primeira Emenda nos Estados Unidos é a interdição da regulamentação estatal no conteúdo dos discursos públicos. O Estado não deve tomar partido nas

⁴ O texto da Primeira Emenda é o seguinte: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas” .

⁵ Para um estudo mais detalhado acerca da argumentação da Suprema Corte na construção na doutrina do direito preferencial, ver CHEQUER, 2011, p. 100-124.

discussões, ficando a cargo da capacidade de discernimento de cada cidadão se posicionar frente às inúmeras opiniões colocadas à sua disposição.⁶

Tal princípio ficou conhecido como da “neutralidade de conteúdo” e veda que a autoridade oficial distinga entre discurso protegido e não protegido com base no ponto de vista exposto (FISS, 2005, p. 51; MEYER-PFLUG, 2009, p. 138; POTIGUAR, 2012, p. 35).

A doutrina da “neutralidade de conteúdo” teve origem no caso *Police Department vs. Mosley* de 1972, no qual um carteiro chamado Earl Mosley foi impedido de protestar pacificamente em frente a uma escola pública da cidade de Chicago contra a discriminação racial nos Estados Unidos.

Levado o caso para a Suprema Corte, esta decidiu, na lavra do voto do *Justice* Thurgood Marshall, que a conduta das autoridades públicas de Chicago tinha o propósito de banir o protesto com base exclusivamente no conteúdo do assunto levado a discussão. A Primeira Emenda, disse o *Justice*, proíbe o governo de limitar a expressão por conta da mensagem, das ideias, objeto ou conteúdo.

Tal como formulada pela Suprema Corte norte americana, a “neutralidade de conteúdo” tem duas faces: a primeira é que o Estado não pode proibir o discurso por causa de seu conteúdo. A segunda é que o Estado não pode restringir uma espécie de discurso com o propósito de beneficiar outro (HEYMAN, 2008, p. 81-82).

A respeito da importância da liberdade de expressão e de imprensa para o sistema americano, Thomas Cooley assevera que:

Mas sob o ponto de vista constitucional, a sua importância capital consiste em facilitar ao cidadão ensejo de trazer perante o tribunal da opinião pública qualquer autoridade, corporação ou repartição pública, e até mesmo o próprio governo em todos os seus ramos, com o fim de compeli-los uns e outros, a submeterem-se a um exame e a uma crítica sobre a sua conduta, as suas medidas e os seus intentos, diante de todos, tendo em vista obter a correção ou a prevenção dos males; do mesmo modo serve para sujeitar a idêntico exame e com os fins idênticos todos aqueles que aspiram a funções públicas. Estas vantagens o povo as conseguiu plenamente durante a época revolucionária e delas gozou; a

⁶ A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão nos Estados Unidos surgiu na nota de rodapé 4 do voto proferido pelo juiz Harlan Fisk Stone no caso *United States vs. Carolene Products Co.*, julgado pela Suprema Corte em 1938 (CHEQUER, 2011, p. 113).

imprensa foi o principal meio para defender os princípios da liberdade e preparar o país para resistir à opressão; e neste sentido foi tamanha a sua eficácia, que eclipsou todos os outros benefícios. (COOLEY, 2002, p. 266).

A despeito da reverência conferida à liberdade de expressão, é certo que o sistema americano não compactua com sua absolutização. Em casos de conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados, permite-se que o Estado suprima do debate “palavras de incitação à luta” que possam gerar um “perigo iminente e manifesto” de ação ilícita.

No entanto, a “defesa genérica de ideias” é protegida, ficando a cargo da jurisprudência a definição da questão casuisticamente, utilizando-se do método denominado *ad hoc balancing*, que, embora admita restrição à liberdade de expressão, institui uma forte premissa em favor da inconstitucionalidade da limitação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 139; FISS, 2005, p. 34; POTIGUAR, 2012, p. 41).

A liberdade de expressão não é um direito puramente negativo nos moldes da teoria do livre mercado de ideias, cujo objetivo é impedir a regulação estatal no âmbito da troca de informações. Ela também possui uma faceta positiva que reclama do Estado participação ativa na esfera comunicativa, com o intuito de corrigir falhas com relação à supressão de certos grupos do debate público.

Discursos incitadores ao ódio racial, distribuição e divulgação de material pornográfico e permissão ilimitada ao financiamento privado de campanhas políticas são exemplos trazidos por Fiss (2005, p. 47) de como indivíduos e organismos privados podem atentar contra a liberdade de expressão.

Isso ocorre porque sua propagação desregrada pode impedir que as vítimas (respectivamente minorias, mulheres e pobres) participem das discussões públicas em razão do efeito silenciador que recaem sobre elas, minando as possibilidades de debaterem de forma competitiva e igualitária.

O Estado, nesse contexto, tem a função primordial de intervir na arena discursiva a fim de proporcionar um ambiente livre e diversificado para a coexistência de diferentes pontos de vista. Deve procurar estabelecer precondições essenciais para a autogovernança coletiva, assegurando que todas as vertentes sejam apresentadas ao público, nem que para isso se faça necessário calar alguns para poder ouvir outros.

Na visão de Fiss (2005, p. 49-55), não se trata de desrespeito ao princípio da neutralidade de conteúdo, mas o fortalecimento de

seu postulado, pois, quando o Estado age como mediador, não procura determinar o resultado ou preservar a famigerada ordem pública, e sim assegurar a robustez do debate público e, como consequência, fortalecer a própria democracia.

É consenso na doutrina que vigora atualmente nos Estados Unidos uma visão restritiva quanto à interferência do Estado no âmbito da liberdade de expressão ao menos desde os anos 1980, ocasião em que a *fairness doctrine*⁷ foi abandonada pela agência reguladora das comunicações eletrônicas (FCC) por, supostamente, restringir desnecessariamente a liberdade de expressão.

Essa posição posteriormente foi corroborada pela Suprema Corte no julgamento dos casos *CBS vs. Democratic National Comitee, Buckley vs. Valeo*, e mais recentemente, em *Citizens United vs. FEC* (FISS, 2005, p. 139-144; SARMENTO, 2006, p. 267-272).⁸

Em suma, nos Estados Unidos vigora o entendimento de que a intromissão dos poderes estatais na divulgação do pensamento e da informação constitui evidente abuso e viola a Constituição, prevalecendo a teoria da neutralidade de conteúdo, requerendo do Estado uma postura omissiva.

1.2 O sistema europeu: a possibilidade de intervenção no conteúdo da mensagem

Os países de democracia consolidada da Europa partem de premissas diversas daquelas adotadas pelos Estados Unidos na definição dos contornos e limites do direito à liberdade de expressão.

De fato, o regime europeu, de forma geral, não abona o princípio da neutralidade de conteúdo, sendo que a maioria dos países têm leis criminalizadoras do discurso do ódio ou, quando ausentes leis específicas,

⁷ A fairness doctrine foi criada pela Federal Communications Commission – FCC como um mecanismo de regulação do mercado de comunicação por meio da imposição às rádios e televisões da obrigatoriedade de cobrir questões de relevante interesse público de maneira equilibrada, apresentando os diversos lados da notícia. Ela também dava aos candidatos a cargos eletivos a oportunidade de responder a editoriais políticos hostis e oferecia um direito de resposta similar àqueles diretamente atingidos (FISS, 2005, p. 107). .

⁸ Para uma análise crítica da decisão da Suprema Corte no caso *Citizens United vs. FEC*, em virtude do risco de acarretar sério prejuízo ao amplo debate público pela interferência nociva das organizações comerciais nas campanhas eleitorais, ver DWORKIN (2011, p. 41-56). .

seus tribunais nacionais não toleram a exteriorização de pensamentos racistas.⁹

A exceção parece ser os países escandinavos que rejeitam a proibição pura e simples dos discursos difamadores, entendendo que a restrição se justifica somente quando puder ensejar uma ação ilícita concreta ou afetar a ordem pública (MEYER-PFLUG, 2009, p. 151).

A forma com que alguns países europeus abordam a temática da liberdade de expressão desperta especial importância no estudo da dogmática da proteção do direito fundamental.

Na Alemanha, a liberdade de expressão tem dois enfoques básicos: por um lado, constitui um direito subjetivo individual, importante para a dignidade humana; de outro, ela é compreendida como um direito objetivo, uma garantia institucional, necessário para a formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos.

A dimensão objetiva da liberdade de expressão tem o condão de compelir o Estado a praticar atos positivos para promover um ambiente de debate livre e plural, ao mesmo tempo em que deve garantir a existência de uma imprensa verdadeiramente independente, impedindo sua violação por grupos particulares (SARMENTO, 2006, p. 274-275; MENDES, 2012, p. 642-643).

Segundo essa visão, o Estado deve estar comprometido com a tarefa de estimular e manter o pluralismo entre os meios de comunicação, não deixando essa função a cargo exclusivo do mercado. O Tribunal Constitucional Federal, em diversas oportunidades, impôs condições para funcionamento das emissoras de rádio e televisão, asseverando que deveriam manter mecanismos propiciadores dos pluralismos interno e externo em benefício do público, mediante a divulgação de perspectivas diversas sobre os assuntos de interesse coletivo (SARMENTO, 2006, p. 277).

O Tribunal Constitucional Federal considera que a liberdade de expressão ocupa posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, quando esse direito estiver relacionado a matérias de interesse geral ou político. Uma vez reconhecido que a liberdade de expressão representa uma importante contribuição para o debate público, a consequência é que o grau de proteção a ela conferido nesse âmbito é bem

⁹ Dentre esses países destacam-se a França, Alemanha, Suíça, Bélgica, Espanha, Holanda, Polônia e Reino Unido. O Canadá segue a mesma linha adotada pelos europeus. Naquele país é ilegal a prática do racismo, do antissemitismo ou de ato xenófobos, assim como a difusão dessas ideias. Sobre o assunto, ver MEYER-PFLUG, 2009, p. 149-150. .

maior do que em contextos de disputas privadas ou para proteger interesse econômico (CHEQUER, 2011, p. 124-125).

A proteção dispensada na Alemanha à liberdade de expressão desautoriza sua limitação unicamente pelas características das palavras utilizadas numa discussão pública, já que a difusão de opiniões políticas está na fronteira entre o racional e o emocional e a linha clara entre uma e outra não pode ser extraída sem inibir a robusta e fecunda expressão de diversos aspectos políticos.

É que se convencionou chamar de “contra-ataque teórico da expressão”, padrão definido no julgamento do caso *Schmid-Spiegel*¹⁰, de 1961, por meio do qual uma pessoa tem o direito de empregar uma linguagem abusiva, sobretudo na arena política, para defender seus interesses contra críticas amargas e enganosas, caso esse tipo de linguagem seja necessária para compensar o ataque sofrido.

Embora a proteção da liberdade de expressão possua relevância no âmbito do Tribunal Constitucional Federal, o ordenamento jurídico alemão proíbe discursos de conteúdo, como nos casos da negação da existência do Holocausto, sujeitando o infrator à pena de prisão que varia de três meses a cinco anos, assim como quem auxilia na divulgação dessas ideias, incorrendo em pena restritiva de liberdade de até três anos. O Tribunal Constitucional nunca reformou decisões de cortes inferiores que condenaram pessoas pela prática do discurso do ódio (MEYER-PFLUG, 2009, p. 178-180).

Na França, por sua vez, embora seja unânime o posicionamento acerca da imprescindibilidade da atuação do Estado na promoção da comunicação e do pluralismo, a proteção à liberdade de expressão é menor do que nos Estados Unidos e mesmo em outras nações europeias, dando privilégio aos valores que normalmente com ela conflitam.

As decisões do Conselho Constitucional adotam a teoria de que a liberdade de expressão é direito preponderantemente de índole coletiva, isto é, o titular do direito é o público e é com seus interesses

¹⁰ Em aparecimento público na cidade de Stuttgart, um juiz da alta corte estadual chamado Schmit, disse que 95% da imprensa na Alemanha era controlada por empregadores hostis para negociar com sindicatos trabalhistas. Em reação, a revista *Der Spiegel* acusou o juiz de ser simpatizante comunista. Na réplica publicada num jornal diário, o juiz redarguiu dizendo que a revista mentia sobre ele e comparou a opinião do *Der Spiegel* a uma pornografia no campo moral. O Tribunal Constitucional entendeu que o caso deveria ser analisado não apenas com base na honra e na imagem do ofendido, mas tendo em conta as circunstâncias políticas que cercaram a discussão. Sobre o tema, ver CHEQUER, 2011, p. 127-128.

que os poderes constituídos franceses demonstram preocupação com a tutela, e não com o emissor da mensagem, justificando a primazia dos direitos à honra e à privacidade em face das liberdades comunicativas (SARMENTO, 2006, p. 280).

Partindo dessa premissa restritiva, o parlamento francês promulgou a Lei 90-615, de 13 de julho de 1990, conhecida como *Lei Gayssot*, que criminaliza o revisionismo histórico, que prega a negação do Holocausto, por ser fonte de antissemitismo e racismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 153).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional entende a liberdade de expressão como fundamental em uma sociedade aberta, que necessita do debate livre para a realização da democracia. No entanto, não comunga com a posição de que a liberdade de expressão detém caráter absoluto, pois os casos conflituosos são decididos com base na ponderação de interesses (ECHAVARRÍA, 1992, p. 243).

O Tribunal Constitucional enxerga uma dupla distinção na liberdade de expressão: em primeiro lugar, a liberdade de expressão é vista em sentido amplo, como o direito de todo cidadão de emitir livremente ideias e opiniões e de transmitir atos e notícias; em segundo lugar, distingue-se entre as expressões de interesse público e as de natureza privada.

A distinção é importante porque a jurisprudência do Tribunal confere maior amplitude de proteção à liberdade de expressão nos assuntos de interesse público frente às exigências de tutela dos direitos da intimidade, sendo, ademais, critério decisivo na adequada ponderação de interesses (ECHEVARRÍA, 1992, p. 244-245).

Com relação ao discurso do ódio, existe na Espanha uma tendência a censurar essa conduta por meio de sua criminalização da manifestação antissemita, racista ou a que visa a negar a ocorrência do genocídio, sendo os casos Violeta Friedman¹¹ e Hitler SS¹² exemplos de limitação à liberdade de expressão (MEYER-PFLUG, 2009, p. 163-169).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos caracteriza a liberdade de expressão como fundamental para a promoção da democracia e estabelece ser condição para o progresso e desenvolvimento da sociedade e de cada um de seus integrantes, demonstrando uma preferência pela liberdade de expressão apenas quando estiver relacionada com assuntos públicos, de interesse geral ou político.

¹¹ STC 214/1991.

¹² STC 176/1995.

No entanto, como assinala Chequer (2011, p. 132)¹³, nem todas as questões de interesse público gozam da mesma proteção na jurisprudência do Tribunal. Com efeito, os limites da crítica são mais amplos se relacionados ao governo do que a um particular ou mesmo a um político. Existem decisões que limitam fortemente crítica dirigida contra a atuação do Poder Judiciário nacional. Assim, no âmbito do Tribunal Europeu, a extensão da liberdade de expressão depende dos interesses em conflito em determinado caso concreto.

Ademais, a jurisprudência da Corte admite que os países adotem medidas restritivas para a liberdade de expressão. Entretanto, tais medidas devem respeitar os critérios da legalidade da imposição restritiva, a existência de um objetivo legítimo para fundamentar a limitação e a necessidade de preservação de uma sociedade democrática.

Meyer-Pflug (2009, p. 187-188) chama atenção para o fato de que, ao se prever o critério da preservação da sociedade democrática para a restrição da livre expressão, abre-se um amplo campo discricionário para o juiz europeu na conformação do exato conteúdo desse conceito em cada caso concreto. Isso implica na existência de uma “jurisprudência flutuante” no Tribunal Europeu, que ora adota um modelo semelhante ao observado na Suprema Corte dos Estados Unidos de conferir forte proteção à liberdade de expressão, ora privilegia direitos da personalidade em detrimento da propagação de opiniões.

Embora restrições à liberdade de expressão sejam incontestes diante do regramento constitucional, é certo que limitações baseadas na valoração do mérito ou na qualidade ética do discurso são inadmissíveis no Estado Constitucional. O parâmetro de correção das restrições deve ocorrer por uma medição democrática da ponderação do impacto causado a outros direitos ou bens dignos de proteção constitucional, desde que os danos sejam intersubjetivamente comprovados.

O direito fundamental em causa deve proteger não apenas mensagens comunicativas com conteúdo político ou de interesse social, mas todo discurso relativo aos mais diversos domínios e temas da vida social e econômica. Tal postura evita que haja uma espécie de hierarquização das modalidades de discurso amparado constitucionalmente, no qual outros são relegados a um patamar inferior de proteção jurídica.

Nesse sentido, Machado leciona que:

¹³ Sobre o tema, citem-se os casos Barford, de 22 de fevereiro de 1989, e Worm, de 29 de agosto de 1997. .

[...] uma leitura aberta e multifuncional do direito à liberdade de expressão reveste-se de importantes consequências práticas. Ela prescinde da análise das motivações mais ou menos egoístas ou altruístas dos sujeitos em presença ou dos objectivos espirituais ou materiais da comunicação, como pressuposto da aplicabilidade do seu programa normativo, sendo certo que tanto as primeiras como os segundos podem apresentar uma configuração complexa. [...] ela obriga a que as restrições aos diferentes tipos de expressão venham associadas a uma cuidadosa verificação do modo como os mesmos interferem com direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, não basta mobilizar categorias genéricas como “obscenidade”, “blasfêmia” ou “pornografia” para retirar um determinado conteúdo expressivo do âmbito de protecção do direito à liberdade de expressão, nem alegar, em termos arbitrários e impressionistas, que os mesmos não têm qualquer “redeeming social value”. [...] As diferenças de tratamento a conferir a cada um deles [discurso] devem resultar *a posteriori* da ponderação proporcional dos mesmos com os diferentes direitos e interesses com que os mesmos possam eventualmente colidir (MACHADO, 2002, p. 423-424).

É possível afirmar, entretanto, que a dimensão objetiva da liberdade de expressão, tal como originariamente sustentada pela Corte alemã, não é suficiente para proporcionar uma efetiva protecção ao direito fundamental.

Isso porque, se é correto que a vertente objetiva reconhece a importância coletiva de determinado direito, por outro lado, coaduna-se com uma restrição completa comprometedora do conteúdo essencial do direito no caso concreto, sem que o todo social corra semelhante risco.

2 O MODELO PREDOMINANTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise do posicionamento adotado pelo STF quanto ao papel do Estado na promoção das liberdades de expressão e de imprensa envolverá o escrutínio dos seguintes julgados: HC 82.424/RS, a ADPF 130/DF e ADI 4274/DF. A escolha se justifica porque o tema da intervenção do poder público no conteúdo da mensagem a fim de punir o emissor foi fator determinante na resolução das controvérsias.

O primeiro precedente estudado é significativo quanto a essa questão. É possível dizer que a maioria que compôs a Corte no HC 82.424/

RS (Caso Ellwanger) abonou a postura da forte intromissão estatal no conteúdo da mensagem.

No caso em apreço, um editor foi processado e condenado criminalmente por editar e publicar livros que pregavam o revisionismo histórico e negavam a existência do Holocausto. O paciente impetrou o *habeas corpus* para trancar a ação penal sob o argumento de que a condenação violava o direito à liberdade de expressão.

Para o ministro Maurício Corrêa, que abriu a divergência e conduziu o Tribunal para o resultado final, é ilegal professar ideias e opiniões classificadas de discriminatórias e que afrontam a dignidade de grupos sociais específicos, no caso em apreço a teoria revisionista contra o povo judeu.

O ministro é explícito ao afirmar que:

a exegese constitucional [...] justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam ideias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio (BRASIL, 2004, p. 586).

Com poucas variações de argumentação, os magistrados que não concederam a ordem de *habeas corpus* abraçaram a tese de que há necessidade de coibir determinados tipos de discursos e ideias com o fim de evitar sua propagação para outros círculos sociais.

O ministro Cezar Peluso foi enfático ao afirmar que a edição de livros com reiteração nazista é crime porque importaria no induzimento ao cometimento de racismo (BRASIL, 2004, p. 460), no que foi secundado pelo ministro Carlos Velloso, para quem a edição de livros hostis aos judeus implica em conduta criminosa (BRASIL, 2004, p. 687).

Em sentido semelhante seguiram os ministros Celso de Mello (op. cit., p. 632), Gilmar Mendes (op. cit., p. 657), Nelson Jobim (op. cit., p. 691), Ellen Gracie (op. cit., p. 750) e Sepúlveda Pertence (op. cit., p. 1009).

A tese minoritária neste julgamento foi formada pelos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Para eles é inadmissível a intromissão no conteúdo da mensagem para punir o emissor, ainda mais quando se trata de repressão de natureza penal.

O ministro Carlos Britto aduziu que a Constituição Federal estabeleceu um tripé comportamental de excludentes da abusividade da

liberdade da palavra: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política (op. cit., p. 811).

O ministro entendeu que o paciente agiu dentro das excludentes da abusividade. Para ele o acusado tentou produzir uma obra objetivamente convincente sobre os rumos da Segunda Guerra Mundial, por meio da análise de farto material de pesquisa, como documentos históricos, fotos, livros, revistas, jornais, entre outros.

Em síntese, o julgador concluiu que o valor constitucional do pluralismo político e a proibição da perda de direitos por motivos de convicção política ou filosófica impedem a criminalização do exercício de uma ideologia, assumida esta o matiz que for (op. cit., p. 841).

O ministro Marco Aurélio (op. cit., p. 882-888), igualmente, asseverou que as ideias odiosas devem estar a salvo das restrições de conteúdo, posto que a limitação somente é válida com relação a forma da expressão. A restrição da liberdade de expressão não pode pautar-se por simples alegação de discriminação sem respaldo empírico, pois do contrário haveria margem para puro decisionismo e arbitrariedade do Poder Judiciário.

Não obstante os posicionamentos minoritários dos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, a Corte negou a ordem de *habeas corpus* e manteve a condenação do paciente.

O tema da constitucionalidade da interferência do conteúdo da mensagem foi objeto de intenso debate no julgamento da ADPF 130/DF, hipótese na qual o STF entendeu que a lei de imprensa não tinha sido recepcionada pela Constituição Federal.

A relação umbilical que a imprensa possui com a democracia traz como consequência, na visão do ministro relator Carlos Britto, o fato de a liberdade de expressão proteger qualquer tipo de palavra, até mesmo aquelas que chocam e ofendem uns e outros (“quem quer que seja pode dizer o que quer que seja”) (BRASIL, 2009, p. 51).

Para o ministro Carlos Britto, os direitos dos incisos IV e IX do artigo 5º são tidos como sobredireitos (superiores direitos) que se exercidos pela imprensa recebem sobretutela da Constituição Federal no capítulo “Da Comunicação Social”. Assim, o ministro enxerga um “núcleo duro” da liberdade de imprensa que está imune à atividade regulatória legislativa.

Esse “núcleo duro” é formado basicamente pelas coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação *lato*

sensu quando veiculada por órgão de comunicação social, sendo que apenas questões laterais podem ser regulamentadas.

Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção. [...] Um segundo desdobramento hermenêutico ainda se desprende dessa mesma interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística: a de que, no tema, há uma necessária linha direta entre a Imprensa e a sociedade civil. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, não pode passar pela mediação do Estado. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do Estado-ponte em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário. (BRASIL, 2009, p. 55-56).

A visão de que há um conjunto de atividades fora do alcance do legislador dividiu as opiniões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF. O ministro Ricardo Lewandowski (op. cit., p. 103), por exemplo, mostrou-se contrário à regulação legislativa dos temas do direito de resposta e da indenização por danos materiais e morais diante do universo amplo que a comunicação possui, ao passo que o ministro Joaquim Barbosa (op. cit., p. 110) admitiu a regulamentação na matéria por entender que o Estado nem sempre é inimigo da liberdade de expressão, principalmente nos casos em que grupos minoritários estigmatizados não têm acesso ao ambiente público de debate, no que foi seguido pelos ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carmen Lúcia.

O ministro Celso de Mello mencionou que é contrário a interferência do Estado no conteúdo da mensagem emitida, pois o direito de

imprensa seria constituído pelo direito de informar, de buscar informação, de opinar e o direito de criticar.

Contudo, no já citado “Caso Ellwanger”, o ministro criminalizou as condutas da publicação e edição de livros com ideias discriminatórias, promovendo uma verdadeira afetação no cerne da opinião do escritor.

A argumentação vacilante do ministro Celso de Mello permite concluir, embora de forma precária já que falta clareza nas suas intervenções, que a difusão de uma ideia e de notícia recebe proteção constitucional ampla se veiculadas pelos órgãos de comunicação social.

Em sentido contrário, na hipótese de a manifestação partir de qualquer cidadão, por intermédio da internet ou não, a tolerância para o conteúdo do que exposto ao público seria menor, sujeitando o agente emissor à responsabilização.

A postura assumida pelas autoridades públicas com relação ao conteúdo da expressão ganhou especial atenção nas discussões na ADI 4274/DF, relacionada com a constitucionalidade da realização da denominada “Marcha da Maconha” (BRASIL, 2012).

Para o Tribunal, o direito de reunião é qualificado como instrumental à liberdade de expressão, pois propicia a troca de ideias e a superveniência de debates públicos sobre temas de interesse coletivo.

Como consequência, o Estado não pode imiscuir-se no conteúdo e no tipo da deliberação pública e deve viabilizar a ocorrência da reunião. O Estado não pode embaraçar o direito de reunião e de expressão apoiando-se em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento, ou ainda, invocando restrições fundadas em mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade.

As minorias podem desfrutar desse direito fundamental, sendo irrelevantes quaisquer resistências que a coletividade venha a opor às opiniões veiculadas, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

O STF chegou a afirmar que a Constituição Federal revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento, não podendo o Estado impedir sua difusão (BRASIL, 2012).

É possível concluir que há forte divergência no STF quanto ao papel a ser desempenhado pelo Estado na tarefa de promover a liberdade de expressão e de imprensa.

Mesmo aqueles ministros que promoveram uma estreita ligação entre o direito à liberdade de expressão e o regime democrático em certa medida parecem aceitar a constitucionalidade de responsabilização civil ou penal do emissor, a depender do conteúdo do discurso por difundido, a exemplo do que se viu no “Caso Ellwanger” e na discussão na ADI 4.274/DF.

Isto é, o conteúdo da matéria levada a conhecimento público é determinante para uma atitude interventiva dos órgãos estatais, podendo levar o agente a ser penalizado pela transmissão da informação.

3 CONCLUSÃO

O estudo procurou analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao papel desempenhado pelo Estado na promoção das liberdades comunicativas.

Partindo do pressuposto que a liberdade de expressão e de imprensa são valores fundamentais numa sociedade democrática, analisaram-se dois modelos, em certo sentido antagônicos, que, um deles privilegia uma postura omissiva dos agentes estatais e rechaçam qualquer espécie de punição do emissor da mensagem (modelo americano) e outro que admite maior intromissão do Estado a ponto de punir civil ou criminalmente o responsável por veicular determinada opinião pública (modelo europeu).

O artigo averiguou a integralidade dos votos de cada um dos ministros que participaram do julgamento dos processos HC 82.424/RS, ADPF 130/DF e ADI 4.274/DF, uma vez que a possibilidade de penalização do agente emissor da mensagem foi amplamente discutida e os casos frequentemente servirem como precedentes em processos futuros.

No âmbito da restrição do conteúdo da mensagem divulgada, concluiu-se que a Corte mantém uma leve tendência a seguir o que denominamos “modelo europeu” de promoção da liberdade de expressão, que aceita como legítima a responsabilização do emissor da palavra em razão do conteúdo divulgado, embora de forma excepcional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto.** DJU 02.05.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto.** DJU 06.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Rel. originário min. Moreira Alves. Rel. para o acórdão min. Maurício Corrêa.** DJU 19.03.2004.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares.** São Paulo: Conceito, 2011, p. 41-56.

ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del tribunal constitucional em materia de libertad de expresion. **Revista de estudios políticos (Nueva Epoca).** n. 77, p. 237-248, jul./sep. 1992.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Tradução e Prefácio Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HEYMAN, Steven J. **Free speech and human dignity.** New Haven & London: Yale University Press, 2008.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana.** Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Rodvalho, Thiago. Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira. **Consultor Jurídico**, 13 nov., 2016. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodvalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>]. Acesso em: 27 jul.17.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRANSGÊNICOS E VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO: RESTRIÇÕES À PARTICIPAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

TRANSGENICS AND ANALYSIS THE VIOLATION OF RIGHT TO INFORMATION BY PARTICIPATION RESTRICTIONS OF PUBLIC HEARING

Fabio Carvalho Verzola*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Histórico dos transgênicos. 2 O Direito à correta informação sobre os transgênicos. 3 Sobre a audiência pública. 4 Análise da existência de violação ao direito à informação, causado pelas restrições à participação na audiência pública. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo analisa se há violação ao direito à informação, em decorrência das restrições à participação na audiência no processo de liberação dos transgênicos. De fato, tal exame será realizado conforme os ditames da constituição e das leis infraconstitucionais, sobretudo a Lei 9.784/1993. Dessa forma, será visto os cerceamentos da Lei 11.105/2005, a exemplo daqueles causados pelos artigos 9, § 3º, 11, *caput e* § 10º, os quais determinam que a audiência pública seja realizada excepcionalmente, assim como seja uma faculdade da CTNBio. Ademais, será averiguado se o artigo 11, parágrafo único da lei citada, o qual ordena que deve fazer prova de interesse para participar das audiências, é compatível com a Lei Maior e Lei 9.784/1999. Da mesma forma, será verificado se o artigo 2º, *caput* da Resolução do CONAMA 9/1987, a qual informa que requerimento para participação da audiência deva ser realizado por cinquenta cidadãos, Ministério Pública ou entidade civil, é compatível com o ordenamento jurídico. Nessa seara, será mostrada a realização obrigatória da audiência pública, conforme princípios da lei de processo administrativo federal: impulso oficial e irrenunciabilidade do interesse público. Além de demonstrar se há possibilidade de que se estabelecer sigilo fora das hipóteses constitucionais. E, para melhor compreensão, dissertar-se-á sobre o conceito, histórico, vantagens e desvantagens, além do direito à correta informação sobre os transgênicos e sobre a audiência pública. Ademais, trata-se de pesquisa jurídica - propositiva, que ao apontar irregularidades na lei de biossegurança, prima-se por apontar soluções, a fim de tornar efetivo o direito à informação, que ao proteger este que é um valor constitucional nuclear, tenciona-se manter a identidade do sistema jurídico nacional. Sendo que o habeas data, direito à petição e certidão é um dos remédios mais comuns para sanar a violação à informação. Ademais, as disparidades entre a lei de biossegurança serão solucionadas por meio da interpretação do direito constitucional à informação, da Lei 9784/1993, assim como aplicação de regras de hermenêutica, conflito aparente de normas, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Audiência Pública. Informação. Transgênicos.

ABSTRACT: *This article examines whether there is violation of the right to information as a result of restrictions on participation in the hearing on the release of Transgenic process. In fact, that examination will be held according to the dictates of the Constitution and the infra laws, especially the Law 9784/1993. Thus it will be seen the restrictions of Law 11.105 / 2005, such as those caused by Articles 9, § 3, 11, caput e § 10th, which determine that a public hearing be held exceptionally well such as a faculty's CTNBio. In addition, it will be examined whether Article 11, sole paragraph of the law, which mandates that should prove of interest to participate in the*

* Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP) em 2005. Advogado. Especialista em Direito Processual pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP) desde dezembro de 2008. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) desde fevereiro de 2010.

hearings, is compatible with the Higher Law and Law 9784/1999. In the same way, it will be checked if Article 2, introduction of CONAMA Resolution 9/1987, which states that an application for audience participation should be carried out by fifty citizens, Public Ministry or civil entity, is compatible with the legal system. And, for better understanding, will be lecturing on the concept, history, advantages and disadvantages, the right to correct information about GMOs, and about public hearing. Also to demonstrating whether there is a possibility of establishing secrecy outside the constitutional hypotheses. In addition, it is a legal-propositional research, which in pointing out irregularities in the biosafety law, is prima facie to point out solutions, in order to make effective the right to information, that in protecting this is a constitutional value nuclear, to maintain the identity of the national legal system. Being the habeas data, right to petition and certificate is one of the most common remedies to remedy the violation to information. In addition, the disparities between the biosafety law will be solved through the interpretation of the constitutional law to the information, of Law 9784/1993, as well as the application of rules of hermeneutics, apparent conflict of norms, doctrine and jurisprudence.

Keywords: *Public Hearing; Information; Transgenics.*

INTRODUÇÃO

No Brasil, a regulamentação sobre a transgenia foi elaborada de atropelo a vários primados de nosso sistema legal, em especial ao direito à informação. Daí a importância do presente artigo ao analisar a informação sobre os produtos transgênicos tal como é ora realizada, e como deveria ser caso observasse o direito à informação. Contribuindo assim, para a proteção da identidade de nosso ordenamento jurídico ao preservar seus valores nucleares, que no caso em voga, propugna-se pela proteção à informação. De modo que será apreciado, especificamente, se a restrição à participação da audiência pública consiste em violação ao direito à informação. Sendo que isso será analisado sob o âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional aplicada ao caso do tema. Com o intuito de melhor subsidiar o estudo do tema será analisado de maneira breve o conceito, histórico, vantagens e desvantagens dos transgênicos, além do direito de correta informação de natureza genética, nesta incluída a transgenia, e sobre a audiência pública.

Demais disso, a investigação ora proposta é a jurídico-propositiva, que é “destinada ao questionamento de uma norma, de um conceito ou instituição jurídica, com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 30).

Além disso, o método usado será o indutivo. Isto porque quando se elabora um enunciado teórico por meio de conhecimentos sobre o fenômeno, que é o objeto do estudo, propondo uma teoria para explicá-lo, denota-se um processo indutivo (INÁCIO FILHO, 2007, p. 152).

Outrossim, o método utilizado será o teórico, o qual determina a construção de proposições sobre a realidade, com objetivo de compreender um fenômeno, isoladamente ou em conjunto com outros, bem como seus processos inerentes (MINAYO, 2007, p. 17). E, tendo em vista que se trabalhará com a análise de textos, revistas, livros e artigos, torna-se clara a opção pelo uso de pesquisa bibliográfica) (INÁCIO FILHO, 2007, p. 63). Esta com o fito de colher material necessário para o estudo, por meio das contribuições dos estudiosos do tema. Nesse sentido, optou-se pelo Método Documental, em que se analisam documentos originais que estão ausentes de tratamento crítico em seu conteúdo. Nesta seara, enquadram-se as leis, projetos de lei, documentos institucionais entre outros. Apondo sobre essa base, serão analisadas as restrições à audiência pública, verificando sua adequação com os primados constitucionais e com a Lei n. 9.784/1993. Dessa forma, será discorrido sobre a possibilidade de supressão da audiência pública, da demonstração de interesse para ter acesso às informações, assim como o sigilo. Todas essas premissas analisadas conforme preceitos da lei de processo administrativo federal, tais como a irrenunciabilidade do interesse público, o impulso oficial e irrenunciabilidade do interesse público. Sendo que no âmbito constitucional, será demonstrado se há possibilidade de que a informação, que é tutelada constitucionalmente, possa ser limitada pela lei de biossegurança, estabelecendo hipótese de sigilo, o qual não esteja descrito na Carta Magna.

Destarte, tenciona-se mostrar a essencialidade de realização de audiência pública, como elemento determinante para a efetivação do direito à informação. Além de demonstrar que o cerceamento à realização de audiência pública, bem como outras questões, a exemplo da demonstração de interesse, violam o direito à informação. O que será analisado por meio de estudo doutrinário, regras de hermenêutica e de conflito aparente de normas. E caso provada a violação ao direito à informação, serão propostos soluções a fim de manter a unidade do ordenamento jurídico nacional, protegendo o valor essencial, que é informação, a qual é o cerne do Estado Democrático de Direito. Ainda nessa seara, a Maior importância desse estudo está na manutenção da harmonia do sistema jurídico, que sendo um conjunto de normas interdependentes formando uma unidade; a incompatibilidade de uma lei tem um efeito em cascata, espalhando-se pelo todo. Por isso, ao analisar a Lei nº 9.784/1993, a qual discorre de amplo acesso à informação e participação popular, com a Lei nº 11.105/2005, que descreve sérias restrições em relação àqueles; têm-se uma séria preocupação

se o processo legislativo ordinário, efetivado na visão micro (específica e individuada) é compatível com a interpretação Macro (ampla, abstrata e genérica), que jaz no seio da própria constituição, a qual na condição de lei de maior hierarquia deve observada sempre. O que propicia uma análise holística sobre o assunto.

É, ainda, fulcrada na interação, em que cada norma possui entre si e com a constituição, é impossível não tratar, mesmo que superficialmente, de primados constitucionais, com a Informação e a Participação, ou mesmo de outras leis que possam ser aplicadas ao caso concreto.

Além disso, com o intuito de melhor subsidiar a análise do tema, será examinado de maneira breve o conceito e as vantagens e desvantagens dos transgênicos, além de premissas básicas sobre a audiência pública.

Apresenta-se, ainda, possíveis soluções para o conflito de normas referido. Nesse sentido, será mostrado que as restrições à informação descritas na Lei de Biossegurança não se justificam quando comparadas à Lei de processo Administrativo Federal, o qual determina ampla informação e participação na audiência pública, e, por conseguinte, no processo decisório de liberação dos transgênicos.

Outrossim, tenciona-se propor soluções para a divergência entre o direito à informação e processo de liberação de transgênicos, sobretudo no que tange à restrição à participação da audiência pública. Nesse âmbito, será mostrado o habeas data, direito de petição e de certidão como possíveis remédios mais comuns para sanar a violação a informação, sem a pretensão de esgotar sobre possíveis formas de sanar a ofensa à informação.

Além disso, ao primar pela efetividade da informação, conscientizam-se as pessoas sobre o risco inerente à transgenia, para que se possa decidir, com liberdade e conhecimento, caso queiram consumir esses produtos.

1 HISTÓRICO DOS TRANSGÊNICOS

Para melhor compreensão do tema, é essencial vislumbrar histórico sobre os transgênicos, seus conceitos básicos, bem como as vantagens e desvantagens de seu uso. A biotecnologia moderna¹ inicia-se em 1959, quando James Watson e Stanley Cohen imputam o gene de uma bactéria em um sapo. Disso concluem que, os genes são universais, possibilitando-se a

¹ Biotecnologia moderna é aquela marcada pela imputação de características de espécies diferentes a outra receptora, sem reprodução sexual e por meio da intervenção humana.

criação de híbridos e quimeras (VIEIRA e VIEIRA JÚNIOR, 2005, p. 30). Este é considerado como marco inicial do período mencionado, porque não há de se falar em reprodução sexual para a inserção de características, sendo ainda possível a transmissão de caracteres de espécies diferentes, que não se reproduzem.

Em 1971, surgem os primeiros resultados desse avanço tecnológico, como é patenteado o primeiro Organismo Geneticamente Modificado (OGM) nos Estados Unidos, é a *Ananda Chackrabarty*, criada pela General Electric, uma bactéria elaborada para debelar o petróleo derramado nos oceanos (VIEIRA e VIEIRA JÚNIOR, 2005, p. 30). Em 1982, é criada uma bactéria com gene humano, para produzir insulina, e no ano seguinte é liberada sua comercialização (NICOLELLIS, 2006, p. 25).

Em 1982, é liberado o primeiro OGM no meio ambiente: uma bactéria, denominada pseudomonas *Syringae*, cuja finalidade era combater a formação de gelo na superfície das plantas (LEITE, 2000, p. 31). E, em 1990, surgiu o primeiro alimento transgênico nos Estados Unidos, que era uma enzima transgênica usada para elaboração de queijo. Em 1994, apareceu o primeiro vegetal transgênico, o qual que era um tomate de amadurecimento retardado: o tomate *Flavr savr* (NICOLELLIS, 2006, p. 25).

Para um entendimento mais aprofundado sobre o tema é necessário demonstrar algumas definições básicas concernentes ao tema, a exemplo da engenharia genética, transgênico e alimento transgênico. Desse modo, a engenharia genética é conceituada como a modificação no genoma pela inserção de caracteres, realizados pelo deslocamento de genes de um ser para o outro, sem que haja reprodução sexual (VIEIRA e VIEIRA JÚNIOR, 2005, p. 2), daí o nome “trans-genes”, que quer dizer “genes transportados”, ou seja, deslocados de um ser para o outro. Logo, deduz-se que transgênico é o produto resultante da atuação da engenharia genética nos seres vivos.

Nesse âmbito, informa-se que é possível acrescentar um gene ou uma seqüência de genes no organismo quanto subtrair um gene defeituoso. Podendo-se criar novas formas de vida, mediante a adição de um ser em outro de uma espécie diferente, gerando assim, um organismo que antes não existia na biologia (ROCHA, 2008, p. 125).

No decorrer dos anos, a Engenharia Genética foi aplicada também às plantas e aos alimentos. Recebendo este último o nome de alimento transgênico, quando oriundo de planta transgênica ou de frutos cereais, ou vegetais dela extraídos, que são consumidos diretamente pelos seres

humanos ou indiretamente, mediante produtos alimentares produzidos ou elaborados da mencionada matéria-prima (RODRIGUES, 2003, p. 107).

No Brasil, vários conceitos atinentes ao tema estão nos incisos do artigo 3º da Lei 11.105/2005, os quais parecem ter incorporado às definições doutrinárias:

II – ácido desoxirribonucleico (ADN), ácido ribonucleico (ARN): Material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;
III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante as modificações de segmentos de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação;
IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado (OGM)²: organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

Com efeito, a transgenia implica em vantagens e desvantagens, ensejando assim, forte debate entre aqueles que defendem e os que se opõem ao tema. Os defensores arguem o fortalecimento da agricultura com a criação de produtos com maior resistência a herbicidas e pragas, causando assim, menores perdas, mais lucros e produtividade. Além do uso para remediação de áreas contaminadas, bem como a criação de alimentos com maior valor nutricional, com antioxidante e maior qualidade de fibras (SIQUEIRA e TRANNIN, 2008, p. 237).

Em contrapartida, listam-se os riscos à saúde do homem e do meio ambiente. Com efeito, relate-se a possibilidade de afetar biotas estranhas àquela que foi cultivado o transgênico, por meio do deslocamento de insetos, pólen e vento. Outros efeitos negativos estão na possibilidade de ocorrer mutação celular, o que acarretaria menor resistência dos órgãos internos e do sistema imunológico. Igualmente, podem surgir alimentos tóxicos, por meio do aparecimento de novas enzimas e toxinas, assim como reações adversas resultantes do consumo contínuo, decorrente de efeito acumulativo (RODRIGUES, 2003, p.121-122).

Sendo que o consumo de transgênicos denota riscos reais, os quais já foram comprovados por vários acidentes ocorridos.

² OGM normalmente é visto como sinônimo para transgênico.

Este é o caso ocorrido Nos Estados Unidos, em 1989, em que cinco mil pessoas adoeceram, trinta e sete mil morreram, e mais de mil e quinhentos ficaram com seqüelas permanentes, após consumirem um complemento alimentar feito com bactérias geneticamente modificadas, denominadas de triptofano (aminoácido componente de proteínas), que ensejou a Síndrome de Eosinofilia-mialgia. Entenda-se por Eosinofilia aumento dos lóbulos brancos, e por mialgia, dores musculares. O suscitado complemento foi produzido pela empresa japonesa, Showa-Denko, que o retirou do mercado devido às conseqüências (RODRIGUES, 2003, p. 114-115).

E, em 1994, o *Foods and Drugs Administration* (FDA) concedeu licença a Monsanto para que usasse o hormônio transgênico, hormônio bovino de crescimento recombinante (rBGH), com o fito de aumentar a produção do leite. Tendo sido considerado inofensivo por ser idêntico ao hormônio natural, foi injetado nos animais, causando-lhes graves infecções, e aumento do teor de IGF (uma substância que causa o crescimento da insulina simile), que eleva o risco de aparecimento de câncer de mama (LEWGOY, 1999).

Todavia, o uso de tais técnicas não elimina os riscos e problemas éticos e sociais, não se sabendo a conseqüência do que pode ocorrer com sua interferência em meio ambiente aberto. Além disso, há a questão ética: a decisão caberia apenas ao paciente, já que só a ele cabe a disposição da vida. Entretanto, a questão não é tão simples, posto que os genes sejam transferidos às gerações futuras, para infinitas gerações, afetando assim, à humanidade. Devendo, portanto, haver amplo debate, visto que se trata de interferência na integridade física, identidade biológica e igualdade entre os homens. Além do que, freqüentemente, uma doença só tem a probabilidade de ocorrer, tratando-se, portanto, de mera predisposição, o que não significa que, efetivamente, vá ocorrer. E, às vezes, as doenças genéticas são resultados da interação entre várias outras, quando não são simultaneamente bloqueadoras de outras, por isso, pode resultar no aparecimento de outras doenças (BRUNET, 2000).

A importância deste artigo, visto que ao descrever as falhas na informação relativa aos transgênicos, instrumentaliza-se a possibilidade de, com a correta informação, devolver ao consumidor a liberdade de

escolher os produtos que queira ou não consumir, assumindo assim, os riscos de sua escolha.

Assim sendo, com o controle popular, realizado nas audiências públicas, é possível prevenir riscos em relação ao meio ambiente e à coletividade, o que ocorreria com a liberação precoce de transgênicos. Justifica-se, portanto, a importância desse artigo.

2 O DIREITO À CORRETA INFORMAÇÃO SOBRE OS TRANSGÊNICOS

A informação é o conjunto de dados, fatos, opiniões e idéias, necessárias para entender de um modo inteligente as situações de cunho individual, coletivo, nacional, internacional, possibilitando assim, orientar a ação (LÓPEZ-AYLLÓN, 2000, p. 150).

E, além do conceito doutrinário, cite-se a definição legal de informação descrita no artigo 4º, I da Lei 12.527 de 2011: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

E, para se definir informação ambiental, deve-se notar que o meio ambiente abrange tudo o que nos cerca, bem como todas as formas de vida. Tal está implícito no artigo 3º, I da Lei 6.938 de 1981: “meio ambiente, o conjunto de condições, influências, interações, ordem física, química e biológica, que permite, abrange e rege a vida em todas as suas formas”. Em consequência, o conceito de meio ambiente abrange todas as suas formas³: natural, artificial, cultural e do trabalho (FIORILLO, 2006, p. 19).

Disso se infere que a informação ambiental é o conjunto de notícias, dados, fatos, opiniões, idéias, a fim de propor uma mensagem organizada ou não sobre, que pode ser divulgada por qualquer meio de comunicação ou formato de dados, referindo-se sobre que nos cerca, ou quaisquer formas de vida, além de abranger o ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, com o intuito de orientar a ação do indivíduo ou de grupos sociais, para a proteção do meio ambiente.

³ O meio ambiente natural é aquele composto de água, ar, solo, fauna e flora. Já o meio ambiente artificial é o constituído de espaço urbano construído, formado de edificações e equipamento público (praças, ruas...). O meio cultural são os bens materiais ou imateriais, individuais ou coletivos, que fazem referência à identidade, ação e memória de um grupo formador da sociedade brasileira (art. 216 da CF). Já o ambiente do trabalho é o local onde se realiza a atividade laboral, livres de insalubridade e nocividade a condição física e psíquica (FIORILLO, 2006, p. 20 et passim).

O direito de informação, também, tem sede na constituição, no artigo 5º, XLV e XXXIII da Constituição Federal de 1988. O primeiro inciso discorre que todos têm o direito de acesso à informação, protegendo a informação pra uso profissional. O segundo relata o direito de todos receberem informação. E, mesmo que na lei maior só descreva o direito de acesso e o de receber informação, implícito ao direito de acesso está o direito de transmitir a informação.

A afirmação supracitada fundamenta-se na regra de hermenêutica de que a interpretação do direito não pode levar ao absurdo (MONTEIRO, 1991, p. 37). De forma que, não pode haver o acesso à informação se antes não houver a transmissão. De igual modo, o direito de receber pressupõe o direito de exigir a informação, posto que não haja direito sem a existência de um dever conseqüente. Tal interpretação é possível porque os princípios implícitos devem ser observados, como determinação do art. 5º, §2º da constituição.

Da mesma maneira, cada direito corresponde a um dever correlato. Por isso, enquanto o direito subjetivo é definido como um poder sobre alguém ou bem oponível a outrem; o dever jurídico enseja a sujeição àquele poder (NADER, 2009, p. 317). Disso se infere que se há o direito de receber informação do indivíduo, há, também, em consequência, o dever do Estado de transmitir informações.

Nesse sentido, define-se o direito de receber informação, como a possibilidade de recepção, de obter a informação sobre uma realidade segundo seus interesses. O acesso, a seu turno, descreve a prerrogativa de investigar, sem obstáculos, além de ter acesso a bancos de dados administrativos ou públicos. Já o direito de transmissão de informação é a possibilidade de produzir e difundir a informação pelos meios de comunicação (ESTRADA CUZCANO, 1998). Por fim, o direito de exigir a informação, que inclui a cobrança do fornecimento da informação, assim como sua produção quando inexistente.

Ademais, a informação verdadeira é inerente ao direito à informação, contudo tutelam-se aquelas que eventualmente sejam errôneas e não comprovadas em juízo, salvo se produzidas com má-fé e negligência, vez que não se protegem dados levemente não verificados ou propositalmente errôneos, posto que se trate de condutas ilícitas (MORAES, 2006, p. 159).

Observando-se que, a informação é um direito individual, ou seja, uma liberdade negativa do cidadão, que como sua prerrogativa, pode exigir

que o Estado abstenha-se de realizar uma ação. Sendo uma proibição de atuação contra o particular, em razão da existência de um instrumento jurídico, correspondente ao direito violado, capaz de evitar ou fazer cessar a violação do direito (LÓPEZ-AYLLON, 2000).

E, tendo em vista que a informação seja um direito individual, cabe realçar que é objeto de cláusula pétrea, não podendo, pois, ser modificada, alterada ou suprimida, exceto caso isto seja feito pelo advento de uma nova constituição (art. 60, §4º, IV da CF).

Outrossim, a informação toma forma de tutela ao patrimônio genético. Com efeito, protege o ser humano e todas as formas de vida, visto que são impreteríveis para a qualidade de vida (art. 225, §1º, IV da CF). Tal proteção ocorre por meio da Lei 11.105 de 2005, Lei 9.985 de 2000 e a Lei 13.123 de 2015. Neste último diploma são criados direitos e obrigações atinentes ao patrimônio genético, entre os quais está incluída a informação de origem genética (art. 2º, I).

A Lei n. 11.105 de 2005 regulamenta o artigo 225, § 1º, II e V da CF, que tutela o patrimônio genético, além de ser orientado pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). Nesse panorama, destaca-se o direito à informação dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência (FIORILLO, 2006, p. 25). Portanto, verifica-se que a tutela constitucional do patrimônio genético engloba os seres humanos e todas as formas de vida, e é instrumentalizada pelo direito de ação⁴. Sendo a informação de origem genética e transmissível aos descendentes inerente à realização da suscitada tutela.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 1º, II e IV, descreve a responsabilidade do Poder Público em preservar a diversidade e patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à manipulação e pesquisa do material genético, também controlando a produção a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida, qualidade de vida e meio ambientes.

As, “substâncias” são entendidas como os elementos que compõem um corpo. Nesse âmbito, os transgênicos podem ser descritos como um dos elementos que fazem parte da composição de um corpo quer seja um produto, alimento ou organismo vivo. Isto porque os transgênicos

⁴ Direito de ação é a prerrogativa que cabe a qualquer pessoa de buscar uma solução para uma lide (conflito de interesse) por meio de uma petição escrita, tirando assim, o judiciário de sua inércia, fazendo com que este se substitua a vontade das partes, impondo, de maneira inevitável, imparcial e coativa, uma decisão, com vistas à paz social, por meio de um órgão com existência prévia, regular e legitimamente investido.

são elaborados com o deslocamento de um gene de uma espécie para outra, fazendo assim, parte daquela que o recebe.

Sendo “técnica” compreendida pelo método pelo qual se obtém um resultado pretendido. No caso da engenharia genética: a inserção de genes com fito de obter novas características, visando o aperfeiçoamento genético. Portanto, verifica-se que a engenharia genética enquadra-se no conceito de técnica; e os transgênicos, no de substância.

Logo, em vista do exposto, aduz-se o direito à informação correta sobre os transgenes. Tal ocorre porque a transgenia está implícita a proteção e controle sobre a comercialização e emprego de técnicas e substâncias que comportem risco à vida (art. 225, §1º, II e V da CF), a informação correta com premissa do artigo 5º, XLV e XXXIII da lei maior, bem como a própria informação de origem genética, nesta incluída os transgênicos (a Lei 11.105/2005, a Lei 9.985/2000 e Lei 13.123/2015).

3 SOBRE A AUDIÊNCIA PÚBLICA

A audiência pública é considerada um espaço democrático, cujo fundamento é a repartição da responsabilidade pela proteção do meio ambiente, é da coletividade e do Poder Público⁵. Definindo-se espaço público como o condensador de atenção pública de uma sociedade, em momento determinado, em qualquer das acepções psicossociais, culturais e comunicacionais ou políticas que desencadearam a condensação. Abrangendo ainda, a gestão dos bens públicos, a qual está incluída o bem ambiental (DADER, 2001).

Esses espaços servem para a gestão da informação, bem como para a participação popular. Neles incluídas as informações sobre o empreendimento. É o momento adequado para informar, opinar e participar das deliberações eivadas de interesse social, como são aquelas que envolvem as questões ambientais. Daí porque se dizer que a dispensa de Audiência pública viola o direito à informação, haja vista que se impede a formação desses espaços.

⁵ No Brasil, essa responsabilidade está descrita no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. .

Sendo que a finalidade da audiência pública é: “expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA⁶, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas sugestões a respeito” (art. 1º da Resolução do CONAMA⁷ 09, de 03 de dezembro de 1987).

Com efeito, a audiência pública é instituto de participação popular, de caráter não vinculante, consultivo, meramente opinativo, inserido na fase do processo decisório, consistente na realização de audiência aberta ao público, com o propósito de discutir, debater, esclarecer aspectos de uma decisão administrativa (PEREZ, 2004, p. 283).

O fato de ter caráter consultivo não significa que seu conteúdo deva ser desprezado. De fato: “Os resultados da consulta e da audiência pública e de outros meios de participação dos administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado” (art. 33 da Lei 9.784/1999). Disso se aduz que as sugestões discorridas na audiência não possam ser meramente excluídas do processo administrativo, mas que deve constar, na ata da audiência, decisão motivada, informando a razão pela qual as recomendações dos cidadãos colhidas na audiência não foram aplicadas (art. 38, §2º e art. 50, I, III e §3º da Lei 9.784/1999)⁸.

Além disso: “O órgão de Meio Ambiente, a partir do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo será que no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública (art. 2º, §2º da Resolução do CONAMA 09/1987).

⁶ O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impactos Ambientais (RIMA) é instrumento de política nacional do meio ambiente (art. 9º, III da Lei 6.938/1991) e está conceituado no artigo 1º, III da Resolução do CONAMA 237/1997: “Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco”. Nesse sentido, verifica-se que EIA é o detalhamento de todos os levantamentos técnicos, científicos, legais, trabalhos de campo e análise laboratorial, ao passo que o RIMA é a conclusão dos estudos em linguagem objetiva e compreensível apresentado pelos profissionais responsáveis (art. 9º da Resolução do CONAMA 001/86). Com efeito, o EIA é mais abrangente que o RIMA a ponto de englobá-lo, fazendo parte da própria redação do mencionado estudo e refletindo suas conclusões.

⁷ ... “O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho do Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 6º, II da Lei 6.938/1981).

⁸ A aplicabilidade da Lei 9.784/1999 será explicada adiante.

Igualmente, que a audiência ocorrerá em local acessível, podendo ocorrer mais de uma, em decorrência da localização geográfica dos solicitantes e da complexidade do tema (art. 2º, §4º e 5º da resolução referida).

Por fim, a audiência será dirigida pelo órgão licenciador, que após exposição objetiva, abrirá discussões, cujo resultado será lavrado em ata, a qual será enviada ao órgão licenciador para análise e parecer sobre a aprovação do projeto do licenciador (art. 3º, art. 4º, *caput*, parágrafo único e art. 5º da resolução suscitada).

4 ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÕES AO DIREITO À INFORMAÇÃO, CAUSADO PELAS RESTRIÇÕES À PARTICIPAÇÃO NA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Nos artigos 9, §3º, 11, §10º e 15, *caput* e parágrafo único da Lei n. 11.105 de 2005, bem como na Resolução n. 9/1987 do CONAMA são estabelecidas diversas restrições aos direito à informação, a saber: a realização de audiência pública, a qual é realizada pelo arbítrio da CTNBio, necessitando ainda, demonstração de interesse para sua participação. O mesmo ocorrendo com a representação e participação popular nas audiências aludidas.

De fato, o art. 9º, §3º da Lei 11.105 de 2005 discorre que: “Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes do setor público e de entidades da sociedade civil”.

O mesmo conteúdo é repetido no artigo 11, §10º da mesma lei: “Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes da comunidade científica e do setor público e entidades da sociedade civil, sem direito a voto”.

Destaca-se a inconstitucionalidade do artigo 9º, § 3º e 11, §10º da Lei 11.105 de 2005, quando consigna a palavra “poderão”, cria-se uma faculdade, o que torna patente que se atribui à CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança⁹) a escolha, conforme sua análise de conveniência e oportunidade, deve-se ou não convidar as entidades da civil para participar da audiência.

⁹ A explicação sobre a CTNBio está descrita abaixo.

Como se não bastasse a faculdade mencionada, os dispositivos em estudo relatam que a participação, tanto de representantes do setor público e de entidades da sociedade civil, será excepcional. Vale que a regra constitucional, a qual deveria ser a participação, tornou-se exceção pela lei infraconstitucional deflagrada.

O mesmo vale para as expressões “em caráter excepcional” e “sem direito a voto” discorrido nos artigos em comento. Aqui se torna mais premente a depreciação da participação da sociedade civil, já que esta só poderá participar, quando exercida a faculdade de convite, que se dá de maneira excepcional, sem sequer possuir o direito ao voto. Importa salientar que as entidades civis não participam de maneira efetiva da deliberação, sendo apenas meros ouvintes.

Ademais, a restrição à presença do público nas audiências públicas é inconstitucional, posto que não haja motivo para a existência de segredo nas decisões da CTNBio, haja vista que o direito ao sigilo não pode violar o interesse social, a saúde humana e o meio ambiente. Cabendo ao solicitante provar a legitimidade do sigilo, bem como ao órgão administrativo informar os motivos para a concessão do segredo (MACHADO, 2006, p. 264).

Além do que, a informação como ora é apresentada viola o artigo 5º, XLV (o direito de ter acesso à informação) e XXXIII (o direito de receber informações). Sendo que, inerente a este último está o direito de exigir a informação, ou seja, cobrar o fornecimento ou a produção da informação pelo Estado. Relate-se que, a obrigatoriedade da administração de informar, bem como criar informações ambientais quando estas forem inexistentes, também, possui resguardo no artigo 9º, XI da Lei 6.938 de 1981.

Primeiro, porque se cria um óbice à publicidade, momento em que os dados tornar-se-iam de ciência pública, ofendendo assim, o direito de receber informação; instante em que ocorre a recepção da mensagem¹⁰ pelo indivíduo, que é o passivo da transmissão de informação de outrem, o que vale realçar que informação deve estar disponível, mesmo que não houvesse consulta por ninguém. Também, haveria transgressão ao acesso à informação, posto que se obstruiria a investigação de qualquer notícia, ou seja, o processo de informação em que a pessoa é o sujeito ativo na busca de informações.

E, ao que parece, a *ratio constitutionis* é privilegiar o amplo acesso à informação, devendo a informação ser considerada a regra, e

¹⁰ As palavras informação, mensagem, dados e notícias são usadas como sinônimos.

o segredo ou qualquer restrição uma exceção que só pode estar descrito na Constituição. Sob pena de violar direitos individuais, os quais são clausulas pétreas, só podem ser modificados com o advento de uma nova Constituição Federal (art. 60, §4º, IV da CF).

No artigo 15, *caput* da Lei 11.105 de 2005, é repetida a possibilidade da CTNBio escolher, discricionariamente, ou seja, conforme análise da conveniência e oportunidade, se deve ou não realizar audiência pública: “A CTNBio **poderá** realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade, na forma do regulamento” (grifo nosso).

O regulamento ao qual se refere o dispositivo supracitado é o artigo 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987: “sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão do meio ambiente promover”.

O que se infere da interpretação conjunta do o artigo 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987 e artigo 15, *caput* da Lei 11.105 de 2005 é que CTNBio poderá escolher de maneira discricionária se realizará ou não audiência, e que a participação da sociedade civil só será obrigatória se requerida pelo *parquet*, entidade civil ou cinquenta cidadãos. Mas não é o que ocorre, posto que o requerimento deverá ser enviado a secretaria-executiva da CTNBio, acompanhado de justificção que demonstre a motivação e comprove o interesse¹¹, sendo submetido à aprovação por maioria absoluta da CTNBIO (art. 25, parágrafo único c/c art. 43, I, todos do Decreto 5.591/2005 c/c art. 11, §8º-A da Lei 11.105/2005).

Nesse âmbito, defende-se que as restrições contidas no artigo 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987, em que a regra é que só se realize audiência mediante requerimento a ser realizado por cinquenta cidadãos, Ministério Público ou entidade civil, e qualquer outra restrição que seja efetivada pelo Decreto 5.591/2005 (que regulamenta a Lei 11.105/2005) ou outra legislação infralegal, viola a vedação expressa no art. 68, §1º, II da Constituição, proibindo que decreto, e por consectário resolução, regulamentem direitos individuais (grifo nosso):

§1º - **Não será objeto de delegação** os atos de competência exclusiva do congresso nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, **nem a legislação sobre:**

¹¹ A questão da comprovação de interesse será demonstrada abaixo.

II – Nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitorais;

Ora, se não se pode o mais, que é legislar sobre matéria de direitos individuais por decreto, não se pode fazer o menos, que é fazê-lo por resolução, que é norma hierarquicamente inferior àquele. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 124) ratifica a tese de que o poder regulamentar: “não invada as chamadas “reservas de lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são em princípios, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela constituição (art. 5º)”.

Demais disso, a Lei 9.784 de 1999 concorda que a normatização de direitos individuais por decreto ou qualquer forma de legislação infralegal seja impossível, visto que:

Art.13. Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo

(...)

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade

Assim, com fundamento no artigo 68,§1º, II da CF e artigo 13, *caput*, I e II da Lei 9.784 de 1999, não cabem delegação de poderes para restringir direitos individuais, inclusive o primado da informação. E, por isso, não há pode haver cerceamento por meio de normas infralegais.

Cabe ressaltar que estando a premissa suscitada acima descrita em decreto, é evidente que se viola a legalidade (art. 5º, II da CF), a qual esclarece que direitos, obrigações e vedações aos Administrados só possam ser criadas por lei¹², vedando que isso seja efetivado por simples ato do administrativo (DI PIETRO, 2010, p. 64). Nesse patamar, adverte-se que o decreto aludido é corolário do poder regulamentar do executivo, tencionam

¹² O vocábulo lei é admitido como apenas os atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo, a saber: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias; e conforme as regras constitucionais do processo legislativo. Sobretudo por que há vedação expressa no art. 68,§1º, II da CF, para que legisle sobre direitos individuais por meio de decreto. Igualmente, não pode haver regulamentação de direitos individuais por meio de Medida Provisória, em vista da proibição do art. 62, §1º, I, ‘a’: nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral”. De forma que defende-se a tese que a palavra “cidadania” engloba os direitos individuais descritos no art. 5º da CF, inclusive o direito à informação, eis porque este, também, não poderia ser tratado por Medida Provisória.

apenas o fiel cumprimento da lei (art. 84, IV da CF). De forma que, visam apenas complementar a lei, delineando-a maiores minúcias, com o escopo de aprimorar a exequibilidade da mesma, suprimindo lacunas, sem ampliar ou restringir as disposições legais (MEIRELLES, 2003, p. 125). De modo que, jamais, poderão criar direitos e obrigações, proibições, normas *contra legem* ou *ultra legem*, em virtude de que ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo, senão em decorrência de lei (art. 5º, II da CF), portanto ele deve se limitar a estabelecer a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração (DI PIETRO, 2010, p. 90-91).

Pelos motivos acima expostos, torna-se claro que decretos apenas asseguram a execução da lei, sem estipular direitos ou obrigações, tal é o que foi exarado na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 1.435-8¹³. Portanto, não há de se falar em decreto ou normas infralegais que possam restringir o direito à informação não pode estabelecer nova hipótese a fim de restringir a informação, como ocorreu com o artigo 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987.

Ainda nesse sentido, deduz-se, também, que, em vista do caráter excepcional da participação popular, apenas em casos raros, a CTNBio declararia de ofício a necessidade de participação da sociedade civil.

O que se constata que a faculdade de se atribuir à CTNBio a possibilidade de realização de audiência pública, a qual será efetivada, via de regra, mediante requerimento de interessados, representa uma grave violação à informação. Isto porque impede o direito do indivíduo de receber informações, bem como o Estado abtém-se de promover a sua obrigação de divulgar e transmitir informações.

¹³ Ação Direta de inconstitucionalidade n. 1435-8 Distrito Federal. RELATOR: Min. FRANCISCO REZEK. REQUERENTE: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT. ADVOGADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO. REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. EMENDA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO N. 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88 (...) A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional n. 8, de 1995 – que alterou o inciso XI e alínea a da inciso XII da CF – é expressa ao dizer que compete à União, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a constituição exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto

Destaca-se que não se pode deduzir que a audiência pública apenas fosse realizada mediante requerimento de parte interessada, posto que isso suprimiria o poder de autotutela, que consiste na prerrogativa da Administração, por meio de seus mecanismos internos, agir de ofício e corrigir eventuais irregularidades no processo administrativo (Súmula 346 e Súmula 473 do STF).

Atente-se, ainda, que a Administração possui a obrigação de agir de ofício, em vista de que as normas administrativas estejam imbuídas do poder-dever inerente à Administração, o qual consiste em prerrogativas relativas à Administração cujo seu exercício é obrigatório. Não podendo haver renúncia, caso contrário violar-se-ia o interesse público, bem como o dever de zelo para com a comunidade (MEIRELLES, 2003, p. 101-102). Isso porque a necessidade da Administração agir de ofício, ao realizar a audiência, mesmo que não haja requerimento de qualquer interessado.

Outro motivo para que a audiência seja realizada de ofício, mesmo que não haja requerimento de interessados, é porque a liberação de transgênicos consiste em possível risco à saúde, sendo esta de relevância pública (art. 197 da CF), bem como está descrito no rol de serviços essenciais da Lei 7.783/1989 (art. 10, II c/c art. 11 parágrafo único), além de ser dever do Estado de prover as condições indispensáveis para seu exercício, bem como formular e executar políticas públicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos (art. 2º, *caput* e §2º da Lei 8.080/1990), daí estar patente que há interesse público eivado na liberação dos transgênicos.

Por conseguinte, dá-se ensejo ao princípio do impulso oficial ou oficialidade (art. 2º, XII da Lei 9.784/1999), determinando a necessidade que a Administração, (sobretudo a CTNBio), atue de ofício para, via de regra, realizar a audiência pública, em decorrência de que a liberação de OGM estava eivada de interesse público, manifesto da prevenção de riscos em relação à saúde. De sobremaneira porque o interesse público denota direitos irrenunciáveis e indisponíveis, eis porque se torna óbvio que a efetivação da audiência pública como uma obrigação legal. De sobremodo porque o artigo 225 da CF, já impõe que o meio ambiente é bem de uso público, cujo dever de fiscalização e proteção é da coletividade e do poder público. De maneira que é impossível que a sociedade civil atue em conjunto com a Administração para proteger o meio ambiente, caso não seja corretamente informada ou se impedir que os dados sejam divulgados, e o que ocorre, posto que a audiência torna efetiva um espaço

de diálogo entre o poder público e a coletividade, para que esta seja informada e participe adequadamente do processo de tomada de decisões e gestão da coisa pública.

Sendo que a irrenunciabilidade do interesse público está clara quando se analisa o artigo 2º, parágrafo único, II da Lei 9.784 de 1999: “atendimento a fins de interesse gerais vedados a renúncia total ou parcial de poderes ou de competências, salvo autorização em lei”. Daí porque ser óbvia a necessidade de realização de audiência pública, mesmo que não haja requerimento, posto que seja assunto de interesse social.

Enfatize-se que a possibilidade de efetivar audiência de ofício é compatível com a o artigo 5º da Lei 9.784 de 1999: “o processo Administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado”; assim como com o artigo 2º, XII: “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”.

Observe-se, também, que o requerimento deve ser realizado dentro prazo legal, cuja contagem inicia-se a partir do recebimento do RIMA, quando o órgão do meio ambiente fixará edital e o divulgará na imprensa local pelo prazo de quarenta e cinco dias, para que os interessados requeiram a audiência pública (art. 2º, § 1º da Resolução 9/1987 do CONAMA).

Outrossim, é necessário provar o interesse para participar da audiência, conforme o conteúdo do parágrafo único do artigo 15 da Lei 11.105 de 2005, o que resulta em restrição à participação da audiência pública, e, por conseguinte, limitação à informação: “Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que **comprovem interesse relacionado**, na forma do regulamento” (grifo nosso).

Tendo em vista que a CTNBio¹⁴ seja um órgão federal, aplica-se a Lei 9.784 de 1999, cujo âmbito de aplicação é restrito a administração federal direta e indireta (art. 1º). O artigo 9º, IV dessa lei determina como interessados “as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesse difusos”.

E, compreendam-se por interesse difusos aqueles cujo objeto é indivisível, de titularidade indeterminada e ligada por uma circunstância de fato. Exemplificando-se: a poluição do ar, a qual é impossível a identificação de todos os atingidos, seu objeto é indivisível (o ar pertence a todos ou a nenhum) e ligados por uma circunstância de fato (a afetação de uma região pela poluição do ar) (FIORILLO, 2006, p. 6). O que significa dizer que o meio ambiente é um direito difuso, e, por conseguinte, a informação ambiental enquadra-se como direito difuso, em vista de possuir as características acima descritas.

O artigo 43, § 4º do Decreto 5. 591 de 2005 concorda com a afirmação acima quando define como parte comprovadamente interessada o requerente do processo ou pessoa jurídica cujo objetivo social esteja relacionado às áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal, meio ambiente, defesa do consumidor, agricultura familiar ou saúde do trabalhador.

Acentue-se que a informação ambiental sequer precisa de demonstração de interesse. Basta o esclarecimento relativo aos fins e razões do pedido (art. 2º da Lei 9.051/1995). Isto decorre do fato de que o solicitante possui presunção de veracidade a seu favor. Neste contexto, se houver dúvida da administração, cabe a esta o ônus de provar a falsidade ou inexatidão dos fins e razões do pedido (MACHADO, 2008, p. 185-186).

¹⁴ A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança – PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zoonosológico, à saúde humana e meio ambiente (art. 4º da Lei 11.105/2005). Vale dizer que, órgão é um centro de competência para o desempenho de funções estatais por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada a pessoa jurídica que pertencem. De forma que, os órgãos localizam-se na estrutura de pessoa jurídica a que se vinculam, sendo, portanto, meros instrumentos de ação. Em decorrência disso, estando a CTNBio ligada ao Ministério de Ciência e Tecnologia, prestando apoio técnico e assessoramento ao governo federal (art. 4º da Lei 11.105/2005), torna-se patente que é um órgão. Daí porque dizer que se localiza na estrutura da Administração federal direta, e, por isso, ser aplicável a Lei 9.784/1999. Além disso, aplica-se supletivamente a Lei 9.784/99, por força de art. 85 do Decreto 5.591/2005.

Aliás, a prova de interesse é incompatível com a Lei 9.784 de 1999 que determina a necessidade de observação da informalidade no processo administrativo federal, ou formalismo moderado, visto que a formalidade é observada apenas no que for estritamente necessário para a garantia dos direitos dos administrados, devendo adotar formas simples (art. 2º, VIII e IV). Sendo que, entre as formalidades essenciais estão aquelas descritas no art. 6º e incisos:

I – órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;

II - identificação do interessado ou de quem represente;

III – domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;

IV – formulação do pedido, com exposição dos fatos e dos seus fundamentos;

V – data e assinatura do requerente ou de seu representante

De sorte que entre os requisitos mínimos para o peticionamento não está a demonstração de interesse, principalmente, porque como exposto antes, a Administração Federal deve se orientar pela informalidade, sendo exigida apenas o que necessário para garantir os direitos dos Administrados.

Outro ponto que a coaduna a necessidade de observação da informalidade, é que o artigo 7º obriga a Administração Federal a elaborar modelos ou formulários padronizados para facilitar o atendimento aos direitos dos Administrados.

Outrossim, o artigo 225 da CF já determina uma obrigação legal da coletividade atuar em conjunto com a Administração para proteger o meio ambiente; portanto o interesse da coletividade é presumido de maneira absoluta, não podendo haver prova em contrário. Bastando apenas demonstrar que se trate de informação ambiental, exsurge a presunção absoluta do interesse de participar para proteger o meio ambiente, que é bem de uso comum e que deve ser preservado para as gerações vindouras.

De igual modo, provar o interesse vulnera o direito de petição (art. 5º, XXXIV, ‘a’ da CF), o qual trata de um direito político e impessoal, exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, para reclamar sobre abusos e ilegalidade junto ao Poder Público. Não sendo preciso forma rígida de procedimento, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo do sumário do se pretende do órgão público destinatário do pedido (NERY JUNIOR e NERY, 2009,

p. 78). De forma que o direito de petição, que, também, é regido por informalidade não comporta a demonstração de interesse, eis porque se defende a tese da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 15 da Lei 11.105 de 2005. Igualmente, o remédio constitucional citado informa à possibilidade que o Requerimento seja realizado por meio de indivíduo, não sendo necessária a petição em conjunto com 50 pessoas, conforme dita o art. 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987, daí porque ocorre a inconstitucionalidade deste dispositivo.

Entretanto, o artigo 8º da Lei 9.784 de 1999 informa que: “Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiveram conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário”; o que levaria a entender que o artigo 2º *caput* da Resolução do CONAMA 09/1987 estaria correto. Contudo, depreende-se do vocábulo “poderão” do artigo 8º da lei referida, que a realização da petição em conjunto é uma faculdade dos Administrados, que escolherem se querem ou não fazer uso dessa prerrogativa; de sobremaneira porque essa regra foi feita em benefício dos Administrados.

Por isso, Baggio (2008, p. 45-46) concorda com a tese de que as restrições à audiência pública sejam inconstitucionais:

Há, ainda, inconstitucionalidade no artigo 15 da Lei n. 11.105/2005 que determina: “a CTNBio **poderá** realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil na forma do regulamento” (grifo do autor). Isto viola o direito à informação e o artigo 2º da Resolução 9/1987 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA): “sempre que necessário, ou quando for solicitado por autoridade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão do meio ambiente promoverá a realização de audiência pública. A isso se acresce que o Decreto n. 5.591/2005 discorre que a participação da sociedade dependerá do requerimento de um de seus membros; ou, ainda, por parte comprovadamente interessada na matéria, além de necessitar de maioria absoluta dos membros para a aprovação (artigo 43, *caput*, I, II, § 4º da Lei n. 11.105/2005). Vale dizer que não há nada de público nessas audiências. De igual forma não são públicas as reuniões da CTNBio, visto que o artigo 11, § 10º da Lei n. 11.105/2005 afirma que: “**poderão** ser convidados em caráter excepcional, representantes da sociedade científica e do setor público e entidades da sociedade civil, sem direito a voto (grifo do autor)”. Disso deriva o fato de que a construção de um espaço

aberto de diálogo, que deveria ser regra em uma sociedade democrática, é exceção, violando assim, os princípios constitucionais da publicidade, informação e participação.

Niebuhr (2007, p. 281) confirma a tese da inconstitucionalidade das restrições atinentes à audiência pública, também, baseado na lei de processo administrativo federal:

De sorte que o caráter consultivo está demonstrado no artigo 11, § 10 da lei de biossegurança, quando determina que a sociedade civil não tenha direito a voto. Isto viola o artigo 9º, inciso IV da lei de processo administrativo federal, o qual é aplicado subsidiariamente à lei de biossegurança. O dispositivo aludido descreve como interessado no processo administrativo, “as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”. Em decorrência disso, deve ser admitida a participação da sociedade civil em todos os atos relacionados ao processo federal de liberação de OGMs. Sendo, pois, inconstitucional a recusa da juntada de documentos, alegações, recursos, requerimentos e a negativa de motivação sobre os argumentos trazidos pelos interessados.

Nesse sentido, informa-se que é vedada à Administração a recusa imotivada de pedido de solicitação de informação, devendo o servidor orientar o interessado para suprir eventuais falhas, e, no caso de recusa, a Administração é obrigada a motivá-la, indicando as razões de fato e direito (art. 2º, *caput*, VII c/c art. 6º, parágrafo único, todos da Lei 9.784/1999).

Enfatize-se que a restrição ao direito à informação, só pode ser admitida com fulcro em hipóteses descritas na Constituição. Isso é ratificado pela Lei 9.784 de 1999, que assevera o fato de que o sigilo só pode ser fundamentado em hipótese constitucional. Tal está demonstrado na assertiva de que a Administração obedecerá ao princípio da publicidade, promovendo a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na constituição (art. 2º Parágrafo Único, V)”.

No que concerne à restrição à presença do público nas reuniões, isso é inconstitucional, porque não há motivo para haver segredo nas deliberações da CTNBio, uma vez que seu conteúdo é de interesse público, conforme já exposto alhures.

Tais restrições à realização da audiência pública impedem a oportunidade de envolvimento e responsabilização do público e determinam

uma orientação racionalizada do conhecimento científico em detrimento da busca por melhores consensos (AYALA, 2008, p. 139).

Deprendendo-se que, com base no artigo 2º, parágrafo único, V da Lei 9.784 de 1999, não se deve admitir o sigilo com base no segredo comercial em razão de não estar descrito na Constituição Federal.

Sendo que é possível fazer uso do *habeas data*, vez que o mesmo é usado: “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (art. 5º, LXXII da CF).

E, na recusa do *habeas data*, possível o uso do direito de petição, usado em defesa de direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder (art. 5º, XXXIV, ‘a’ da CF); além do direito de certidão, que consiste na: “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse social (art. 5º, XXXIV, ‘b’ da CF). Sendo que os direitos aludidos são gratuitos, não podendo ser cobrada nenhuma retribuição pecuniária para o seu cumprimento (art. 5º, XXXIV da CF).

Ressalte-se, mais uma vez, que a restrição à audiência pública, de igual forma, afrontam o direito de informação, posto que impedem a publicidade dos atos públicos, bem como a formação dos espaços públicos, essenciais para que o cidadão seja informado e participe das deliberações públicas.

Considerando o que foi afirmado, verifica-se que a violação ao direito à informação, em decorrência das restrições à realização de audiência pública, a necessidade de prova de interesse para a participação desta, violam o direito de informação, posto que obstem o direito de acesso e de receber informação, afrontando ainda, várias determinações da Lei 9.784 de 1999, o direito de informação correta sobre os transgênicos, e outras leis ambientais, a exemplo da Lei 6.938 de 1981. O mesmo ocorrendo com os atos secretos que são resultantes de ato singular com ou sem motivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo 9º, §3º, artigo 11, §10º, artigo 11, *caput* da Lei 11.101 de 2005, os quais informam a participação excepcional da sociedade civil, bem como estabelece faculdade da CTNBio de suprimir a audiência pública como violação ao direito ao acesso à informação (art. 5º, XLV da CF), posto que cria obstáculo ao indivíduo de buscar informações; além de vulnerar o direito de receber informações (art. 5º, XXXIII da CF), impedindo a

recepção da informação. Isto porque, sem a audiência pública, impede-se a formação dos espaços democráticos, os quais se divide a responsabilidade pela proteção do meio ambiente entre a coletividade, gerir a informação e promover à participação popular.

Além disso, os dispositivos mencionados ofendem o artigo 9º, XI da Lei 6.938 de 1981, o qual determina o dever de divulgar a informação, inclusive, de criá-la quando for inexistente.

Ainda, no que se refere à supressão da audiência, defende-se a realização de audiência, de ofício, pela CTNBio. Em vista dos poderes-deveres da Administração, os quais são prerrogativas de exercício obrigatório. Além do que, a transgenia, haja vista que pode consistir em risco à saúde está eivada de interesse público (art. 197 da CF), e sendo este irrenunciável (art. 2º, XII, parágrafo único, II da Lei 9.784/1999), deve ser realizado obrigatoriamente, mesmo que não haja requerimento.

O artigo 15, parágrafo único da Lei 11.105 de 2005, discorre que é obrigatório provar interesse para participar das audiências, além de violar o direito de receber informações e o direito ao acesso à informação; vulnera a Lei 9.784 de 1999, que exige que o processo administrativo seja regido pela informalidade, sendo necessárias apenas àquelas impreteríveis para a garantia dos direitos (art. 2º, VI e VIII), e em vista de que o interesse não está descrito entre as formalidades essenciais, que estão consignadas no artigo 6º, não há de se falar na imperatividade de demonstrar interesse.

Da mesma forma, a prova de interesse lesiona o direito de petição (art. 5º, XXXIV, 'b' da CF), vez que o mesmo possui procedimento informal, sem possuir o requisito do interesse. Igualmente, lesa o artigo 225, *caput* da CF, do qual deveria se presumir, de maneira irrefragável o interesse, posto que denota obrigação legal da coletividade de preservar o meio ambiente.

Ressalte-se que a informação ambiental requer, apenas que se esclareçam os fins e as razões dos pedidos (art. 2º da Lei 9.051/1995). Isto em consequência de há presunção de veracidade em favor do solicitante.

Da mesma forma, sejam quaisquer umas das restrições mencionadas, nenhuma delas pode ser admitida, em virtude de não estejam descritas na constituição (no artigo 2º, parágrafo único, V da Lei 9.784/1999).

O artigo 2º da Resolução do CONAMA 09/1982 informa a possibilidade de efetivar a audiência por requerimento de cinquenta cidadãos, Ministério Público ou entidade civil. Todavia, por se tratar de restrição a direitos individuais, que no caso é a informação, não pode ser realizado pelo poder regulamentar da Administração (art. 68, §1º, II da

CF), visto este se propõe aprimorar a exequibilidade da lei, sem ampliar ou restringir seu sentido, criar direitos, deveres e imposições, sob pena de violar a legalidade (art. 5º, II da CF).

Por fim, cite-se o *habeas data*, direito de petição e de certidão, como remédios constitucionais para solucionar a restrição à informação.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patrick de Araújo. **Participação pública e a regulação dos riscos de alimentos geneticamente modificados: um caminho de déficits e excessos na política nacional de biossegurança** *In*: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs). **Aspectos destacados da lei de biossegurança na sociedade de risco**. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.

BORÉM, Aluízio; DEL GIÚDICE, Marcos (Orgs). **Biotecnologia e meio ambiente**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2008. *In*: SIQUEIRA, José Oswaldo; TRANNIN, Isabel Cristina B. **Agrossistemas transgênicos**.

BAGGIO, Roberta Carmineiro. **A lei de biossegurança e a baixa constitucionalidade das questões ambientais no Brasil**. *In*: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs). **Aspectos destacados da lei de biossegurança na sociedade de risco**. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. **Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do §1º e o §4º da Constituição Federal, o Artigo 1, alínea j do Artigo 8, alínea c do artigo 10, o Artigo 15 e os §§3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011/lei/L12527.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. **Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. **Lei n. 7.783, de 28 de julho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.085, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.051, de 18 de maio de 1995.85, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9051.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do §1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Resolução do CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Resolução do CONAMA n. 09, de 3 de dezembro de 1987.** Dispõe sobre a realização de audiências públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: <www.mma.gov.br/conama/legiabre.cfm?codlege=60>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986.** Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1435, de 06 de agosto de 1999.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347056>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 346.** A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473.** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRUNET, Karina Schuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. **Revista jurídica**, São Paulo, v. 48, n. 278, p. 44-64, ago. de 2000.

DADER, José Luis. La democracia débil ante El populismo de privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático em España. **Análisi:** quaderns de comunicatio y cultura, Bellaterra, servei de publicacions de la universitat autônoma de Barcelona, n. 26, 2001. Disponível em: <<http://ddd.uab.cat/pub/analisi/02112175n26p145.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23. ed., São Paulo: Atlas 2010.

ESTRADA CUZCANO, Martín Alonso. **Principios constitucionales Del derecho de información.** 1998. 110 f. Tese (Letras y Ciencias Humanas) - Universidad Nacional de San Marcos, Lima – Peru, 1998. Disponível em: <http://sisbid.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Tesis/Human/Estrada_CM/Estrada_CM.htm>. Acesso: 23. set. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental.** 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

INÁCIO FILHO, Geraldo. **Monografia sem complicações: métodos e normas.** 1ª ed. Campinas: Papirus, 2007.

LEITE, Marcos. **Os alimentos transgênicos.** São Paulo: Publifolha, 2000.

LEWGOY, Flávio (1999). **Parecer sobre os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) e seus produtos.** Disponível em: <<http://www.agirazul.com.br/agapan/lew.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. **El derecho a la información como derecho fundamental**. Biblioteca jurídica virtual, 2000. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=551>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 26ª ed. Petrópoles, vozes, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, PAULO. **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**. 31. ED., RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação extravagante**. 2. ed., Revista dos Tribunais, 2009.

NICOLELLIS, Paulo Cassio. **Alimentos transgênicos, questão atual: de acordo com a nova lei de Biossegurança e biotecnologia Lei 11.105 de 24 de março de 2005**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Aspectos processuais da lei de biossegurança**. In: LEITE, José Rubens Morato e FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito editorial, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais de biossegurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito**: alimentos transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA JÚNIOR, Pedro Abel. **Direito dos consumidores e produtos transgênicos**: uma questão polêmica para a bioética e o biodireito. Curitiba: Juruá, 2005.

RESENHA CRÍTICA DO ARTIGO “CO-EDUCAR Y CO-ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PROPUESTAS”, DE DAVID SÁNCHEZ RUBIO

CRITICAL REVIEW OF THE ARTICLE “CO-EDUCAR Y CO-ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS PROPUESTAS”, OF DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade*

INTRODUÇÃO

A presente resenha propõe-se a analisar, primeiro descritivamente e depois criticamente, o artigo escrito por David Sánchez Rubio, jusfilósofo vinculado ao Departamento de Filosofia do Direito da Universidad de Sevilla, cujo tema é a educação em direitos humanos. Mencionado artigo divide-se em seis capítulos, sendo o primeiro destinado à introdução, o segundo ao problema que se tem em teorizar ao invés de praticar os direitos humanos, o terceiro e subdivisões à chamada de consciência do educador em co-ensinar direitos humanos através de um conceito cotidiano, relacional, sócio-histórico, complexo e multigarantista, o quarto às propostas concretas para co-educar em direitos humanos e convicções éticas, o quinto à metodologia e orientações metodológicas no tocante à educação em direitos humanos e, por fim, o sexto traz temas transversais e relacionados aos direitos humanos.

1 RESENHA DESCRITIVA

No primeiro capítulo e introdução do artigo, o autor do texto justifica a necessidade das relações humanas serem reguladas, pois se assim não fossem, elas seriam caóticas e haveria clima permanente de incerteza e desorientação. Informa ainda que o artigo será centrado na importância dos direitos humanos, que podem ser um instrumento para que os seres humanos possam acessar de maneira mais justa, equitativa e proporcional os bens materiais e imateriais, podendo viver dignamente em sociedades que se intitulam democráticas, constitucionais e de direito, dizendo que

* Mestranda em Direito pela UNESP (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”), cuja linha de pesquisa é Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

sem uma cultura que seja voltada para uma educação sensível pelos e nos direitos humanos, dificilmente funcionará de modo justo.

Ainda na introdução, David retoma a ideia de contrato social, em que se pretendia combinar consensualmente a liberdade e autonomia de cada indivíduo com o bem comum e o interesse geral, em que se tentava harmonizar a dimensão individual e a dimensão coletiva do ser humano, seus direitos com seus deveres. Traçou o autor uma comparação, demonstrando que a nossa sociedade se regem por normas que são aceitas por todos e destinadas a regular o bem comum, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, por exemplo. Seguindo no texto, informa ele que esses instrumentos de garantia e de organização político-jurídica contrastam com o real contexto global que vivemos, enumerando guerras, problemas com o meio ambiente, violência, exclusão social, étnica, racial ou de gênero etc. Demonstra que o ser humano pode acentuar um caráter demente e violento, causando danos aos seus semelhantes e os tratando como objetos, bem como pode desdobrar espaços relacionais de solidariedades, fraternidade e de reconhecimentos mútuos, tratando uns aos outros como sujeitos; no entanto, enfatiza que a tendência é no sentido da primeira ideia, estabelecendo-se uma assimetria estrutural cada vez mais abissal entre uma minoria de seres humanos que estão situados socialmente em um ponto mais alto, deixando uma maioria no ponto mais baixo e em condições degradantes e infra-humanas, explicitando que estamos sob uma lógica mercantilista, em que a única coisa que se prioriza é a obtenção do máximo benefício, a competitividade e o egoísmo proprietário acumulativo e de avareza.

Ao fim desse capítulo introdutório, receita que é urgente e necessário buscar caminhos e saídas que nos deem esperança, ainda mais num contexto atual marcado por processos cada vez mais explícitos de des-democratização, de des-constitucionalização (como consequência da centralização substitutiva e hegemonia do constitucionalismo dos negócios e do mercado), e de uma tendência de mercantilizar todas as parcelas da vida, em que os direitos humanos se desfazem na esfera econômica-financeira, do trabalho e da produção ao passarem a ser ou descartes ou valores a serviço da competitividade, subjetividade que depreda, que é empresarialmente egoísta e a propriedade privada é gananciosa de avaros. Finaliza o capítulo reiterando que a educação é uma das fortalezas para que se fomente uma cultura mais sensível aos direitos humanos.

Já no segundo capítulo, acerca da problemática de se teorizar mais que praticar direitos humanos, duas hipóteses de trabalho são apresentadas, a primeira sendo que desde o início deve-se promover, difundir, inculcar formas, caminhos e modos de diminuir a teoria da prática, e a segunda afirmando que o que se aprende sobre direitos humanos é uma concepção normativista, formalista, jurídico-positiva, estatalista, delegativa e pós-violatória, implicando numa cultura passiva, conformista, indolente e débil. É demonstrado que apenas 1% dos direitos humanos violados conta com eficácia jurídica pós-violatória, podendo acrescentar-se um pouco de políticas públicas.

Ainda nesse capítulo, diz o autor que há um problema maior por trás disso, que é o falso universalismo dos direitos humanos construído pela cultura ocidental, que se constrói sobre discursos que defendem inclusões em abstrato de todas as pessoas, mas sobre a base trágica e receosa de exclusões concretas, individuais e coletivas, como o racismo, androcentrismo etc. Uma das razões para que isso ocorra seria o modo pelo qual concebemos os direitos humanos, que é de um modo simplificado, insuficiente e limitado, que não só não garantem suficientemente a dignidade humana como tampouco afeta a estrutura desigual que nos relacionamos e convivemos. Ratifica, enfim, a necessidade de fomentar programas de educação em direitos humanos baseados em imaginários e práticas mais complexas, maximalistas, reativas e centradas nas relações, práticas e ações humanas que tentem aumentar as garantias, efetividades, reconhecimentos, inclusões não discriminatórias e que sejam desfrutáveis por todos.

Tem-se o terceiro capítulo o maior do artigo em questão, que versa sobre a importância de uma educação em direitos humanos a partir de um conceito cotidiano, relacional, sócio-histórico, complexo e multigarantista. São apresentadas propostas divididas estas em três blocos; um de caráter epistemológico-estrutural, ampliando a visão dos direitos humanos, que novamente fixa a ideia de que somos potenciais violadores de direitos como também somos potenciais reconhecedores e não violadores dos mesmos; outro sendo um bloco mais moralizador, com base em convicções éticas e de conteúdos propositivos, com aportes no pensamento da libertação latino-americano, sendo que todos devemos nos co-educar e responsabilizarmos em fazer a cada instante os direitos humanos; e o último bloco sendo mais de caráter metodológico, referido a alguns princípios psico-pedagógicos que orientam como se

pode co-ensinar e co-educar em direitos humanos, com referência não explícita a Paulo Freire.

Em sua primeira subdivisão, o autor traz elementos para co-educar em direitos humanos, usando a metáfora de *iceberg*, em que parece – equivocadamente – que o *iceberg* todo é só o que vemos, sendo que na verdade o que é visível é apenas uma pequena parte do todo. Assim ele ensina que se deve educar em direitos humanos visibilizando e mostrando os elementos que existem em sua estrutura e que permanecem embaixo d'água, além de explicar e facilitar o que já é visível. O conceito difundido de direitos humanos dá conta de que são aqueles reconhecidos tanto no âmbito internacional como no nacional, pelas constituições, normas fundamentais, tratados e declarações baseadas em valores. Aduz ele que educar em direitos humanos deveria ter em conta de maneira complementar, interdependente e de modo inter-relacional dimensões de uma reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinal com a de um reconhecimento jurídico-positivo e institucional a nível nacional e internacional, com a de eficácia e efetividade jurídica-estatal, com a da luta social, da sensibilidade sociocultural e com a dos valores como a liberdade, igualdade, dignidade, solidariedade, vida humana e da natureza. Assim, resta claro que um dos erros ao se ensinar direitos humanos diz respeito a reduzir ao que apenas se vê na ponta do *iceberg*, devendo um co-ensino em direitos humanos abrir o horizonte a estados também pré-violatórios e a instâncias que vão mais além do instituído, teórico, normativo, formal e estatal-funcional, outorgando mais poder e protagonismo a nós mesmos, os seres humanos, enquanto sujeitos relacionais empoderados.

Há uma segunda subdivisão do terceiro capítulo, em que é tema os direitos humanos relacionais e instituintes, estando eles vinculados à ideia de os seres humanos poderem denunciar e lutar contra qualquer situação que impossibilite sua capacidade de criar, significar e ressignificar as instituições socialmente produzidas. Leciona o autor que um programa educativo em direitos humanos será muito mais completo e enriquecido se se ensina que não há direitos sem lutas sociais passadas e presentes, sem lutas individuais e que é fundamental ter uma cultura e sensibilidade por eles para incorporarmos a nossos projetos de vida e os fazer diários.

Desse modo, segundo o autor, fazemos direitos humanos através de relações humanas em nossa própria vida. Por isso, é na convivência humana e em cada espaço relacional se constroem e respeitam ou se destroem e violam os direitos humanos, de acordo com as relações humanas que se

desenvolvem: se mediante dinâmicas de dominação e império ou mediante lógicas de emancipação e libertação. Não se aprende direitos humanos apenas em cursos, mas sim nos implica a todos os fazer o tempo todo e em todo lugar. Assim, os direitos humanos devem ser praticados a partir de conceitos que produzam consequências transformadoras da divisão violenta e desigual do ser, do saber, do poder e do fazer humanos no étnico, racial, etário, em termos de gênero, sexual e no que se refere à classe social.

Na dinâmica acima mencionada, para que os direitos humanos sejam efetivados, é preciso que sejam criadas garantias que funcionem com as atuações e ações humanas de defesa, luta e reivindicação, pois não se reduzem a uma única dimensão instituída, tampouco a uma dimensão pós-violatória, que omite a dimensão pré-violatória dos mesmos. Dessa forma, temos que ensinar os direitos humanos a partir de uma praxis acompanhada por teorias, que nos convertam em pessoas mais ativas e efetivas, a partir de uma cultura de direitos humanos permanente e em todo lugar. Quanto mais assim for ensinado, menos demandas deverão passar pelos tribunais.

Caminhando para o fim, no quarto capítulo é tratado sobre as convicções éticas e sobre as propostas concretas para co-educarmos em direitos humanos, que explicita, em primeiro lugar, o princípio da agência e da riqueza humana, que diz que ao nos sentirmos protagonistas de nosso destino e ao valorar nossas capacidades de significar, ressignificar, criar e recriar mundos diversos e plurais junto com nossos semelhantes pode isso ser um antídoto diante de complexos, perdas de autoestima, sentimentos de culpa, depressão ou atitudes de submissão e aceitação de humilhações. Diz ele que nos sentir ativos e sujeitos instituidores de nossas particularidades, com capacidade de transformar e enfrentar tudo aquilo nos torna pequenos ou nos anula, faz com que cresçamos e não caiamos frente às adversidades.

Num segundo lugar, dentro do acima tratado, tem-se o critério e princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana dentro de seu círculo com a natureza. Assim, todo ser humano deve viver e não ser sacrificado nem ser morto por um valor, um ideal, uma instituição, enfim, uma produção ou criação humana. O autor traz que para que o ser humano possa sentir, respirar, falar, comunicar, criar, recriar, significar, ressignificar mundos, deve viver. Nesse ponto de vista, a educação em direitos humanos deve tornar-se mais afetiva e solidária, atenta e preocupada em mostrar que a existência digna se baseia nas necessidades e corporalidades humanas, sem exceção.

Em terceiro lugar, caminhando ao lado de um compromisso com o humano, deve haver um imperativo categórico contra as vitimizações, próprios do pensamento crítico e da libertação. Quando se educa em direitos humanos, os destinatários podem ser também vítimas que têm que se empoderar, ou pessoas que vivam em contextos menos opressivos e podem fazer-se solidários àquelas, sem deixarem de ser sujeitos relacionais que não discriminam nos espaços em que se movem. Informa o autor que seria conveniente recuperar as histórias não oficiais dos vencidos e dos esquecidos pelos vencedores, pois nos permitiria ampliar o horizonte das demandas, reivindicações e reclamações contra diversos modos de exercício de poder. Massacres e guerras parecem ser veículo de transmissão que se justificam branqueando o sangue vermelho derramado pelo sofrimento e escravidão da maioria popular desumanizada e vilipendiada, em nome da razão, do bem comum, e do processo de amadurecimento, evolução e avanço da humanidade. Os direitos humanos implicam dimensões jurídicas e não jurídicas, os horizontes das disciplinas do direito devem abrir-se a partir de seu interior e ampliar a comunicação com a antropologia, a história, a política, a economia, a psicologia. Como facilitadores de conhecimento todos devemos ser conscientes da parcialidade de toda visão e de toda opinião, concepção, teoria ou crença. Os alunos e alunas devem conhecer um leque de opções dos demais e a partir dessas visões multi e interdisciplinares, daí a importância de potencializar uma atitude que permita argumentar racionalmente sobre os próprios pontos de vista, contrastando-os com outras posições e com outras argumentações, pois a verdade nunca é definitiva, nem completa, nem fechada, nem eterna, nem dogmática.

O capítulo quinto é sobre metodologia co-educativa em direitos humanos e orientações metodológicas e materiais transversais, que traz o significado dos seguintes princípios psicopedagógicos: o princípio relacional, o ativo-participativo, o dialógico, o crítico e o princípio da complexidade. O princípio relacional parte do pressuposto que por sermos seres relacionais, vivemos através das ações intersubjetivas que desenvolvemos, e por meio delas podemos nos reconhecer como sujeitos, protegendo-nos mutualmente nossos direitos ou podemos nos tratar como objetos, violando nossas liberdades e agredindo nossa dignidade. O princípio ativo-participativo considera que a cidadania e os direitos humanos não são instâncias alheias às pessoas, muito menos aos estudantes e aos docentes, os dois de vivem no dia-a-dia; há uma necessidade de

educar a desde e para a ação, sem medo para afrontar os problemas tanto locais como nacionais e globais, com a intenção de buscar alguma solução. O princípio dialógico nos diz que qualquer local de ensino deve ser lugar de encontros, espaços de diálogos e de aprendizagens mútuas, mais ainda quando vivemos em sociedades multiculturais. O princípio crítico parte da aposta pelo ser humano, como uma espécie de fé antropológica, se se apresentam em situações ou condições de penúria ou que rebaixam ou reprimem a natureza humana que devemos saber descobrir; a dimensão crítica projeta um inconformismo pelo empiricamente dado. Já o princípio da complexidade expressa a interdisciplinaridade e a implicação que se aborda tanto a cidadania quanto os direitos humanos; o co-educar tenta mostrar a conexão que existe entre os centros, escolas, faculdades, universidades, complexos e locais em que se ensina e seus entornos sociais onde se desenvolve a vida real.

Por fim, o último capítulo aborda *en passant* temas transversais e relacionados com os direitos humanos, como a democracia, a paz e a não violência, a solidariedade e a cooperação, a diversidade, interculturalidade e pluralismo, gênero e sexualidade e o meio-ambiente e o desenvolvimento sustentável.

2 CRÍTICA

A presente resenha é produto de uma semana de aulas com o autor do artigo em questão. O texto aqui analisado é de todo coerente com o que explicitado em sala de aula pelo professor David, que de início alertou os que o ouviam sobre que deveríamos principalmente entender o que transmitiria, e apenas depois julgar sobre concordar ou não, mas que inicialmente deveria ser exercitada a capacidade de ouvir. Disse ele ainda em aula que o problema fundamental dos direitos humanos é o entender e como abordá-los. Assim, o texto vem ao encontro dessa ideia, pois demonstra que para ensinar direitos humanos devemos partir também de nós mesmos, em análise a nossas atitudes e reações frente ao mundo.

Coaduna o texto com o ensinado pelo professor, demonstrando que realmente os direitos humanos se fazem no dia-a-dia, não sendo e não devendo ser apenas apresentado o 1/3 de gelo do *iceberg* que nos queda visível, e sim toda uma complexidade e profundidade que estão também em 2/3 abaixo d'água. Durante as aulas o professor utilizou-se de mais contos e historietas que as utilizadas no texto em análise, mas também

deixa claro no artigo que justamente numa outra perspectiva de ensino deve haver alusão a contos populares, sabedorias etc., demonstrando vez mais a prática do que teoriza.

Ainda de acordo com o explicitado em classe, tem-se nas ideias aqui abordadas a de se tomar cuidado (“¡Ojo!”) com o que é dito como verdade absoluta e vitórias inquestionáveis, pois o ponto de vista da história que chega aos nossos ouvidos é a do tido vencedor, sendo que sempre há outras versões ou mesmo outros vencedores. Exemplo dado em sala de aula e no texto é a da Revolução Haitiana, que simplesmente não aprendemos na própria América Latina, e que, no entanto, ninguém passa pela escola sem saber o que é a Revolução Francesa, ou a Gloriosa. Desse modo, mostrou-nos vez mais a importância da criticidade, da capacidade de questionar e nos tornarmos sujeitos ativos de nossa história, não aceitando um ponto de vista que se quer leva em consideração o contexto multicultural e diverso de nossa própria cultura.

Também o professor em sala usa a expressão “anjomônio” para designar o ser humano com uma capacidade de ser “anjo” e também “demônio”, um não excluindo o outro, muitas vezes complementando-se. No texto essa expressão não é abarcada, mas o conceito é utilizado por várias vezes para dizer que o ser humano tem potencial de ser solidário e a favor de multidiversidades, mas que também tem um potencial negativo para causar exclusões e destruições.

En passant no texto e mais explicitado em sala está ainda ideia de que tudo no sistema atual é mercantilizado. Deu exemplo, em sala de aula, que não são os objetos que nos servem, mas nós (sujeitos) que cada vez mais servimos ao mercado (objetos). Tem-se assim o que ele conceituou como uma democracia serva.

Conclui-se que o autor-professor é fiel ao que pensa e transmite, pois ao ler texto seu pode-se imaginá-lo falando, expondo e exemplificando o que escrito está. Tenho por riquíssimos os dias que se passaram e que foram também de injeções de ânimo aliados à coragem que o professor implicitamente nos mostra que enquanto juristas devemos todos tê-la se quisermos ser sensíveis ao ser humano (não só aos direitos humanos).

REFERÊNCIA

RUBIO, David Sánchez. **Co-educar y co-enseñar derechos humanos: algunas propuestas.** 2017.

RESENHA DO TEXTO “DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA”

REVIEW OF THE TEXT “DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA”

Jade Soares Lara*

Neste artigo, David Sanchez Rubio discorre sobre a crítica aos direitos humanos e suas contradições, para que se faça descobrir se expressam uma falsa ideia de dignidade universal a todas as culturas, ou um modo concreto de lutar, pensar e ressignificar os espaços culturais, mostrando, ainda, seus pontos cegos e sua relação inter-cultural.

Há um abismo entre a prática e a teoria dos Direitos Humanos. De seu conceito depreende-se sua excessiva dimensão estatal, delegativa, formalista, burocrática e pós-violatória, isto é, estatal pois não se exerce alheio ao Estado, delegada a seus funcionários, que estão presos à sua formalidade e burocracia, e que só é protegido após a violação de um direito. Este modo de conceber-los provoca uma cultura jurídica-social e popular minimalista, que não é capaz de enxergar o macro, e que é acomodada, passiva, adormecida.

O discurso universalista dos Direitos Humanos conseguiu um status político e moral sem igual no mundo, e que a expansão de seus preceitos numa linguagem hegemônica é inquestionável. Mas, a separação da realidade com a teoria faz com que, de fato, apenas alguns privilegiados tenham reconhecido seus direitos, pois ele é emoldurado de forma desigual e assimétrica, em função de nacionalidade, procedência geográfica, e outras formas de discriminação. Assim, cada Estado se limita a proteger seus próprios cidadãos.

É ainda mais abissal o nível de relação quando se trata do Ocidente, e do que não é Ocidente, criando novas formas de hierarquização das relações humanas. A discriminação, a marginalização e inferiorização por meio de divisão social, cultural, racial, etária, territorial, entre outras, é estabelecida pelo sistema de produção capitalista de forma sistêmica e estrutural. Assim,

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” - UNESP, bolsista PIBIC/CNPq e membro do NETPDH: Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos - PPGDIREITO/UNESP.

a base dos Direitos Humanos já estava maculada, defendendo pessoas em uma construção abstrata, enquanto a realidade é nefasta.

Desta forma, em nome de um direito humano universal, se mata e se viola tais direitos. Isto fornece uma desculpa pública para eliminar e aniquilar quem não esteja dentro dos padrões de cidadania, desconsiderando o indivíduo como sujeito de direitos.

Ainda assim, o direito humano universal tem um caráter ambivalente, com um potencial emancipador, mas que está construído sobre um piso de desigualdade, que desde o início, são pautadas em relações humanas de dominação e hierarquia, de forma que Helio Gallardo afirma que o imaginário ideológico que se sustenta os direitos humanos designa uma sensibilidade socialmente produzida, que bloqueia as possibilidades de conhecimento dos processos a que nomeia. Isto porque o sistema capitalista não permite lutas que o questionem, em um horizonte de conflitos mais diversos e plurais.

David Sánchez Rubio afirma ainda que as estruturas de formação social moderna proclamam direitos humanos universais, mas seus grupos de poder assumem que não é uma proposta factível, nem possível de realizar. Daí que qualquer luta que busque suas particularidades e reivindique seus direitos, dentro mesmo de tal racionalidade humanitária, tem suas necessidades ridicularizadas, inferiorizadas, eliminadas ou, ainda, ignoradas. Logo, esconde-se sobre uma cortina de falso universalismo, uma terrível realidade excludente de uma sociedade que nasceu enferma, e que requer a manutenção de poderes discriminadores, baseados ainda numa ordem medieval.

Neste sentido, Ignacio Ellacuría é citado quando indica que a anomalia da origem dos direitos humanos com reivindicações burguesas, possui tanto elementos positivos quanto negativos. Desta forma, se estabeleceu um método muito eficaz de luta dentro do sistema burguês, que se consolida e efetiva dentro de uma sociabilidade já previamente estabelecida. Portanto, expressariam também, num caráter inumano de tais direitos, que se convertem, na realidade, em privilégios.

Assim, reflete na definição de Joaquin Herrera Flores, que diz que os direitos humanos são um produto cultural em que o Ocidente propõe uma vida digna através de atitudes e aptidão num marco de contexto social imposto pelo capital, e em suas formas de relação desigual de dominação, que de um lado justificam sua expansão colonial pelo globo, e de outro, se faz necessário enfrentar essa globalização de injustiças e opressão.

O modelo burguês, apesar de universalista, não incluía em suas lutas outros coletivos, mas estavam mais vinculadas a liberdades do mundo comercial, da propriedade privada e do desfrute de suas vidas individuais, pautada ainda numa sociabilidade de submissão, colonial e dinamizada pelos pares superior-inferior. É possível aqui observar o que David Sánchez Rubio explica pelo paradigma da simplicidade, em que se reflete em três princípios: o da disjunção ou separação, o da redução e o da abstração. O primeiro classifica as realidades em dualismo maniqueístas, tais como, Estado – Mercado, homem – mulher, superior – inferior. Já o segundo reduz um contexto tão amplo, como por exemplo os direitos humanos, a uma única dimensão, de forma a analisar apenas esta como se fosse única e verdadeira, que no caso seria a normativa-judiciária. Por fim, o terceiro, vem mostrar ideais inatingíveis que, no entanto, encantam por sua universalidade, e atraindo até mesmo os intelectuais mais preparados. Desta forma, o Ocidente estabelece uma sociabilidade de inclusões abstratas sobre uma base de exclusões concretas e cotidianas.

Por isso Aníbal Quijano traz o conceito de colonialidade do poder, um elemento do poder capitalista que se reflete na racionalização das relações humanas de poder entre novas identidades como referência legitimadora do poder eurocêntrico, ou ainda, dos países centrais. Logo, é possível depreender que não houve completa mudança do poder colonial, mas sim, uma troca de nomes e relações de poder cada vez mais interiorizadas e pormenorizadas, muito evidente na estrutura global de controle do trabalho.

Desta forma, o sistema capitalista reinventa uma “cultura de excepcionalidade da injustiça”, em que ela não é vista no seu cotidiano, mas apenas em situações tão degradantes, que não é possível negá-la. Não é algo que se inventa no capitalismo, mas seu modo de produção acentua a verticalidade das relações interpessoais, de dependência e de hierarquia. Aceitam-se violências do dia a dia, ainda que sejam as fontes de violências excepcionais, por uma questão de crença na superioridade seja racial, sexual, de classes etc.

É algo que o feminismo já havia nomeado como *overlapping oppressions*, isto porque são dimensões superpostas de opressão, através da sua interseccionalidade. Assim, Ramón Grosfoguel mostra o conceito de *heterarquia* do filósofo Kryiakos Kontopoulos, que implica nas variadas formas de dominação e exploração que se pode fazer sobre um indivíduo, numa forma transversal das demais estruturas de poder global.

David Sánchez Rubio, então, parte para a abstração dos Direitos Humanos em sua própria concepção e seus pressupostos filosóficos. Sua limitação é bem nítida ao lidarmos com o fato de que o sujeito de direitos é abstrato, perde sua identidade concreta, sua condição de classe, gênero, e suas características étnicas. Logo, todas as suas determinações concretas são sacrificadas com base num homem abstrato, que não tem história e o qual não é contextualizado.

É também um conceito moderno liberal que apresenta diversos pontos cegos, que fora criado pelo homem branco, maior de idade, proprietário, empreendedor, cristão, heterossexual, competitivo e individualista que submete a todos os demais sua teoria, com base na superioridade do seu conhecimento, sob um fino manto de neutralidade da razão, ocultando quem anuncia, ou como diz o autor “el *locus* de la enunciación”.

Nestes moldes, os Direitos Humanos, na verdade, são utilizados como forma de enunciação dos centros imperiais capitalistas, projetados em valores universais incontestáveis, que facilitam a submissão sob sua hegemonia econômica, política e cultural. O que revela o que Boaventura de Souza Santos qualifica como “abismal”, que consiste em um sistema de distinções visíveis e invisíveis.

Sua peculiar concepção de dignidade humana está vinculada ao indivíduo proprietário, na emergência da economia capitalista de mercado, que vive sob um trabalho assalariado, reduzindo-o ao *homo oeconomicus*.

Interessante notar que não é só um problema de ativar os direitos, uma vez que violados, reduzindo-o a um sistema judicial casuístico, mas saber localizar o modo de operar das diversas formas de dominação e questionar essas hierarquias opressoras, de forma a encontrar pontos de intersecção com o que já fora consolidado nos direitos humanos, de forma intercultural, com o que lhe é parecido nas demais formas de enxergar o mundo. A luta e a resistência burguesa não podem ser únicas, e condicionar a todas as outras, mas antes, deveriam abrir caminho para discussões mais plurais.

Percebe-se que o Direito tem sido ensinado de “cima para baixo”, isto é, como se fossem concessões que o Estado faz de bom grado ao cidadão. Nada é mais falacioso que tal informação, isto porque nada foi dado ao cidadão, mas, sim, conquistado através de lutas e movimentos sociais, que, hoje, estão em segundo plano no ensino. Colocou-se o Estado como protagonista e garantidor, além de dar-lhe fontes de repressão

estratégica frente a qualquer ameaça à seguridade nacional e mercantil. O que se denota é que o próprio Estado é quem define o que é a seguridade nacional, e quais elementos lhe podem ser nocivos.

Assim, se volta a errar a concepção de que os Direitos Humanos partem de uma concepção abstrata *a priori*, e logo, neutra, sem ideologia, previamente estabelecida pelos jusnaturalistas, sem limites teóricos, o que é transcrito pelo fetichismo institucional.

É necessário distinguir que, por um lado, não há característica mais humana que sua diversidade e pluralidade, bem como sua capacidade de criar novos cenários, de forma a buscar elementos não imperiais e de dominação, promovendo heterogeneidade e pluralidade de atores sociais, dando-lhes a devida capacidade de emancipação por si próprios, através de uma divisão igualitária do poder. Desta forma, não é preciso desconstruir a visão ocidental dos direitos humanos, negando sua universalidade, mas sim, acrescentar a ela visões interculturais, aglutinando-se por proximidade, e tendo a sensibilidade de compreender questões divergentes. Por outro lado, a *práxis* da libertação é o melhor método de se perceber um direito humano real e dinâmico, segundo Ellacuría, em que o indivíduo se insurgiria em condições degradantes e humilhantes, negadora de seus direitos, de forma a encontrar em si mesmo sua própria emancipação, e ajudar aos demais que estão em sua mesma situação, para que este coletivo se insurja contra sua condição. O sujeito da libertação é, portanto, a vítima que adquiriu consciência de sua situação. Ele é, também, a engrenagem que dá surgimento a reivindicações das lutas sociais, que é o mais importante elemento dos direitos humanos.

Portanto, devem ser construídas propostas de desenvolvimento intercultural, que respeite a capacidade de sujeitos plurais e diferenciados, defendendo as divisões do ser, do saber, do poder e do fazer humano de forma não colonial, inter-relacionando a diferença e a igualdade, isto é, a igualdade deve ser enfática quando a diferença cria a desigualdade, mas a diferença o será quando a igualdade gerar desigualdade, sendo, assim,

a base dos direitos humanos, em um conceito pluriversal, diatópico e de confluência de respeito mútuo.

REFERÊNCIA

RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. In: **Campo Jurídico**, vol. 3, n.1, p. 181-213, Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/82>>. Acesso em: jun. 2017.

Diagramação

Murilo Celli
UNESP Franca/STAEPE