A Construção da História Jurídica do Brasil

Revista Especial dos 180 anos do IAB

Edições Montezuma

IAB NACIONAL 180 anos

DIRETORIA ESTATUTÁRIA DO IAB

Presidente:	**Sydney Limeira Sanches**
1º Vice-Presidente:	**Carlos Eduardo de Campos Machado**
2º Vice-Presidente:	**Adriana Brasil Guimarães**
3º Vice-Presidente:	**Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira**
Secretário-Geral:	**Jorge Rubem Folena de Oliveira**
Diretor Secretário Coordenador do Setor Administrativo:	**Antônio Laért Vieira Júnior**
Diretora Secretária de Educação e Relações Universitárias:	**Benizete Ramos de Medeiros**
Diretora Secretária de Diversidade e Representação Racial:	**Edmée da Conceição Ribeiro Cardoso**
Diretor Secretário Responsável pelas Relações Institucionais:	**Armando Silva de Souza**
Diretor Financeiro:	**Arnon Velmovitsky**
Diretora Cultural e ESIAB:	**Leila Pose Sanches**
Diretora de Biblioteca:	**Márcia Dinis**
Orador Oficial:	**Sérgio Francisco de Aguiar Tostes**
Diretor Financeiro Adjunto:	**Luiz Felipe Conde**
Diretor para Relações Governamentais e Legislativo:	**Miro Teixeira**
Diretor de Coordenação das Comissões:	**Adilson Rodrigues Pires**
Diretora de Comunicação:	**Carmela Grüne**

DIRETORIA EXECUTIVA DO IAB

Procuradores:	**João Theotonio Mendes de Almeida Júnior, Paulo de Moraes Penalva Santos e Renato Neves Tonini**
Diretor Ouvidor e Apoio aos Sócios:	**Paulo Maltz**
Diretor Representante nas Entidades Internacionais:	**Paulo Malta Lins e Silva**
Diretor Executivo de Aperfeiçoamento Legislativo:	**Sérgio Guimarães Riera**
Diretor Executivo de Tecnologia e Inovação:	**Bernardo José Ferreira Gicquel de Deus**
Diretor de Eventos:	**Nélio Georgini da Silva**
Diretora da Revista Digital:	**Kátia Rubinstein Tavares**
Diretor de Recursos Humanos:	**Henrique Lopes de Souza**

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA ESPECIAL 180 ANOS DO IAB

Editora Coordenadora: Kátia Rubinstein Tavares

Angela Dias Mendes
Érica Guerra da Silva
Isabella Franco Guerra
Larissa Pochmann
Lenice Kelner
Marcelo Ribeiro Nogueira
Roberta Duboc Pedrinha
Tatiana Emmerick
Vera Regina Pereira de Andrade
Vitor Sardas

Arte de Capa: Emanuel Soledade
Diagramação: Luiz Claudio Furtado - PoD Editora
Impressão: PoD Editora

CONSELHO CONSULTIVO

Adilson Rodrigues Pires
Ana Paula Santos Simões
Benizete Ramos Medeiros
Bernardo Gicquel
Carmela Grüne
Cláudia Lima Marques
Elian Pereira de Araújo
Emerson Affonso da Costa Moura
Fábio Martins de Andrade
Felippe Borring Rocha
Fernanda Sauer
Irapuã Beltrão
João Manoel de Lima Junior
João Theotonio Mendes de Almeida Junior
Jorge Rubem Folena de Oliveira
José Guilherme Berman Corrêa Pinto
Laura Taddei Alves Pereira Berquó
Leila Pose Sanches
Luisa Bottrel
Luiz Henrique Antunes Alocchio
Luiz Rodrigues Wambier
Maria Lúcia Mendes Girão
Marcos Carnevale Ignácio da Silva
Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr
Nélio Georgini
Paulo Renato Fernandes da Silva
Rômulo Sampaio
Sérgio Sant'Anna
Suzani Andrade Ferraro
Walter José Faiad de Moura

PREFÁCIO

É com imensa honra e profundo respeito que apresentamos esta edição histórica da Revista Digital, realizada com a finalidade de marcamos mais uma iniciativa institucional voltada à celebração dos 180 anos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), a instituição que tem sido uma pedra angular na construção do estado brasileiro e na consolidação de nossa democracia, com uma trajetória associada à história do Brasil independente e voltado às conquistas dos princípios civilizatórios desde a sua fundação.

Ao longo de sua história quase bicentenária, o IAB tem desempenhado um papel fundamental na defesa dos direitos, na promoção da justiça e na garantia do Estado de Direito em nosso país. Desde sua fundação em 1843, por um grupo de juristas visionários liderados por Francisco Gê Acayaba de Montezuma, o Instituto tem sido um marco da excelência acadêmica, jurídica, compromisso ético e defesa dos valores democráticos.

Desde os fundamentos de nossa independência, o país atravessou momentos de desafios e constante transformação, enfrentando adversidades e construindo os alicerces de uma sociedade mais justa, livre e democrática, não abrindo mão desses compromissos mesmo nos momentos de adversidades e retrocessos institucionais. Da luta pela independência às batalhas por direitos civis e sociais, os brasileiros têm demonstrado determinação na busca por um futuro melhor.

Nos últimos 180 anos, o Brasil e o IAB testemunharam avanços significativos em diversas áreas, desde a abolição da escravatura até a consolidação de instituições democráticas. Assistimos à expansão dos direitos individuais e coletivos, por meio de leis que garantem a igualdade e o acesso à justiça para todos os cidadãos. Celebramos marcos importantes como a Proclamação da República, a promulgação da Constituição de 1988 e a implementação de políticas públicas voltadas para a inclusão social e o desenvolvimento sustentável. Em todo esse processo histórico o IAB foi protagonista e contribuiu com voz ativa para o avanço do ordenamento jurídico nacional voltado aos princípios democráticos e a garantia dos direitos fundamentais, sempre na defesa dos interesses da sociedade brasileira.

Neste ano de comemoração, é com grande entusiasmo que apresentamos a Revista Digital dos 180 Anos do IAB, organizada com rara excelência por nossa Diretora de Publicações Prof. Dra. Katia Rubinstein Tavares, que, com esmero editorial e brilhante espírito acadêmico reuniu contribuições de articulistas renomados, historiadores, juristas proeminentes e membros da Casa de Montezuma. Através de uma variedade de temas,

abrangendo várias áreas do direito, esses ilustres colaboradores nos oferecem análises perspicazes, reflexões profundas e valiosas inspirações sobre os desafios e oportunidades que enfrentamos como sociedade neste século XXI, marcado por mudanças de paradigmas sociais, que nos apresentam novos desafios decorrentes das novas tecnologias e dos novos espaços de debate público, que vêm impactando fortemente nas estruturas sociais.

A Revista também representa o lançamento de nossa divisão editorial nominada de "Edições Montezuma", uma nova iniciativa de nossas atividades institucionais, que representa o compromisso contínuo com a nossa identidade acadêmica inovadora.

A Revista nos conduz por uma jornada intelectual que aborda questões cruciais que moldam o presente e o futuro do nosso sistema jurídico, a partir da história do IAB. A Revista, por sua transversalidade temática, oferece um olhar abrangente do panorama jurídico ao abordar os desafios da globalização, as transformações tecnológicas, as questões de justiça social, novos direitos e os desafios para o Estado Democrático de Direito, especialmente diante de uma contemporaneidade disruptiva identificada com a crescente intolerância, polarização desmedida, guerras étnicas, desigualdade social, novos modelos de autoritarismo e questionamentos das instituições democráticas.

Neste momento de reflexão e celebração, convidamos todos os membros do IAB, estudiosos do direito, profissionais do campo jurídico e todos aqueles comprometidos com a promoção da justiça e da democracia a estarem unidos à promoção dos compromissos históricos do IAB, muito bem traduzidos nesta Revista Digital, que além de representar uma homenagem aos 180 anos do IAB, também apresenta um testemunho do nosso compromisso institucional contínuo e histórico na busca pela excelência, pela justiça social, pelo bem comum e defesa intransigente de uma Democracia cada vez mais justa, inclusiva e solidária, onde a sua centralidade seja a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

A Revista Digital apresenta-se com marca da inspiração para que o IAB continue a escrever a história da sociedade e do direito no Brasil, com coragem, integridade, independência, sabedoria e vanguarda.

Desejo a todas e todos uma excelente leitura e viva o IAB!

Sydney Limeira Sanches
Presidente Nacional do Instituto dos Advogados Brasileiros

APRESENTAÇÃO

Homenagear os 180 anos de uma instituição tão importante para a formação da República e o aperfeiçoamento da nossa democracia não é uma tarefa fácil. A grande quantidade de temas e figuras importantes no período, os debates historiográficos sempre ricos, entre outros inúmeros caminhos possíveis, foram alguns dos percalços enfrentados na elaboração da presente Revista. No entanto, acreditamos que, graças ao apoio do presidente do IAB, do Conselho Editorial e dos membros que participaram com a sua produção de altíssimo nível, realizamos essa nobre tarefa com sucesso.

Na edição deste ano, uma das mais ricas já produzidas pelo instituto, o leitor encontrará temas importantes na história da própria advocacia. Além da homenagem ao primeiro presidente do Instituto, Francisco Gê Acaiaba de Montezuma, cuja trajetória é marcada por coragem e luta, o leitor encontrará valorosos textos, como o de Paulo JB Leal, que nos brinda com um levantamento acerca do processo de formação da Ordem dos Advogados do Brasil, evidenciando o papel desempenhado pelo IAB ao longo desses 90 anos de existência pretérita.

Também está presente nesta edição uma crônica, escrita por Katia Rubinstein Tavares, na qual são abordadas as implicações do conceito de mestiçagem e seus reflexos na construção da identidade nacional.

A revista ainda conta com uma comovente homenagem a um dos mais renomados advogados brasileiros, o professor Sergio Bermudes, a quem foi entregue a medalha Teixeira de Freitas durante a sessão em comemoração ao aniversário de 180 anos do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Em seguida, apresentamos 24 artigos que trazem reflexões altamente relevantes, explorados em abordagens multidisciplinares por autores de renome. Em seus textos, evidenciam o olhar atento sobre aspectos históricos de diversos eventos e assuntos atinentes ao direito brasileiro, bem como suas implicações atuais.

Ao lado desses trabalhos brilhantes, o leitor encontrará também reflexões pulsantes sobre o momento em que vivemos e sobre o futuro do Direito. São textos que debatem aspectos jurídicos do direito de greve, a interseccionalidade na justiça criminal, a possibilidade de um direito antidiscriminatório, provas digitais e temas de direito penal, tributário, empresarial, entre outros, que confirmam a relevância da visão crítica do Instituto para o futuro, mantendo-se em dia com as inovações do mundo contemporâneo e pronto para enfrentar novos desafios.

Fica registrado, desde já, o agradecimento especial a cada um dos colaboradores envolvidos no projeto: Autores, Aderson Bussinger Carvalho, Angela Mendes, Arthur Carvalho da Silva, Beatriz Souza Costa, Bernardo Gicquel, Bruno Souza da Cruz, Carlos Alberto Pereira de Oliveira, Carlos Eduardo Barreiros Rebelo, Cláudio Henrique de Castro, Danylo Rodrigues Santos Alves da Costa, David Zangirolami, Ednardo C. Benevides, Elisabeth Baraúna, Érica Guerra da Silva, França Morais Veras, Gabriel Dolabela Raemy Rangel, Gustavo Martins de Almeida, Hugo Azevedo de Moura, Ivan Nunes Ferreira Valéria Ribeiro, João Carlos Castellar, Jorge Rubem Folena de Oliveira, Kátia Rubinstein Tavares, Leila Maria Bittencourt da Silva, Luiz César Martins Loques, Marcello Raposo Ciotola, Marcia Dinis, Maria Lucia Sales Gyrão, Mariele Karem, Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr., Patrícia Vianna de Medeiros Ribeiro, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Ricardo Antonio Lucas Camargo, Roberta Duboc Pedrinha, Rogério Ribeiro Domingues, Ronny Peterson Nunes dos Santos, Valéria Ribeiro e Vitor Sardas.

Esperamos que todos apreciem e façam bom proveito desta Revista, fruto de um esforço coletivo em prol dessa justa homenagem.

Uma boa leitura a todos!

Kátia Rubinstein Tavares

Autores

Aderson Bussinger Carvalho
Angela Mendes
Arthur Carvalho da Silva
Beatriz Souza Costa
Bernardo Gicquel
Bruno Souza da Cruz
Carlos Alberto Pereira de Oliveira
Carlos Eduardo Barreiros Rebelo
Cláudio Henrique de Castro
Danylo Rodrigues Santos Alves da Costa
David Zangirolami
Ednardo C. Benevides
Elisabeth Baraúna
Érica Guerra da Silva
Gabriel Dolabela Raemy Rangel
Gustavo Martins de Almeida
Hugo Azevedo de Moura
Ivan Nunes Ferreira
João Carlos Castellar
Jorge Rubem Folena de Oliveira
Kátia Rubinstein Tavares
Leila Maria Bittencourt da Silva
Luiz César Martins Loques
Marcello Raposo Ciotola
Marcia Dinis
Maria Lucia Sales Gyrão
Maiele Karem França Morais Veras
Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr.
Patrícia Vianna de Medeiros Ribeiro
Paulo Roberto de Gouvêa Medina
Ricardo Antonio Lucas Camargo
Roberta Duboc Pedrinha
Rogério Ribeiro Domingues
Ronny Peterson Nunes dos Santos
Valéria Ribeiro
Vitor Sardas

Sumário

PREFÁCIO
Sydney Limeira Sanches 3

APRESENTAÇÃO
Kátia Rubinstein Tavares 5

A FORMAÇÃO DA CULTURA NACIONAL

ENTREVISTA: A VIDA DE MONTEZUMA
Kátia Rubinstein Tavares & Mary Del Priore 14

UMA RESENHA SOBRE A MESTIÇAGEM NO BRASIL
Kátia Rubinstein Tavares 36

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS E A FUNDAÇÃO DA OAB
Paulo JB Leal 42

RETRATOS DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS

DISCURSO DO ORADOR 51

DISCURSO NA ENTREGA DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS AO ADVOGADO E PROFESSOR SERGIO BERMUDES 60

CARTA DE SERGIO BERMUDES 66

ARTIGOS

1. ASPECTOS JURÍDICOS DA GREVE NO INTERIOR DA EMPRESA
Aderson Bussinger Carvalho 69

1.1 INTRODUÇÃO 69
1.2 A NATUREZA JURÍDICA DA GREVE 70
1.3 A IMPORTÂNCIA DE UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E SOCIAL DA GREVE 72
1.4 A GREVE QUANDO REALIZADA NO INTERIOR DAS EMPRESAS E ASPECTOS RELEVANTES 74
1.5 DESAFIOS ARGUMENTATIVOS PARA O ADVOGADO DE TRABALHADORES 75
1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 78
1.7 REFERÊNCIAS 80

2. A DEMOCRACIA NO DISCURSO DE POSSE DO PROF. THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS – UMA HOMENAGEM
Angela Dias Mendes e Carlos Alberto Pereira de Oliveira 82

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS 82
2.2 BREVE HISTÓRIA PROFISSIONAL 83
2.3 COMPROMISSO COM A DEMOCRACIA E A ÉTICA 84
2.4 COMPROMISSO COM A SOCIEDADE 86
2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 87
2.6 REFERÊNCIAS 88

3. LEI DE ANISTIA BRASILEIRA: ANÁLISE À LUZ DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS DE CHICAGO
Arthur Carvalho da Silva e Bruno Souza da Cruz 90

3.1 INTRODUÇÃO 90
3.2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DE CHICAGO 91
3.3 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA (LEI N.º 6.683/79) 94
3.4 REAVALIAÇÃO JUDICIAL DA LEI DE ANISTIA: O CASO *HERZOG E OUTROS VS. BRASIL* 97
3.5 CONCLUSÃO 100
3.6 REFERÊNCIAS 101

4. DESDOBRAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO DE EMPRESA: NOTAS SOBRE PONTOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO
Beatriz Souza Costa 102

4.1 INTRODUÇÃO 102
4.2 AGENTE DE TRATAMENTO DE DADOS: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA LGPD A PARTIR DO PORTE DA PESSOA JURÍDICA 105
4.3 LEGÍTIMO INTERESSE DA EMPRESA: CONTORNOS MÍNIMOS PARA A UTILIZAÇÃO DA HIPÓTESE AUTORIZATIVA 110
4.4 TRANSFERÊNCIA DE DADOS: REQUISITOS PARA O COMPARTILHAMENTO À NÍVEL NACIONAL E INTERNACIONAL. 113
4.5 CONCLUSÃO 118

5. TRANSIÇÃO ENERGÉTICA, MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO HUMANO, SOCIAL E ECONÔMICO - ODS 7 AGENDA 2030 DA ONU – POLÍTICAS ESG
Bernardo Gicquel 119
5.1 INTRODUÇÂO 119
5.2 TRANSIÇÃO ENERGÉTICA, O ODS 7 DA AGENDA 2030 DA ONU E AS POLITICAS ESG 121
5.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS 126

6. DETRAÇÃO PENAL E A AMPLIAÇÃO DAS SUAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA
Carlos Eduardo Barreiros Rebelo 127
6.1 INTRODUÇÃO 127
6.2 DA DETRAÇÃO PENAL 128
6.3 CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO – ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 130
6.4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 135
6.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO 138
6.6 CONCLUSÃO 139
6.7 REFERÊNCIAS 140

7. DETRAÇÃO PENAL E A AMPLIAÇÃO DAS SUAS HIPÓTESES REFLEXÕES SOBRE OS ILÍCITOS ATÍPICOS
Cláudio Henrique de Castro 142
7.1 INTRODUÇÃO 142
7.2 PARA ALÉM DA TIPICIDADE 143
7.3 OS ILÍCITOS ATÍPICOS 144
7.4 O ABUSO DE DIREITO 148
7.5 ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 149
7.6 A FRAUDE À LEI 150
7.7 O DESVIO DE PODER E O DESVIO DE FINALIDADE 151
7.8 O JEITINHO 152
7.9 OMISSÃO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA VISANDO À INEFICÁCIA DA NORMA 152
7.10 ILÍCITOS TÍPICOS E ATÍPICOS SEM A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL ESPERADA 153
7.11 CONSIDERAÇÕES FINAIS 155

8. OS PRINCÍPIOS DO INSTITUTO CIVIL DO CONTRATO: ESTUDO A PARTIR DE O MERCADOR DE VENEZA
Danylo Rodrigues Santos Alves da Costa 156
8.1 INTRODUÇÃO 157
8.2 O MERCADOR DE VENEZA 157
8.3 A LEI CIVIL NO CURSO DA HISTÓRIA 158
8.4 O NOVO MARCO LEGAL INAUGURADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 163
8.5 TEORIA GERAL DO CONTRATO EM O MERCADOR DE VENEZA 167
8.6 CONCLUSÃO 171
8.7 REFERÊNCIAS 171

9. LAVAGEM DE PROVAS DIGITAIS
David Zangirolami 173
9.1 INTRODUÇÃO 173
9.2 A LAVAGEM DE PROVAS 174
9.3 LAVAGEM DE DADOS ELETRÔNICOS 174
9.4 MÉTODOS DE PROTEÇÃO DOS DADOS 176
9.5 IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO A INTEGRIDADE DOS DADOS 179
9.6 O RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE UMA NOVA TIPICIDADE 180
9.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 181

10. PONTES DE MIRANDA: À MARGEM DO DIREITO, SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO, INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA E AO TRATADO DE DIREITO PRIVADO
Ednardo C. Benevides 183
10.1 INTRODUÇÃO 183
10.2 À MARGEM DO DIREITO (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1912) 185
10.3 SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1922) 188
10.4 INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1924) 190
10.5 TRATADO DE DIREITO PRIVADO (TOMO I ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1954) 191
10.6 CONCLUSÃO 194
10.7 REFERÊNCIAS 195

11. O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO SOB A ÓTICA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS
Elisabeth Baraúna 196
11.1 INTRODUÇÃO 196
11.2 A RELAÇÃO PROTETIVA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO COM OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 198
11.3 AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA INTERVENÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO 201
11.4 A RELEVÂNCIA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO ALIADO À EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS: AGENDA ONU 2030 203
11.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 207

12. A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA
Érica Guerra da Silva 208
12.1 INTRODUÇÃO 208
12.2 O ESTADO SOCIAL E O DIREITO PRIVADO 209
12.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA 209
12.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL 212
12.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 215
12.6 REFERÊNCIAS 215

13. A PROPRIEDADE EM DEBATE: PROIBIÇÃO CONDOMINIAL DE ALUGUEL POR AIRBNB
Gabriel Dolabela Raemy Rangel 217
13.1 INTRODUÇÃO 217
13.2 DIREITO DE PROPRIEDADE EM DEBATE 219
13.3 CONDOMÍNIO EDILÍCIO E A ATIVIDADE DE LOCAÇÃO 221
13.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS 225

14. A VOZ E O DIREITO
Gustavo Martins de Almeida 226
14.1 INTRODUÇÃO 226
14.2 BREVE HISTÓRICO 226
14.3 O DIREITO 231
14.4 ACESSIBILIDADE 236
14.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 236
14.6 REFERÊNCIAS 237

15. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS
Ivan Nunes Ferreira 239
15.1 INTRODUÇÃO 239

16. CABEÇAS CORTADAS
João Carlos Castellar 245
16.1 INTRODUÇÃO 245
16.2 CARANDIRU 247
16.3 DEDOS QUEBRADOS E BOMBAS 248
16.4 BARBÁRIE 248
16.5 A “GUERRA DA DEGOLA” 249
16.6 A GUERRA DE CANUDOS E O CORONEL “CORTA-CABEÇAS” 251
16.7 O CANGAÇO, AS VOLANTES E AS CABEÇAS DE LAMPIÃO E MARIA BONITA 254
16.8 UM OLHAR À DISTÂNCIA: DECAPITAÇÕES, POSITIVISMO E FRENOLOGIA 258
16.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS 260
16.10 REFERÊNCIAS 261

17. DESCONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS EN BRASIL (2019-2022)
Jorge Rubem Folena de Oliveira 263
17.1 INTRODUCCIÓN 263
17.2 ESTADO DE DERECHO COMO GARANTÍA DE LA CLASE DOMINANTE 264
17.3 MIRAR EL PASADO PARA COMPRENDER EL PRESENTE Y PROYECTARSE HACIA EL FUTURO 266
17.4 MEMORIA, CULTURA Y RESISTENCIA 268
17.5 DESTRUCCIÓN DEL ESTADO Y AL DERECHO DE UNA EXISTENCIA DIGNA 270
17.6 CONCLUSIÓN 272
17.7 REFERENCIAS 273

18. DIÁLOGOS SOBRE O DIREITO DE PUNIR: TOBIAS BARRETO & RAÚL ZAFFARONI
Kátia Rubinstein Tavares 274
18.1 INTRODUÇÃO 274

18.2 O CULTURALISMO JURÍDICO 276
18.3 A CONTRIBUIÇÃO DE TOBIAS BARRETO PARA A JUSTIÇA CRIMINAL 281
18.4 CONCLUSÃO 289
18.5 REFERÊNCIAS 290

19. A DEFESA DO ESTADO E O DUPLO PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS: O INTERVENCIONISMO HISTÓRICO E A ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL
Leila Maria Bittencourt da Silva 292

19.1 INTRODUÇÃO 292
19.2 HISTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS NOS EVENTOS POLÍTICOS 293
19.3 AS FORÇAS ARMADAS NA REPÚBLICA 294
19.4 IDEOLOGIA DA SEGURANÇA NACIONAL 296
19.5 CONSTITUINTE DE 1987-1988 E TRANSFORMAÇÃO IDEOLÓGICA 297
19.6 O PAPEL ATUAL DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO 298
19.7 A DEFESA DO ESTADO: ABIN E SISBIN 299
19.8 MILITARES QUE AGEM CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO 300
19.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS 300

20. A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO: POSSIBILIDADE E LIMITES
Luiz César Martins Loques 302

20.1 INTRODUÇÃO 302
20.2 VISÃO GERAL DO MÉTODO SOCRÁTICO APLICADO À DOCÊNCIA 303
20.3 DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO DO DIREITO COMERCIAL 305
20.4 CONCLUSÃO 308
20.5 REFERÊNCIAS 309

21. SISTEMA DE (IN)JUSTIÇA CRIMINAL INTERSECCIONAL
Mariele Karem França Morais Veras e Roberta Duboc Pedrinha 310

21.1 INTRODUÇÃO 310
21.2 COLONIALIDADE DO PODER: SISTEMA DE OPRESSÃO E CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS RACIALIZADOS 312
21.3 CRIMINALIZAÇÃO E PENALIZAÇÃO DAS MULHERES RACIALIZADAS POR DROGAS NO BRASIL 318
21.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS 320

22. CRIMINOLOGIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DA MACONHA
Marcia Dinis 324

22.1 INTRODUÇÃO 324
22.2 BREVE HISTÓRICO DOS ESTUDOS DO FENÔMENO CRIMINAL 325
22.3 A ESCOLHA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS 327
22.4 O PORTE DE MACONHA PARA USO PESSOAL 329
22.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 332
22.6 REFERÊNCIAS 333

23. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DO SER HUMANO
Maria Lucia Sales Gyrão 335

23.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 335
23.2 CONCEITOS MÉDICOS RELATIVOS AO MOMENTO EM QUE A VIDA DO NASCITURO COMEÇA 336
23.3 VISÃO DO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO 337
23.4 CONCLUSÃO 340
23.5 REFERÊNCIAS 340

24. O DESCAMINHO, SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA E O TRATAMENTO DÍSPAR DADO PELOS TRIBUNAIS
Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr. 342

24.1 INTRODUÇÃO 342
24.2 OS ILÍCITOS TRIBUTÁRIOS E O TRATAMENTO PENAL E ADMINISTRATIVO PARA O DESCAMINHO 345
24.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS 357
24.4 REFERÊNCIAS 358

25. A JUSTIÇA ELEITORAL E O CONTEXTO HISTÓRICO DO SEU ADVENTO
Paulo Roberto de Gouvêa Medina 360

25.1 INTRODUÇÃO 360
25.2 O CENÁRIO POLÍTICO DA PRIMEIRA REPÚBLICA: CAMINHO ABERTO PARA A JUSTIÇA ELEITORAL 361
25.3 AS MAZELAS DE UM SISTEMA ELEITORAL ANÁRQUICO 364
25.4 A CRIAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL 367
25.5 EVOLUÇÃO DO VOTO NO BRASIL 368
25.6 REFERÊNCIAS 370

26. PANORAMA DOS INCENTIVOS FISCAIS NO ÂMBITO LOCAL NAS EXPERIÊNCIAS LUSITANA E BRASILEIRA
Ricardo Antonio Lucas Camargo 372
26.1 INTRODUÇÃO 372
26.2 TRIBUTAÇÃO LOCAL: BALIZAS CONSTITUCIONAIS 373
26.3 INCENTIVOS FISCAIS LOCAIS – CRITÉRIOS FORMAIS 375
26.4 INSTRUMENTOS DE INCENTIVO FISCAL 377
26.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 378
26.6 REFERÊNCIAS 378

27. DOS EFEITOS DA POSSE
Rogério Ribeiro Domingues 382
27.1 INTRODUÇÃO 382
27.2 A BOA FÉ E OS EFEITOS DA POSSE 385
27.3 BENS PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS 388
27.4 BENFEITORIAS E ACESSÕES 388
27.5 FRUTOS E PRODUTOS 390
27.6 PERDA E DETERIORAÇÃO DA COISA 392
27.7 CONCLUSÃO 393

28. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA *EX LEGE*: O CASO DO ART. 310, §2.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Ronny Peterson Nunes dos Santos e Hugo Azevedo de Moura 394
28.1 INTRODUÇÃO 394
28.2 O CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME (LEI N.º 13.964/2019) 395
28.3 AS TENTATIVAS PRETÉRITAS DE PROIBIR *EX LEGE* À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA 398
28.4 O ART. 310, §2.º, DO CPP E SUA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE 402
28.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 408
28.6 REFERÊNCIAS 409

29. PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO DO TRABALHO
Valéria Ribeiro e Patrícia Vianna de Medeiros Ribeiro 411
29.1 INTRODUÇÃO 411
29.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA E A PROVA DIGITAL 412
29.3 PROVA DIGITAL. DOCUMENTO ELETRÔNICO. DOCUMENTO DIGITALIZADO. DOCUMENTO DIGITAL. PROVA DIGITAL REGISTRADA NA FORMA CRIPTOGRAFADA 415
29.4 ATA NOTARIAL E ATA NOTARIAL DIGITAL 416
29.5 PROVA DIGITAL NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO 417
29.6 TECNOLOGIAS DE PRESERVAÇÃO DIGITAL 420
29.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 422

30. O LIBERTARIANISMO DE ROBERT NOZICK E O SOBREENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR
Vitor Sardas e Marcello Raposo Ciotola 424
30.1 INTRODUÇÃO 424
30.2 NOZICK E A FUNÇÃO DO ESTADO 425
30.3 O ESTADO VIGILANTE NOTURNO E O DIREITO DO CONSUMIDOR 428
30.4 O PAPEL REGULATÓRIO DO ESTADO 429
30.5 O ESTADO ULTRA MÍNIMO E A COMPENSAÇÃO 431
30.6 O LIBERTARIANISMO, A COOPERAÇÃO SOCIAL E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SOBREENDIVIDADO 432
30.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 441
30.8 REFERÊNCIAS 441

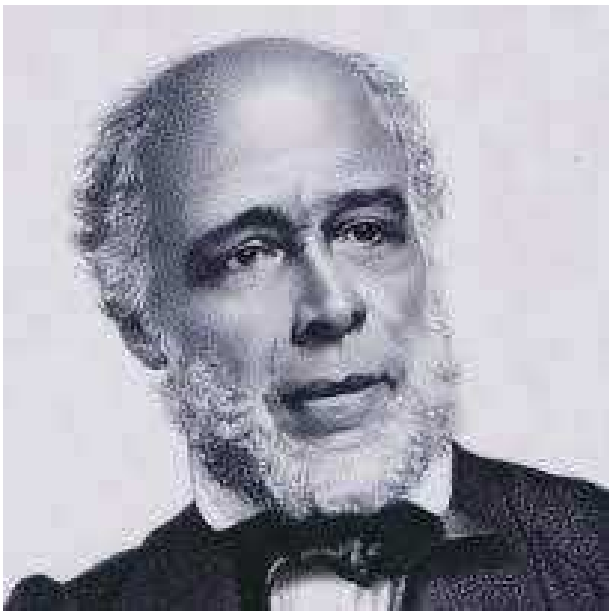
A FORMAÇÃO DA CULTURA NACIONAL

ENTREVISTA: A VIDA DE MONTEZUMA

UMA RESENHA SOBRE A MESTIÇAGEM NO BRASIL

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS EA FUNDAÇÃO DA OAB

A TRAJETÓRIA DE VIDA DE FRANCISCO ACAYABA GÊ DE MONTEZUMA: O HOMEM NEGRO QUE VENCEU O PRECONCEITO E MARCOU A HISTÓRIA POLÍTICA NO PERÍODO IMPERIAL[1]



Kátia Tavares: Para a advocacia hoje, a memória de Montezuma parece muito ligada à fundação do IAB, que é chamado também de "Casa de Montezuma". Mas o seu levantamento biográfico mostra uma participação muito maior na história do país. E é uma história que começa com as incongruências do Brasil Colônia, na qual se notabiliza por uma contradição insuperável: convivia confortavelmente com o instituto da escravidão e o poder imperial, de natureza monárquica e patrimonialista, certo?

Mary Del Priore: Sim, Kátia, tratou-se de uma das mentes mais iluminadas da primeira metade do século XIX e uma das de maior destaque no poder imperial. Seu nome de batismo foi Francisco Gomes Brandão, nascido em Salvador, em 23 de março de 1794. Era filho de Manuel Gomes Brandão, branco, e Narcisa Teresa de Jesus Barreto, negra, ambos baianos e modestos. Cresceu em Penedo, onde o rio e a cidade foram o seu mundo até os 14 anos. Seu pai era comandante de um dos brigues que, no fim do período colonial, fazia a rota entre a Bahia e a costa da África, traficando escravos. Segundo o desejo paterno, Francisco deveria se preparar para ser padre. Para isso, a família se instalou em Salvador e, em 1808, ele entrou para o Convento de São Francisco. Naquela época, a carreira eclesiástica ainda funcionava como um chamariz para muitos, pois, ao conferir "foros de nobreza", o sacerdócio era sinônimo de prestígio social. E isso tanto para os filhos das mais

[1] Encontra-se a bibliografia de todos os autores citados no meu livro "À procura deles – quem são os negros e mestiços que ultrapassaram a barreira do preconceito e marcaram a história do Brasil", São Paulo, Benvirá, 2021. Na mesma obra, encontra-se parte deste capítulo que fora modificado para atual publicação.

ricas famílias da Bahia oitocentista quanto para alguns pobres diabos que, valendo-se dos poucos recursos que tinham, se aproveitavam das mais variadas estratégias como forma de ascender socialmente.

Escolha errada para Francisco! Pois os métodos de ensino em mau latim e a avalanche de sermões foram suficientes para entediá-lo. Por falta de vocação, abandonou o claustro sete meses depois. Quis assentar praça no Exército – o que também permitia grande mobilidade social –, mas não teve aprovação paterna. Optou, então, pela Escola Médico Cirúrgica, na qual passou três anos. Havia exigências para ingressar na recém-fundada instituição: além de uma taxa de 6.400 réis, referente à matrícula, requeria-se que os estudantes não apenas soubessem ler e escrever corretamente, mas também tivessem conhecimento de latim e francês. Essa é uma pista importante que serve como indicativo de que os estudos de Francisco não estavam resumidos apenas às primeiras letras, como explicou o seu biógrafo, Sebastião Eugênio Ribeiro de Castro Júnior.

Francisco foi contemporâneo da mocidade ilustre, como Miguel Calmon Du Pin e Almeida, Cândido José de Araújo Viana, Honório Hermeto Carneiro Leão, José Cesário de Miranda Ribeiro, José Maria Monteiro de Barros e tantos outros

Em 1816, vamos encontrar o jovem Francisco em Lisboa, frequentando hospitais ou a bordo de navios negreiros, pois um médico era figura obrigatória na tripulação. No ano seguinte, estava matriculado nos cursos de Direito e Filosofia da Universidade de Coimbra, nos quais adquiriu fama de bom aluno, porém, muito desordeiro. Era líder de inúmeros acadêmicos brasileiros que seguiam sua personalidade magnética. Foi em Coimbra que ele tomou gosto pelas sociedades políticas secretas, muito comuns na época, fundando a denominada “Keporática” ou “dos Jardineiros”. Suas cores? O verde e o amarelo. Ele seria uma das faces pardas da melhor universidade portuguesa, e o seu objetivo era receber formação e, posteriormente, ingressar na magistratura ou em cargos de prestígio na administração metropolitana e colonial. Ele apostou no conhecimento, na leitura e na escrita como forma de abrir caminho ao enobrecimento. De forma alguma, os estudos eram um atributo limitado apenas “a um punhado de famílias com longas genealogias” ou ainda puramente associado “a sonoros títulos concedidos pelo rei”, como sublinhou Castro Júnior. O jovem afro-brasileiro se formou com notas regulares, contudo, graças às suas indisciplinas, ganhou zero em “probidade e prudência”. Nada, porém, o impediu de estudar.

Mesmo reconhecendo a face mestiça de muitos membros dessa elite, pouco ainda sabemos sobre a sua presença no interior do grande contingente de brasileiros ali matriculados. Descendentes de africanos frequentaram e deixaram registros da sua presença nas faculdades de Direito, Medicina e Teologia, como bem demonstrou a historiadora Lucilene Reginaldo. O problema não era o chamado “defeito de mulatice”, mas, a contiguidade com a escravidão. Somente filhos de escravos não entravam em escolas e universidades.

Francisco foi contemporâneo da mocidade ilustre, como Miguel Calmon Du Pin e Almeida, Cândido José de Araújo Viana, Honório Hermeto Carneiro Leão, José Cesário de Miranda Ribeiro, José Maria Monteiro de Barros e tantos outros, que adquiriram nomeadas mais tarde e foram seus aliados ou antagonistas na vida política. Francisco já era o líder inconteste de todos eles, o chefe da colônia brasileira, o "pontífice da troça da cidade universitária". Temiam-no os calouros, e os veteranos respeitavam o mais popular estudante de seu tempo. Sabia ser amigo, entretanto era combativo, maquiavélico, zombeteiro e cáustico.

Kátia Tavares: Era já um prenúncio de sua potência certamente. E como se deu a sua entrada na vida política brasileira?

Mary Del Priore: Francisco mergulhou na política e na guerra da independência em 1821, ao regressar a Salvador. Tinha 27 anos e rebelou-se contra a junta provisória que subordinara a Bahia às cortes de Lisboa. Procurou o Vice-Governador Manuel Pedro, seu mestre e conselheiro de juventude, e tentou convertê-lo à causa revolucionária para tornar a província independente. Insistiu. Argumentou em um diálogo cordial. Mas nada conseguiu. Em um gesto cavalheiresco, Francisco lhe pediu licença "para daquele dia em diante nunca mais o visitar e fazer ao seu governo a oposição que pudesse". Assim, abraçaram-se e "despediram-se com sensíveis demonstrações de amizade", contou o seu biógrafo.

Restituir a Bahia ao Brasil, para que obedecesse ao príncipe regente, passou a ser a maior preocupação de Francisco. Por meio de textos incendiários, travou uma batalha enraivecida contra a metrópole. Seu talento como redator abriu-lhe as portas do "Diário Constitucional", no qual chegou empenhado em combater o "monstruoso fratricídio" com palavras, como "liberdade" e "autonomia". Apimentava os seus textos com a imagem da Bahia vampirizada pelos portugueses. Era preciso defendê-la! Para fechar o ano, passou das palavras aos atos e, em novembro de 1821, participou da conspiração que levou oficiais da guarnição militar a prestarem obediência ao governo de D. Pedro I, negando-se a obedecer às ordens de Lisboa.

DIARIO
CONSTITUCIONAL

Diario Constitucional
Acervo da Biblioteca Nacional

Em janeiro de 1822, ocorreu a eleição para a presidência da Junta Provisória Governativa da Bahia, encarregada da administração da antiga capitania. Generais ficariam encarregados do governo das armas em lugar dos antigos governadores. Esse cargo havia sido criado pelas cortes em decreto de setembro de 1821, como forma de restabelecer o controle militar do governo português sobre o Brasil após o retorno de D. João VI para o reino. De acordo com o decreto, o encarregado das armas nas províncias responderia unicamente a Lisboa, sendo independente das juntas provinciais de governo recém-criadas no Brasil. Para o cargo e sem surpresas, venceu o partido independentista.

Prevendo o resultado, as cortes portuguesas enviaram reforço militar a Salvador e substituíram o governador de armas, eleito pelo Tenente-coronel Inácio Madeira de Melo. A desculpa? Garantir a "pública tranquilidade". Um plano de recolonização do Brasil estava em curso. Francisco e o seu grupo atrapalharam a posse de Madeira de Melo, enquanto explodiram sangrentos combates entre portugueses e brasileiros. Perseguido, Montezuma teve que se esconder, entretanto não interrompeu a publicação do jornal que era o órgão dos patriotas brasileiros. Em finais de agosto, o jornal fora empastelado. Com o agravamento da situação da guerra civil entre a comunidade portuguesa e os baianos, ele se juntou aos fugitivos que seguiram para Cachoeira, São Francisco e Santo Amaro, vilas do Recôncavo Baiano, regiões que tinham se declarado a favor do governo do Rio de Janeiro.

O seu papel combativo no "Diário Constitucional" deu-lhe um cargo de vereança. Ocupar um cargo na municipalidade era algo a que somente indivíduos que gozavam de grande prestígio poderiam aspirar.

Kátia Tavares: Então, podemos dizer que, a partir daí, se inicia a atuação política de Montezuma?

Mary Del Priore: O seu papel combativo no "Diário Constitucional" deu-lhe um cargo de vereança. Ocupar um cargo na municipalidade era algo a que somente indivíduos que gozavam de grande prestígio poderiam aspirar. Eram os chamados "homens bons", "os principais da cidade" ou os homens "mais distintos e mais abastados" que nela viviam, para usar as palavras da época. No entanto, como bem definiu o seu biógrafo, tanto a indicação quanto a escolha de Francisco para integrar um órgão da elite eram fortes indícios de que, apesar da origem apagada, nem o nascimento nem o seu modo de vida faziam com que fosse visto como alguém socialmente desqualificado. Era um bom sinal das oportunidades que começavam a surgir para um grupo reduzido de homens "de ação e de talento", mais em função de seu saber e sua atuação política do que, propriamente, de seu sangue ou suas posses.

Eleito e empossado, coube a ele ir ao Rio de Janeiro pedir ajuda a D. Pedro para a resistência das vilas do Recôncavo Baiano contra os portugueses. E, sempre muito exuberante,

despediu-se: “As minhas funções estão terminadas; só me resta, ilustres compatriotas, pedir-vos perdão de minhas faltas, agradecer-vos cordialmente o conceito que vos mereci; oxalá possa eu desempenhar perante o Imperial trono do PAI da PÁTRIA a comissão de que vou encarregado.”

Kátia Tavares: E com que cenário se deparou Francisco ao chegar ao Rio? Qual era a situação política da então capital do império?

Mary Del Priore: Ao chegar à corte, viu a cidade se preparando para a coroação de D. Pedro I. Arcos triunfais eram erguidos, ruas eram limpas do entulho, e as testadas das casas, pintadas. Um clima eletrizante escondia as tensões políticas. Francisco foi bem acolhido pelo Ministro dos Negócios do Império, o então todo-poderoso, José Bonifácio de Andrada e Silva, que, observador de suas qualidades, o convidou para fazer parte do Apostolado da Ordem dos Cavaleiros de Santa Cruz, por ele fundado. A sociedade secreta tinha por objetivo defender a integridade do Brasil e lutar por sua independência. No entanto, o propósito, por baixo dos panos, era combater o grupo que se, de início havia aceitado a monarquia constitucional como caminho rápido para a separação de Portugal, agora queria a república.

Traidor ou covarde, nunca! A falsa notícia que o humilhava foi adoçada pelo sucesso que fez na corte.

Instalado na Rua da Ajuda, Francisco vivia momentos angustiantes com o boato espalhado pelos portugueses do Rio de Janeiro. Diziam que ele estava foragido em razão da vitória do partido português na Bahia. Traidor ou covarde, nunca! A falsa notícia que o humilhava foi adoçada pelo sucesso que fez na corte. Recebido pela Câmara Municipal, ali foi aclamado, e depois, seguido pelo povo, se dirigiu ao Paço, onde foi apresentado oficialmente por José Bonifácio à Sua Majestade Imperial. Foram dias de prestígio. Francisco os enfrentou com absoluta naturalidade: jantou na mesa com D. Pedro I em São Cristóvão. Ainda, do pavilhão nobre, assistiu a um exercício das forças comandadas pelo Imperador, em cujas graças caiu.

Kátia Tavares: E como foi a aproximação com o Imperador Pedro I?

Mary Del Priore: O baiano acompanhou a coroação de perto, porque fora convidado a pegar uma das varas do pálio que cobria D. Pedro I, participando das festas que se seguiram. A honraria era dada a poucos. Quando lhe foi oferecido o título de Barão da Cachoeira, recusou. Alegou que “um tal despacho me poria em dificuldades na província da Bahia, fazendo-me perder as afeições do partido liberal exaltado: ao mesmo tempo que criaria ciúmes que poderiam entorpecer o entusiasmo patriótico, tão necessário na crise em que estávamos. Foi, todavia, condecorado com a Dignitária da Ordem do Cruzeiro, então criada para comemorar a aclamação, sagração e coroação do jovem Imperador. De graça? Não. Os agraciados eram obrigados a dar uma joia qualquer para dotação de uma caixa de piedade, destinada à manutenção dos membros pobres da Ordem ou dos que, por casos fortuitos ou desgraças, caíssem em pobreza.

Coroação de Dom Pedro I – Jean Baptiste Debret
Acervo do Palácio Itamaraty

Ao despedir-se de D. Pedro I, não escondeu suas ideias e deu-lhe um recado: “Nem nos perturbará a demagógica ambição, instabilidade das repúblicas, nem nos definirá a bravura e prepotência das monarquias absolutas”. Declarou, assim, que o movimento baiano objetivava “uma prudente e bem equilibrada divisão de poderes, guardados a inviolabilidade e mais direitos próprios à Majestade”. Tal independência e outras atitudes levaram muitos de seus adversários a considerar Francisco um homem contraditório. A verdade é que ele não cedia a favores, nem fazia agrados aos poderosos. Proclamava a sua autonomia. Gostava de dizer: “Sou pobre, pouco posso perder”.

Ao despedir-se de D. Pedro I, não escondeu suas ideias e deu-lhe um recado: “Nem nos perturbará a demagógica ambição, instabilidade das repúblicas, nem nos definirá a bravura e prepotência das monarquias absolutas”.

Kátia Tavares: E qual foi a participação de Montezuma nesse período de tensão na então província da Bahia?

Mary Del Priore: Em fins de dezembro, voltou a Salvador, ainda ocupada pelos portugueses. Levou armamento para a luta, material tipográfico, uma imprensa e instruções para a escolha de deputados à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do recente Império do Brasil. Lançou, então, o “Independente Constitucional” e, com a verve antiportuguesa, explicou aos leitores a sua nova assinatura. Queria ligar o nome português – Francisco – a três sobrenomes ameríndios: um tapuia, Gê, outro tupi, Acaiaba, e outro asteca, Montezuma.

Queria ligar o nome português – Francisco – a três sobrenomes ameríndios: um tapuia, Gê, outro tupi, Acaiaba, e outro asteca, Montezuma.

Os eventos, contudo, se precipitaram. O comandante do chamado "Exército Pacificador", Pierre Labatut, cuja meta era deter os conflitos entre brasileiros e portugueses, depois de ter constituído exército disciplinado e vencido a batalha de Pirajá, foi feito prisioneiro. A razão? Ele confiscava escravos dos senhores de engenho, prometendo-lhes liberdade se lutassem do lado do Império. Também, atropelava decisões da elite baiana à frente do governo interino. Os poderosos locais se agastavam com a presença do general estrangeiro. E o agora Montezuma fora encarregado de voltar ao Rio para explicar tais tensões ao Imperador. Ele, que já cruzara o Atlântico, não conhecia o interior do Brasil. Impossibilitado de fazer a viagem por mar, pois a Baía de Todos os Santos estava controlada pela Marinha portuguesa, subiu o rio Pardo e, durante 74 dias, percorreu o interior de Minas Gerais. Passou por Ouro Preto e Barbacena até chegar ao Rio de Janeiro. Caminhou uma média de dez léguas por dia.

Batalha do Pirajá, Bahia – Mural de Carybé
Arquivo Público do Estado da Bahia

Kátia Tavares: Conte-nos o desfecho desse importante episódio histórico?

Mary Del Priore: Montezuma passou tanto tempo na estrada que não soube da prisão de Labatut nem da situação em curso em Salvador, cercada pelas forças legalistas. Enquanto peregrinava pelas estradas de Minas, a situação se deteriorou: sem alimentos, as doenças começaram a se disseminar na população. Diante do quadro, Madeira de Melo permitiu a saída dos moradores, e cerca de dez mil pessoas abandonaram a cidade. Ao se apresentar ao Imperador, Montezuma ostentava uniforme militar como miliciano da Cachoeira. Agradecido, D. Pedro I lhe concedeu baixa na carreira das armas, prometendo-lhe posto nas milícias.

O desfecho da luta em Salvador se deu na ausência de Montezuma. Lá não ocorreu uma independência na forma de gritos à beira de um riacho. Mas uma luta a ferro e sangue, que deixou centenas de mortos e consagrou a separação de Portugal. E, quando, no dia 2 de julho de 1823, as tropas brasileiras entraram em Salvador, Montezuma, no Rio de Janeiro, tomava posse como deputado na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, cargo que conquistara com um pequeno número de votos. Missão: realizar a primeira Constituição do país. A ideia era trabalhar para a construção de uma monarquia na qual a nação fosse representada pelos deputados. Entretanto, rapidamente, ela se transformou em palco de lutas entre novos interesses e paixões sem freio.

No dia 2 de julho de 1823, as tropas brasileiras entraram em Salvador, Montezuma, no Rio de Janeiro, tomava posse como deputado na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil…

Kátia Tavares: Como foi essa primeira legislatura de Montezuma? Quais as correntes políticas que predominavam entre os parlamentares à época e qual a posição de Montezuma?

Mary Del Priore: Ele era um dos mais jovens deputados. Ativo, enérgico, brigava por suas ideais com ardor. E não recuava frente às opiniões dos mais experientes. Na apresentação do projeto de Constituição, redigido por Antônio Carlos de Andrada, por exemplo, mostrou-se cético quanto à criação de duas universidades. Insistia que seria melhor a fundação de seis bons colégios nas principais cidades do país. A liberdade religiosa era motivo para intermináveis discussões, e a adoção de princípios federalistas encontrou nele um defensor.

O problema é que Montezuma manifestava suas opiniões sem cerimônias, fazendo muitos inimigos com a sua fala livre. Ainda, era habitado pelo espírito do incendiário líder estudantil. Seu temperamento vulcânico inflamava os debates. Quando abria a boca, os colegas eram inundados por um dilúvio de citações e sentenças que sacudiam o teto da Assembleia. Trovejava por horas e, quando seus pulmões se esgotavam, dava gritos de fúria. Chamado à ordem várias vezes, chegou a desafiar seus colegas para duelos, como fez com o Deputado Costa Barros. Acabaram medindo forças com palavras. A troca de ameaças era publicada no “Diário do Governo”, para ser acompanhada pela torcida. Não se confrontaram, porém Montezuma era osso duro de roer. Sua audácia misturava coragem com desprezo pelo perigo.

O problema é que Montezuma manifestava suas opiniões sem cerimônias, fazendo muitos inimigos com a sua fala livre.

Colegas deputados que se encontravam na Constituinte eram, em sua grande maioria, liberais moderados, reunindo o que havia de melhor e de mais representativo no Brasil. Foram eleitos de maneira indireta e por voto censitário, mas não pertenciam a partidos que, aliás, nem

existiam no país, como explicou a historiadora Isabel Lustosa. Havia, contudo, facções: os "bonifácios", que eram liderados por José Bonifácio e defendiam a existência de uma monarquia forte, porém, constitucional e centralizada, para evitar a possibilidade de fragmentação do império; a dos "portugueses absolutistas", composta não apenas por lusitanos, mas também brasileiros que defendiam uma monarquia absoluta e centralizada que garantisse seus privilégios; e os "liberais federalistas", que contavam com portugueses e brasileiros, os quais pregavam uma monarquia meramente figurativa e descentralizada, se possível federal, em conjunto com a manutenção da escravidão. Eles combatiam, com veemência, os projetos dos "bonifácios", facção da qual Montezuma fazia parte.

Nesse ínterim, talvez, para se livrar de sua incorrigível independência na Assembleia, D. Pedro I quis nomear Montezuma corregedor do cível. Ele recusou, declarando "não ter vocação para o cargo, considerando que a Justiça é imperfeita, que a lei peia o juiz às vezes, e que não lhe agradava a função", como contou Raul Floriano. Até com o Imperador ele não fazia cerimônias e deixava claro que a sua liberdade não estava à venda.

D. Pedro I quis nomear Montezuma corregedor do cível. Ele recusou, declarando "não ter vocação para o cargo, considerando que a Justiça é imperfeita, que a lei peia o juiz às vezes, e que não lhe agradava a função"

Kátia Tavares: Logo após esse período, essa mesma independência custou caro a Montezuma, certo? Conte-nos sobre essa passagem marcante na vida dele.

Mary Del Priore: Sim. Rumos políticos levaram os deputados a desejarem D. Pedro I como uma figura meramente simbólica e subordinada à Assembleia. Esse fato, seguido pela aprovação de um projeto em 12 de junho de 1823, pelo qual as leis criadas pelo órgão dispensariam a sanção do Imperador, levou D. Pedro I a entrar em choque com a Constituinte.

Em 5 de novembro, surgiu o incidente que daria causa à dissolução da Assembleia. Um jornalista, acusado de atacar os portugueses, foi surrado por dois militares lusitanos. Tal ofensa contra a liberdade de opinião seria também uma ofensa à nação, insistiam os Andradas. "Punição já!", clamavam os jornais. Na Constituinte, a comissão fora encarregada de examinar o ocorrido, todavia o caso era da competência do Judiciário e não do Legislativo. Em reação, Bonifácio bombardeou a casa com discursos inflamados, acusando os deputados de omissão diante de um atentado ao povo. No ar, delírio da gente e dos deputados, Montezuma estava entre os mais raivosos. A reação nas ruas foi uma onda de xenofobia antilusitana, com quebra-quebra e gritaria. Os ânimos se acirraram, e D. Pedro I, que assistiu às cenas da janela do Paço Imperial, mandou que o Exército se preparasse para um conflito.

Na mesma manhã, o Ministro Francisco Vilela Barbosa, fardado e de espada à cinta, com-

pareceu à Assembleia com uma ameaça: ou os deputados aprovavam medidas para censurar a imprensa e cassavam o mandato dos Andradas ou as tropas entrariam em ação. Para sensibilizar os deputados, lembrou-lhes que, em Portugal, um golpe absolutista fora desfechado, e tais acontecimentos estavam influindo no ânimo do Imperador. De fato, sua mãe, a Rainha Carlota Joaquina, e seu irmão, D. Miguel, juntamente com a nobreza e o clero, negavam-se a obedecer ao Congresso, preferindo o despotismo antigo. Durante suas explicações, o Ministro ouviu deputados gritando que D. Pedro I fosse declarado "fora da lei". Montezuma foi um deles. Ao saber disso, o Imperador imediatamente enviou o Brigadeiro José Manuel de Morais, afrodescendente e futuro Ministro da Guerra, com um decreto: estava dissolvida a Constituinte.

No mesmo ato, o Monarca convocava nova Constituinte, que ele mesmo apresentaria "duplicadamente mais liberal". Reações? Os deputados que tinham se declarado prontos a enfrentar as baionetas imperiais voltaram para casa com o rabo entre as pernas. Os irmãos, Andrada e Montezuma, foram presos. Em um processo sumário, foram considerados culpados. Em um último diálogo entre Antônio Carlos de Andrada e Montezuma, ao avistarem as tropas que vinham prendê-los, Antônio Carlos disse: "Daqui sairemos para onde a força armada nos mandar". Deixaram a Assembleia pela única porta que as tropas deixaram aberta e, levados à Fortaleza da Lage, lá chegaram às onze horas. E Montezuma contou:

> Encarcerado e incomunicável em uma das abóbodas subterrâneas da fortaleza, cuja imundícia de todas as espécies seria impossível descrever, ali começou o martírio particular a que o condenara uma política meticulosa, se não retrógrada, ou ambas as coisas. Até o confinamento, (ele e Bonifácio) seguiram sob as vaias de moleques e os gritos de 'Viva o imperador!' e 'Morram os anarquistas!'.

Segundo Montezuma, foram "generosa e humanamente tratados pelo comandante da fortaleza da Laje". Deixou até que matassem um galo, que foi cozido em uma marmita e comido com farinha. Mas o bom tratamento não durou. Embarcaram. Logo depois da saída em mar alto, Montezuma ouviu propostas de um oficial ao comandante, para que aportassem em algum lugar onde os deportados pudessem ser postos a ferro. O destino

era Bordéus, na França, mas, por conta de uma tempestade ou de conspirações, acabaram chegando ao porto de Vigo, na Espanha. Ali ficaram sabendo que havia "reclamações" do governo português contra eles. Para mantê-los prisioneiros, as autoridades recolheram o leme da embarcação e a lancha que poderia levá-los à terra. Montezuma tentou escapar e ir às escondidas a Madri, em busca de uma solução. Em vão. Foi graças à intervenção do cônsul inglês que o grupo de exilados conseguiu sensibilizar as autoridades espanholas, permitindo-lhes atravessar a Espanha até a fronteira com a França.

Kátia Tavares: E como foi o período de exílio para ele?

Mary Del Priore: Ao contrário de Bonifácio, que se limitava a fazer poesias e insultar D. Pedro I de longe, Montezuma aproveitou o exílio para se aprimorar. Em 1828, conseguiu o passaporte para Londres, onde, segundo Hélio Vianna, estudou Ciências Naturais, Medicina e aprimorou o Direito. Frequentou o júri e assistiu a audiências. Entre Birmingham e Liverpool, percorreu minas e fábricas. Conheceu também as principais cidades da Escócia e Irlanda. Inquieto, circulou entre Bélgica e Holanda. Nessas deambulações, tudo aprendia e observava. Na Inglaterra, nasceram-lhe dois filhos que mais tarde serviriam à Marinha inglesa. Na Europa, não abandonou o seu interesse por sociedades secretas, ligando-se tanto à maçonaria francesa quanto a uma tentativa de reconstituição da medieval Ordem dos Templários, na qual fora recebido como cavaleiro. Ele sabia que tais redes podiam ser extremamente úteis para ele. Contatos, amizades, informações, solidariedade, tudo se encontrava nesses grupos.

Ao contrário de Bonifácio, que se limitava a fazer poesias e insultar D. Pedro I de longe, Montezuma aproveitou o exílio para se aprimorar. Em 1828, conseguiu o passaporte para Londres, onde, segundo Hélio Vianna, estudou Ciências Naturais, Medicina e aprimorou o Direito.

Kátia Tavares: Segundo o seu levantamento de pesquisa, o retorno dele ao Brasil se deu apenas após a chamada "crise do Primeiro Reinado". Como foi o seu retorno?

Em abril de 1831, sem conseguir dar soluções aos problemas, D. Pedro I abdicou em favor de seu filho Pedro II. Partiu para Portugal, levando a segunda esposa, a Princesa Amélia de Leuchtemberg e, nos primeiros meses do mesmo ano, Montezuma voltou ao Brasil.

Embora ausente por oito anos, em maio de 1831, Montezuma foi lembrado e eleito para a Assembleia Geral Constituinte. Deu início às suas atividades como advogado e logo teve sucesso. Na política, passou a ocupar lugar de destaque. Restavam apenas dois partidos, o conservador e o liberal, mas movidos por interesses particulares do que por ideias políticas. No Rio Grande do Sul, explodiu a Revolta Farroupilha. No Pará, na Bahia e no Maranhão, repetiam-se sedições que foram sufocadas. A Regência do Padre Feijó cedeu à de Pedro de Araújo Lima, que montou um gabinete conservador. Boa oportunidade para estar

na oposição. À época, Montezuma se tornou o primeiro deputado da história brasileira a lutar contra o tráfico negreiro. Confiava em sua eloquência parlamentar para defender, com ardor, um movimento abolicionista, mesmo que isso fosse considerado ilegal. Aplicava as lições aprendidas com os ingleses e franceses antiescravistas. Ele tinha a visão de um homem de Estado, mas continuava estranho a partidos.

À época, Montezuma se tornou o primeiro deputado da história brasileira a lutar contra o tráfico negreiro. Confiava em sua eloquência parlamentar para defender, com ardor, um movimento abolicionista, mesmo que isso fosse considerado ilegal.

Lutava só e, por seu espírito independente, não se filiou aos chamados "moderados", porém, temporariamente, aos opositores, denominados "exaltados" ou "jurujubas", que esperavam uma real democratização do processo político. O ambiente era ideal para os que desejavam um golpe que permitisse instalar uma república. Os debates acabavam com insultos pessoais cruzando os ares. Em um campo minado, as conspirações se multiplicavam. O povo ansiava por um governo que restabelecesse a tranquilidade pública.

Kátia Tavares: Esse era um período particularmente conturbado da política brasileira?

Mary Del Priore: Durante aquele período, as arruaças dominaram o Rio de Janeiro, e as revoltas se sucediam. Não contra o Imperador ou contra a monarquia, mas, contra a política regencial. Os governantes não se entendiam. Para resolver tal situação, Padre Feijó foi nomeado Ministro da Justiça, cargo que aceitou apenas após ter recebido "carta branca" da Assembleia. O objetivo? Restabelecer a ordem. Se, de fato, conseguiu alguma vitória sobre os movimentos sediciosos no Rio de Janeiro, não conseguiu controlar a situação de insatisfação política que fez pipocar revoltas por várias províncias.

Montezuma recebeu e recusou o convite para ser o então Ministro da Fazenda. Parecia estar mais à vontade nas querelas da Assembleia. Mudou de lado e aproximou-se dos caramurus, grupo político composto por comerciantes portugueses e militares, entre os quais figuravam os Andrada, já de volta do exílio. Eles queriam o retorno de D. Pedro I, Duque de Bragança que estava, até então, lutando pelo trono de sua filha em Portugal. Montezuma fugiu da Sociedade Militar que congregava restauradores e pretendia armá-los para uma luta civil. Certamente, não imaginavam que, em Portugal, D. Pedro I ironizava: "Esses que se lembram no Brasil do meu nome para fazer outra bernarda [revolução] são bem asnos"!

Kátia Tavares: E qual foi o papel de Montezuma durante essa fase da regência?

Mary Del Priore: Na Câmara, entre vitupérios e discursos, Montezuma nadava como peixe na água: opôs-se ao pagamento da dívida externa, malhou o tráfico de africanos e propôs a criação de um banco nacional, tão necessário desde que D. João VI liquidou o

Banco do Brasil. Fez oposição ao Padre Feijó, que se esforçava por manter a ordem na corte. Votou contra o proposto banimento do Ex-Imperador que o havia deportado. Quando a maioria tinha abandonado a família Bragança, teve a coragem de defender o direito da Imperatriz Amélia de receber dotação, o que fora negado por outros deputados. Mas, sempre independente, não se acanhou em pedir as contas do dinheiro enviado a Londres para D. Pedro I – 800 contos, via o banqueiro Samuel Phillips. Impressionado, o Embaixador francês, Edouard Pontois, cravou na correspondência diplomática: "O mulato" Montezuma "abraçou o partido caramuru e por muito tempo nos tribunais, nos clubes ou nas lojas maçônicas foi o principal orador". Parecia-lhe contraditório que alguém, exilado pelo Imperador, lutasse pelo seu retorno. Porém, o baiano não guardava ressentimentos. E, também, não recuava e investia contra os intocáveis, como quando denunciou o filho do Brigadeiro Francisco de Lima e Silva que matou, com um golpe de espada, um jornalista em uma taberna do Largo da Carioca. Sabia, como ninguém, soprar, arranhar e morder.

Homem negro açoitado durante a Revolta dos Malês – Jean Baptiste Debret
Instituto Geográfico e Histórico da Bahia

Em tempos tão agitados, ressurgiu o publicista. Folhetos e periódicos caramurus, redigidos entre 1831 e 1833, saíram de sua pena. Os títulos sempre chamativos: "Um brasileiro amante de sua pátria" ou "Os crimes da administração atual". Ele se dizia a encarnação do "verdadeiro brasileiro", amigo da liberdade, embora transitasse entre muitos comerciantes portugueses, caramurus, como ele.

Além de escrever, tomava conta do púlpito. Seus discursos combativos eram motivo de críticas. O número de setembro de 1831 de "O Americano – Jornal Político e Literário", por exemplo, ironizava suas falas de "duas horas e dez minutos", tempo que a Câmara poderia "aproveitar em trabalhos úteis", mas só se ouviam "termos acres e disposições vazias de interesse". Os insultos ao Ministro da Fazenda eram vistos como exemplos de "falta de delicadeza e disparates". Ele não teria "decência parlamentar" e, se não houvesse

oposição, suas opiniões já teriam levado aos “horrores de uma guerra civil”.

Afora as condenações à sua atuação agressiva, foi perseguido por antigos aliados moderados e exaltados. Era, então, chamado de “o corsário Acaiaba”, “Montezurra”, “chefe do partido restaurador”, “eunuco do serralho da Boa Vista” – o chefe sendo o amigo Bonifácio. Agiu no violento jornalismo da época pelo “O Catão” e “O Ipiranga”.

Parecia-lhe contraditório que alguém, exilado pelo Imperador, lutasse pelo seu retorno. Porém, o baiano não guardava ressentimentos

Kátia Tavares: Um ponto que me chamou a atenção em seu estudo foi essa relação com a imprensa ao longo de toda a vida de Montezuma. Nesse período, você destaca a chamada “imprensa mulata”, expressão utilizada à época para prestigiar homens afrodescendentes que se destacaram. Qual era a posição de Montezuma dentro desse caldo cultural e das disputas raciais então operantes?

Mary Del Priore: Esse foi um momento importantíssimo para a chamada “imprensa mulata”, que buscou ajustar os debates do dia a dia político à grande questão: Como adequar a nação brasileira a um corpo desigual de cidadãos? Os cidadãos negros livres sofriam com a ambiguidade de sua condição: livres, contudo, pretos. Muitas vezes, eram confundidos com cativos, estando sujeitos a toda forma de arbitrariedade. Apesar de terem os seus direitos reconhecidos pela Constituição, outorgada em 1824 pelo Imperador, mais lutavam pelo apagamento da cor da pele do que pela exaltação racial do mulato, como demonstrou a historiadora Hebe Mattos. Acreditaram que a liberdade aplacaria as diferenças.

Pipocavam os jornais. Surgiram “O Exaltado”, “O Homem de Cor”, “O Filho da Terra”, “O Brasileiro Pardo”, “O Cabrito”, entre outros títulos que privilegiavam a cor em suas páginas. Segundo eles, o “mestiço” era o símbolo da identidade brasileira. Propunham a integração e a valorização desse elemento na “construção de um ideal de povo cidadão em oposição ao domínio estrangeiro” – ao português, como enfatizava “O Carioca”. Mas ser “mulato” – termo empregado e naturalizado à época - era mais do que ser mestiço, e apresentar-se como jornalista tinha um sentido político espantoso. Daí que o espaço desses periódicos era usado para lutar contra discriminações. Em todos eles, os assuntos tratados eram a questão da liberdade, da igualdade e cidadania. Esses pontos norteavam a discussão política, embasavam as propostas de um trato responsável da coisa pública e visavam à federação como forma para se gerir melhor o poder indivisível do povo, explica a historiadora Gladys Sabina.

Mas ser “mulato” – termo empregado e naturalizado à época - era mais do que ser mestiço, e apresentar-se como jornalista tinha um sentido político espantoso.

Já a historiadora Ivana Stolze Lima sublinha outras questões: havia, sim, disputas políticas em torno dos termos raciais e seus significados políticos na construção da imagem ideal dos cidadãos do Império. Todos de acordo? Não, pois o "mulato" prestigiado não seria qualquer um, mas, sim, aquele liberal, culto, cristão, amigo da ordem, podendo ser militar ou funcionário público. Jamais, próximo do escravo. O liberalismo que encarnavam os tornava defensores do direito da propriedade, e o escravo era uma propriedade. Não por acaso, eles tinham os seus. Segundo a historiadora Christiane Laidler de Souza, esses homens formavam um grupo específico, inferior aos brancos livres, porém nem a cor nem o sentido de liberdade lhes dava coesão. Apenas os unia à desejada distância do cativeiro. E tudo indica ser essa a posição de Montezuma.

Kátia Tavares: Esse é um aspecto que ajuda a entender um pouco a contradição muito intrigante que a sua pesquisa faz emergir sobre a posição política e ideológica de Montezuma: a de abolicionista e, em mais de um momento, defensor da monarquia. Nessa fase, Montezuma chegou a criticar uma das principais repúblicas daquele tempo. Conte-nos um pouco mais dessa história.

Mary Del Priore: Era, de fato, uma época em que ele se encontrava muito temeroso da anarquia que as revoltas regenciais tinham acendido e aproveitava para defender a Constituição, atacando o regime republicano, implantado nos Estados Unidos, e lembrando que, no "nosso regime, os direitos do homem em sociedade eram muito mais respeitados". Segundo ele, a monarquia constitucional, "fundada no eterno Princípio da Igualdade perante a Lei", era o regime que oferecia "maiores garantias aos cidadãos", sempre desejosos de se verem livres de "odiosas divisões". Ele, sempre tão explosivo, agora defendia a moderação com unhas e dentes. Em um livrinho que publicou, intitulado "A liberdade das repúblicas", esclarecia os cidadãos sobre as delicadas relações entre o "Princípio conservador da liberdade" e as ideias de "ordem" e "tranquilidade do Estado". Logo, na página três de seu livro, ele exibe especial preocupação com as classes menos favorecidas:

> As monarquias bem constituídas são os governos mais liberais e protetores, particularmente das classes pobres e industriosas, e menos sujeitos a preconceitos contra a igualdade natural dos homens, do que as repúblicas, onde não só se acreditam e tomam substância as distinções sociais, como os preconceitos de classe são menos generosos, completamente intolerantes e atrozes.

Alegava que, nos Estados Unidos, como "em nenhuma outra parte", havia distinções das "mais caprichosas e sensíveis". Distinções que contrariavam a Declaração de Independência americana, segundo a qual todos os homens haviam sido criados em igualdade e "dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade". Todavia, os tais direitos não eram para todos. A distância entre a república e os seus cidadãos republicanos podia ser imensa. Ele botava o dedo

na ferida: em vários estados da federação, somente os "brancos" podiam tornar-se "eleitores e membros do Corpo Legislativo". Na Virgínia, se qualificava quem deveria "ser considerado homem de cor, declarando-se que o é todo aquele de quem se provar descender até o quarto grau de preto ou preta". Denunciava casos de homens e mulheres "negros" que, ao irem parar nos tribunais, eram julgados sem a presença de um júri!

Segundo Montezuma, em muitas regiões, não se permitia "à gente de cor", mesmo quando "livre e bem-educada", comer com os "brancos" em locais, como as casas de pasto, por exemplo.

Segundo Montezuma, em muitas regiões, não se permitia "à gente de cor", mesmo quando "livre e bem-educada", comer com os "brancos" em locais, como as casas de pasto, por exemplo. A lista de constrangimentos era interminável. E, aos olhos de muitos brasileiros negros e pardos livres, tal realidade deveria beirar o absurdo. Afinal de contas, a Constituição Imperial não comportava nenhum critério de base étnico-racial que diferenciasse os descendentes de africanos de qualquer outro cidadão. Ainda que os negros e mestiços já libertos não pudessem ter acesso aos denominados "direitos políticos", não havia nenhum impedimento para que seus filhos e netos viessem a desfrutá-los, caso possuíssem renda para tanto. Como bem sublinhou o historiador Castro Júnior, Montezuma pretendia demonstrar que os regimes, então ditos republicanos, davam espaço às "distinções sociais", "intolerantes" e "atrozes". Sem usar a palavra que então não existia, ele acusava os Estados Unidos de racismo.

Esse foi um dos muitos argumentos que Montezuma empregou para combater as hierarquias de cor entre a população livre do império. Julgava-as intoleráveis. Argumentava, no entanto, como alguém instalado na elite. Elite constituída por um pequeno círculo de poder, composto por indivíduos que não apenas se viam como "brancos", mas que também eram enxergados como tais pelo sucesso que tinham alcançado. Montezuma acreditava que a monarquia constitucional e a meritocracia podiam se dar as mãos no caminho de um império sereno e cidadão para todos. Menos para os escravos, que aliás, possuía.

Kátia Tavares: E, no interior do corpo burocrático do Governo de Regência, quais foram os feitos de Montezuma?

Mary Del Priore: Entre 1837 e 1840, durante a Regência de Feijó, indicado como Ministro da Justiça e dos Negócios do Interior, Montezuma fez muito. Frente a tremenda revolta que rebentara no Rio Grande do Sul, empregou esforços e ofereceu anistia aos farroupilhas – afinal, conhecia bem Bento Gonçalves. Policiou, dentro da lei, os atos dos foragidos da luta armada no Rio Grande do Sul. Seu objetivo: restabelecer a tranquilidade pública e arrancar a semente revolucionária que parecia enraizada. Enfrentou eficiente oposição parlamentar, na qual tempestuosos debates perturbavam as sessões. Ouviu insultos e injúrias pessoais. Estabeleceu a detenção por três dias das embarcações portuguesas,

para vistoriá-las e impedi-las de traficarem escravos. Trabalhou ativamente, dando ordens e ditando normas ao juiz desembargador chefe de polícia, mandando apurar queixas que lhe chegassem até mesmo nos domingos, dias santos e de galas. E avisava: deviam ser entregues "na casa de minha residência na Rua do Rio Comprido".

Atento à mobilidade social dos libertos, cuidou da fixação de um salário-mínimo, quando continuassem trabalhando para os seus ex-senhores. Mas o homem e o jurista se revelaram genuinamente, quando mandou processar certa Dona Umbelina, moradora na Rua dos Arcos, e todos aqueles que maltratassem escravos. Ou quando proibiu os juízes de paz de açoitarem escravos contra os quais não havia sentenças passadas. Ao mesmo tempo, denunciava violentamente o "vício ou insuficiência da legislação" nos processos que envolviam cativos.

Kátia Tavares: Realmente, uma figura instigante com posicionamentos conflitantes. Já, no Segundo Reinado, como foi a atuação de Montezuma e qual a sua relevância histórica?

Batalha dos Farrapos – J. Wasth Rodrigues

Mary Del Priore: Bom, sua influência começou já na transição. Padre Feijó renunciou à regência e foi substituído por Araújo Lima. Os anos seguintes foram ingratos para Montezuma. Não se reelegeu para o triênio 1834-1837, contudo, de 1838 a 1841, integrou a oposição do novo partido liberal à regência conservadora de Araújo Lima e se empenhou em um novo momento político: o da campanha pela maioridade de D. Pedro II.

O povo andava inquieto e insatisfeito. A autoridade do Regente era contestada. No Parlamento, gritaria de deputados. Nas ruas, os artigos de jornais assustavam os espíritos. Nascia a sedutora ideia de declarar imediatamente a maioridade de D. Pedro II. O Partido Liberal abraçou a causa. O projeto se alastrou pelo país, conquistando corações e mentes. Fundaram-se associações. Em 1840, foi criada a Sociedade Promotora da Maioridade, que tinha Montezuma como um dos seus fundadores e que logo passou a se chamar "Clube da Maioridade". A primeira reunião dessa Sociedade ocorreu na casa do jornalista e escritor, José de Alencar. Seus membros eram todos progressistas, em oposição aos que estavam

no governo, os regressistas. Com esse título, a campanha ganhou a Câmara e o Senado. Buscava-se intermediários que pudessem se comunicar com o jovem D. Pedro II.

Na Câmara dos Deputados, Montezuma se envolveu com debates em tão alta voltagem que beiravam a violência física. Não abandonava a tribuna, cuspindo violentos discursos em favor da maioridade. E via, nas ruas e praças vizinhas do prédio, ondas de gente dando vivas à ideia. A proposta do Senado era a de que, no dia do aniversário de 15 anos do jovem Imperador, 2 de dezembro, se lhe entregassem o governo. Entretanto, o clima, dentro da Assembleia, e os populares pelas ruas não queriam adiar nada. Votou-se a proclamação imediata da maioridade, e foi enviado ao palácio de São Cristóvão uma deputação encarregada de lhe solicitar que assumisse suas funções. Perguntado se aceitaria, o jovem respondeu: "Quero já!". No dia 23 de julho de 1840, D. Pedro II prestou juramento e assumiu o governo. Saudações populares explodiram dentro e fora do Paço do Senado. Começava uma nova fase, e era o fim das regências. Durante três dias e três noites, multiplicaram-se estrondosas festas públicas e particulares, *te-déuns* nas igrejas, iluminações brilhantes, passeatas do povo acompanhadas de música. O príncipe moço, antes mesmo de reinar, já era adorado.

A coroação de D. Pedro II – François René Moreaux
Museu Imperial - Iphan

Ao mesmo tempo que agitava o Clube da Maioridade, Montezuma se envolveu com a fundação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, uma verdadeira "ilha de letrados de elite". A elite era composta por um grupo moderado, que apostava na monarquia constitucional como forma de governo, tinha horror da anarquia e da fragmentação do país ou do retorno ao absolutismo. Seu liberalismo era uma mistura de modernismo burguês com democracia. Ali, Montezuma brilhava em uma pequena corte que, inspirada no Romantismo alemão, buscava pensar a identidade nacional. Seus membros se dedicavam a criar uma história que

exaltasse a pátria, que educasse pelos exemplos do passado e que garantisse que, no Brasil, se formasse uma nação no caminho do progresso e da civilização. Para além das boas intenções, havia também o interesse em preservar a grande propriedade, o voto censitário, o padroado e a abolição da escravidão que, quando tratada nos artigos da revista do Instituto, se mostrava "evolutiva". Nada de rupturas.

Membro muito ativo do Clube da Maioridade, em 1837, Montezuma ganhou como recompensa o cargo de Ministro Plenipotenciário do Brasil na Inglaterra, que exerceu por nove meses. Só o deixou por discordâncias com o poderoso titular da pasta dos Negócios Estrangeiros, Aureliano de Souza Coutinho, conservador que tinha a estima e a confiança de D. Pedro II. As tensões entre os dois políticos tinham antecedentes. Montezuma fora escolhido para saudar o jovem imperador na Câmara, quando de sua primeira visita à casa. Não mostrou seu discurso a ninguém e... Ele era quem era. E, por isso, em vez de saudar o Imperador, preferiu criticar, de forma deselegante e desbocada, o governo da regência conservadora que findava. A tal "oração" de congratulatória virou acusatória! Um escândalo. Deputados melindrados contiveram-se para não lavrar protestos contra o abuso. Choveram reclamações. Aureliano era um dos atingidos e dos mais ressentidos.

Segundo seu biógrafo, enquanto esteve em Londres, foi prestigiado pelo Primeiro-Ministro Lord Palmerston e pelo Príncipe Consorte, Alberto. Não se sabe se teria sido empurrado para lá por seu colega de exílio, Antônio Carlos de Andrada, que, depois de passar de conservador a liberal, tornou-se Ministro do Império em um gabinete, onde encontrou todo o tipo de críticas. Reza a lenda que Montezuma encaminhou, com extrema habilidade, as questões do pagamento da dívida pública do Brasil, consolidou novos tratados comerciais, negociou a questão de fronteiras com a Guiana, apoiou a repressão inglesa ao tráfico de africanos para o Brasil, entre outras atividades. Afinal, sabemos o quanto era irrequieto e curioso**.**

Kátia Tavares: E, mesmo depois de suas participações nas revoltas, mudanças e de dois exílios, esse ainda não era o fim da história de Montezuma? A história ainda lhe reservaria um lugar de destaque em prol da advocacia, certo?

Mary Del Priore: Sim. Ao retornar ao Brasil, abandonou o partido liberal e passou a agir de forma totalmente independente. Na política, eram tempos difíceis. As eleições eram marcadas pela presença de grupos armados, dirigidos por policiais disfarçados, que quebravam urnas, rasgavam cédulas e afugentavam votantes. A luta entre liberais e conservadores estava cada vez mais renhida. Apesar da estabilidade da monarquia, a instabilidade ministerial era assustadora. Revezaram-se, à frente do Executivo, 37 gabinetes, constatando-se permanência média no poder de pouco mais de um ano para cada uma das formações governamentais. Mais uma vez, Montezuma soube escolher seu caminho.

O exercício da advocacia passou a lhe ocupar, lustrando-lhe ainda mais o nome. Em junho

de 1843, colocou de pé a ideia que alimentava há muito: uma associação que congregasse advogados. Nascia o Instituto da Ordem dos Advogados (IAB) do Brasil, com sede na Rua do Cano. Tinha um programa: colaborar com o governo e o poder legislativo, reformar o Código Criminal, elaborar um outro, Comercial. Mas, sobretudo, formular projetos para o país. O artigo segundo dos estatutos do Instituto preconizava como um dos seus prioritários objetivos a criação do capítulo brasileiro da Ordem dos Advogados. Porém, enquanto para entrar no Instituto exigia-se a formação acadêmica, a Ordem dos Advogados, a quem efetivamente incumbiria dar o aval para o exercício da profissão, sofreu uma grande oposição dos "práticos" do Direito, os chamados "rábulas", também identificados mais tarde como "provisionados", pessoas que, sem o diploma universitário, mas tendo conhecimentos, recebiam uma "provisão", autorizando-os a advogarem.

Kátia Tavares: Como foi a atuação dele como presidente do IAB? A política era mesmo o seu destino?

Mary Del Priore: Em 1850, Montezuma, como presidente do IAB, tentou passar um projeto, aprovando a futura OAB. Ele foi sancionado no Senado, todavia a Câmara dos Deputados vetou. Razões? Não se sabe. Exerceu a presidência do IAB de 1843 até 1850, quando renunciou por considerar incompatíveis essas funções com o posto de Conselheiro de Estado. Manteve-se, entretanto, como Presidente de Honra do Instituto.

Mas Montezuma não conseguiu se manter fora da política. Voltou em 1847 à Assembleia Provincial fluminense, na qual saiu no tapa com um brigadeiro, seu desafeto. A partir de 1848, começou a tentar uma indicação para o Senado, pois, da lista tríplice de indicados, o Imperador D. Pedro II escolhia um. Dirigiu ao Imperador um dossiê, apresentando seus feitos e realizações. E sobre sua indicação para o Senado pela Bahia, Hélio Vianna reproduz uma deliciosa anedota:

"[Montezuma] morava numa magnífica casa com grande chácara no Rio Comprido, na Rua Malvino Reis, uma bela residência. O imperador ouviu falar muito da casa do visconde e, uma vez indo a Montezuma ao Paço, D. Pedro disse-lhe que ouvira falar da sua 'bela residência'".

"O imperador ouviu falar muito da casa do visconde e, uma vez indo a Montezuma ao Paço, D. Pedro disse-lhe que ouvira falar da sua 'bela residência'".

Com o desembaraço habitual, Montezuma teria lhe respondido:

"Vá, Vossa Majestade, lá almoçar e poderá ver que, se não é digna de receber Vossa Majestade, é, entretanto, confortável para um homem como eu."

O Imperador aceitou o convite e, no dia marcado, foi almoçar.

Na mesa, ao longo da conversa, D. Pedro perguntou-lhe: "O sr. é fatalista?"

Resposta: "Sem dúvida, e tenho motivos para o ser".

“Quais são?”

“Olhe, a primeira vez que meu nome veio à Vossa Majestade para ser senador, ao voltar do sertão da Bahia, onde fui pleitear a eleição num sítio próximo da capital, o cavalo em que montava tropeçou e eu caí. V.M não me escolheu. Pela segunda vez, deu-se o mesmo fato, e V.M ainda desta não escolheu meu nome. Pela terceira vez deram-se as mesmas ocorrências e V.M me escolheu.”

“Mas onde está a fatalidade?”, perguntou o Imperador.

“É que V. M havia de me escolher, quer quisesse, quer não.”

“Mas onde está a fatalidade?”, perguntou o Imperador.

“É que V.M havia de me escolher, quer quisesse, quer não.”

Para ocupar o Senado, renunciou à presidência do Instituto dos Advogados do Brasil e tornou-se cada vez mais autônomo. Foram esses anos importantes para o político que, desde 1831, lutava pelo fim do tráfico de escravos. Enquanto, graças ao poder moderador, D. Pedro II manobrava a elite agrária, e, desta forma, foi votada, em 1850, a lei do Senador e Ministro Eusébio de Queirós, proibindo o tráfico. Sempre ativo, em 1865, Montezuma apresentou vários projetos para a extinção gradual da escravidão e, no mesmo ano, traduziu e dedicou ao clero brasileiro uma “Carta do Bispo de Orleans à sua diocese”, sobre o mesmo tema. Em 1871, foi aprovada uma proposta do Senador Visconde do Rio Branco que declarava livres todos os filhos de escravas, nascidos a partir de então. Em 1885, entrou em vigor uma lei, sugerida pelo Senador José Antônio Saraiva, concedendo a alforria a todos os cativos com mais de 60 anos. As normas entraram para a história como Lei Eusébio de Queirós, Lei do Ventre Livre e Lei dos Sexagenários.

Para ocupar o Senado, renunciou à presidência do Instituto dos Advogados do Brasil e tornou-se cada vez mais autônomo.

Montezuma também publicou trabalhos econômicos e sobre finanças. Estudava e trabalhava incansavelmente em sua seleta biblioteca de 4.250 volumes, só saindo dela para tomar o cupê ou a vitória para ir ao Senado ou visitar um amigo. Às vezes, fugia para sua casa de veraneio, no Alto da Boa Vista, onde se isolava totalmente, e, como dizia, “mas gozando um bom clima, tomando meus banhos de Capacival, deitando-me cedo, e somente saindo deste retiro e pacífico modo de vida para satisfazer meus deveres de conselheiro de Estado”.

Segundo Hélio Vianna, em 1854, D. Pedro II resolveu distribuir títulos a todos os Conselheiros de Estado. Assim, deu a Montezuma o de Visconde de Jequitinhonha, com honras de Grande do Império e Conselheiro de Estado. Não faltou quem visse malícia na escolha do nome do rio que, em língua indígena, quer dizer “folha fedorenta”. Seu brasão trazia os signos da mestiçagem: a Cruz de Santo André, um índio nu, apoiado em um tacape, uma mangueira e três cabeças de leopardo africano. Seu papel de carta usava brasão mais sim-

ples: cinco flores de lis e uma sereia com um espelho na mão. Iemanjá? Machado de Assis, que o conheceu, assim o descreveu no outono da vida: “Um dia vi ali aparecer um homem alto, suíças e bigodes brancos cumpridos...[..] um tipo de velhice robusta”.

Homem de gênio arrebatado nas discussões parlamentares, falava sem pensar e, por mudar de ideias ao sabor das circunstâncias, teria feito o marquês do Paraná exclamar: “Esse preto não se vende, aluga-se!”.

Contou um contemporâneo que Montezuma amava estar sob holofotes e na mira de comentários. Quando era um pouco esquecido, escrevia ele mesmo artigos anônimos em que fazia acusações contra sua pessoa para, no dia seguinte, o Visconde de Jequitinhonha poder responder. Convalescente de uma doença, fez um amigo mandar rezar um Te-Deum com grande pompa na Igreja de São Francisco de Paula pelo seu restabelecimento. Mas não, sem antes, para ter a igreja lotada e mandar avisar a todo mundo. Homem de gênio arrebatado nas discussões parlamentares, falava sem pensar e, por mudar de ideias ao sabor das circunstâncias, teria feito o marquês do Paraná exclamar: “Esse preto não se vende, aluga-se!”.

Kátia Tavares: E como foram, afinal, os seus últimos dias?

Mary Del Priore: No fim de sua vida, D. Pedro II o tinha como um de seus mais notáveis conselheiros, como atestam as anotações feitas pelo Imperador no decorrer das sessões do Conselho de Estado. Podemos afirmar que ele teve uma participação muito maior que José Bonifácio, o que não se reconhece esse fato historicamente. Como diria sobre ele Machado de Assis, foi com sua “feição particular, metade militante, metade triunfante, um pouco de homem, outro pouco de intuição” que ele atravessou cenários bem diversos, amarrando seu destino às tramas e dramas da vida política do Império. A 15 de fevereiro de 1870, às 5h30 da manhã, poucos dias antes de terminar a Guerra do Paraguai e depois de alforriar suas escravas, Helena e Maria Lucrécia, Francisco Gê Acaiaba de Montezuma descansou. Fechava os olhos um negro, chamado de “mulato”, que se formou em Coimbra e participou diretamente da Independência, que foi exilado, viajou por inúmeros países da Europa, que foi jornalista atuante, fundador do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores, Ministro Plenipotenciário do Brasil na Inglaterra, Conselheiro do Imperador, Senador e Visconde com grandeza. Francisco Gê Acayaba de Montezuma foi alguém que, com absoluta independência, viveu intensamente a aventura de ser ele mesmo!

Francisco Gê Acayaba de Montezuma foi alguém que, com absoluta independência, viveu intensamente a aventura de ser ele mesmo!

UMA RESENHA SOBRE A MESTIÇAGEM NO BRASIL

Kátia Rubinstein Tavares[1]

Ao querido amigo e mestre, Tecio Lins e Silva, baluarte da advocacia criminal, que sempre nos inspira ao debate dos mais relevantes temas sobre a construção da identidade nacional.

Há mais de 115 anos, morria Joaquim Maria Machado de Assis (29 de setembro de 1908). Em sua certidão de óbito constou a informação de que sua cor era "branca", embora as referências históricas e visuais registrassem a evidência de sua ancestralidade mestiça. A partir dessa observação, admite-se um amplo espectro de debate sobre como Machado de Assis se autoidentificava, embora não existam documentos seguros acerca desta identificação. Da mesma forma que não existe documentação a respeito da discussão racial atribuída àquele que é considerado o maior escritor brasileiro de todos os tempos.

O objetivo deste trabalho é compreender como a questão racial perpassou inúmeras gerações, até se tornar uma bandeira importante de afirmação da identidade negra.

Para assumir esse desafio, buscaremos aprofundar as propostas discutidas no livro *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra* do professor e antropólogo, Kabengele Munanga[2], uma importante referência no âmbito das discussões das relações raciais no Brasil.

A obra se dedica a desfazer as ambiguidades dos caracteres biológicos, ao privilegiar o olhar sobre os fatores sociais, psicológicos, econômicos e político-ideológicos relacionados aos símbolos da identidade brasileira, no contexto histórico da humanidade e das ideologias atribuídas à mestiçagem. Trata-se de um livro fundamental tanto para reflexão de professores e historiadores, quanto pelos juristas interessados em compreender como se dão as relações inter-étnicas no Brasil - sintoma que tem repercussão em todas as esferas - sejam econômicas, sociais, políticas ou culturais.

Nesse livro, Munanga desenvolveu o seu estudo, a partir do enfoque de notáveis autores em diversos campos do conhecimento[3]. Ele analisa como inúmeros pensadores europeus, considerados clássicos e inatacáveis em seus currículos, defenderam as teorias racistas, ainda que de forma disfarçada. Além disso, ele analisa as ideologias defendidas por intelectuais europeus que marcaram a discussão sobre as relações raciais, sobre como

[1] Advogada Criminalista, Diretora de Publicações di IAB e Doutora pela UERJ em Políticas Públicas e Formação Humana.

[2] MUNANGA, Kabengele. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: Identidade nacional versus identidade negra. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
Kabengele Munanga nasceu na República Democrática do Congo (antigo Zaire), em 1942, e naturalizou-se brasileiro aos 43 anos. É Professor titular do Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, onde se doutorou em 1977, realiza pesquisas nas áreas de Antropologia África e na Antropologia da População Afro-Brasileira. Escreveu, entre outras obras, Negritude: usos e sentidos (1986) e Estratégias e Política s de combate à discriminação racial (1996).

[3] Utiliza-se o termo "identidade nacional" entre aspas por considerarmos que a construção desta no Brasil foi elaborada por uma elite intelectual, política e socialmente engajada que privilegiava as teorias raciais europeias para legitimar a hegemonia da raça branca sobre as demais.

os filósofos do iluminismo consideravam o mestiço um ser anômalo incapaz ou degenerado, cujo estudo fica restrito à lei da hereditariedade.

Munanga procura frisar ainda que, para os pesquisadores do racismo, o desenvolvimento das culturas dependia da pureza da raça, dentro de uma perspectiva histórica dos séculos XIX e XX. Nas publicações de autores que partilharam do pensamento da Ku-klu-x-kan, por exemplo, a tese defendida é a de que a futura população americana resultante do cruzamento com os elementos estrangeiros perderá o caráter harmonioso e estável que possuía até então. Alguns desses autores afirmaram que tal desarmonia daria origem a todos os tipos de males sociais (e de imoralidade), tais como os abusos do álcool e tabaco, a falta de religião, a pressa descontrolada, a pornografia, a irritabilidade excessiva, entre outros.[4]

Munanga revela, por fim, como a mestiçagem foi considerada uma ideologia nazista e colonialista, em especial nos anos trinta do século XX. A primeira, com base na teoria racial de Hitler, teve como consequência "a esterilização forçada desde 1933 de todos os mestiços nascidos na Alemanha, decorrência das relações entre negros e brancos, em particular os mais de 900 atiradores senegaleses, magrebinos e malgaches estabelecidos após a primeira guerra na margem esquerda do Reno." [5] Também, na França houve a disseminação de uma ideologia de mestiçagem colonialista de cunho estritamente político e pedagógico, a partir de 1936. Tal ideologia denominada "'mestiçagem cultural', então designada também de 'síntese cultural' e de 'cultura euro-africana', provocou uma grande reação dos sujeitos da mestiçagem, isto é, a primeira geração de intelectuais, educadores e funcionários africanos." [6]

A partir dessa contextualização, Munanga apresenta o estudo de como se estruturou na formação do pensamento brasileiro uma ideologia do embranquecimento – teoria esta que, posteriormente, contribuiu para a reprodução do "mito da democracia racial brasileira".[7] Em sua obra, Munanga afirma que os intelectuais, desde a primeira República, influenciados pelo determinismo biológico, "acreditavam na inferioridade das raças não brancas, sobretudo a negra, e na degenerescência do mestiço" [8], pois ao abordarem a questão da mestiçagem enfrentada no final do século XIX, os escritores brasileiros tomaram o pensamento dos cientistas ocidentais, europeus e americanos, como referência.

O fim do sistema escravista, no Brasil, conforme assinala o autor, introduz para os pensadores brasileiros uma questão até então crucial: a construção de uma nação e a formação de uma identidade nacional. Toda a preocupação da elite, que estava ancorada nas teorias racistas da época, diz respeito à influência negativa que poderia resultar da herança "inferior" do negro nesse processo de formação da identidade étnica brasileira.[9]

4 MUNANGA, Kabengele. Rediscutindo…, 1999, p. 40.
5 Ibidem, p. 45.
6 Ibidem, p. 46.
7 A hipótese de democracia racial passou a ser criticada e refutada por alguns estudos desenvolvidos no âmbito do Projeto UNESCO, sobre as relações raciais no Brasil e, com mais veemência, por Florestan Fernandes em estudos subsequentes. Para Fernandes, a democracia racial brasileira não passa de um mito. Cf. FERNANDES, Florestan. Significado do protesto negro. São Paulo: Cortez, 1989.
8 MUNANGA, op. cit., p. 52.
9 Ibidem, p. 51.

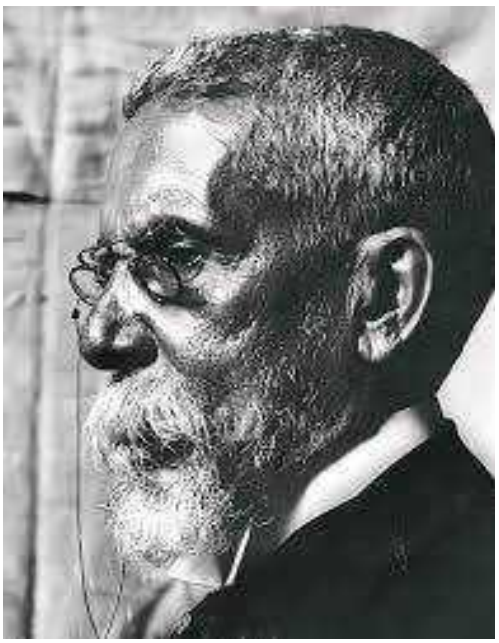
Com relação aos intelectuais brasileiros, Munanga destaca o pensamento dos principais autores: Sílvio Romero, Euclides da Cunha, Alberto Torres, Manuel Bonfim, Nina Rodrigues, João Batista Lacerda, Edgar Roquete Pinto, Oliveira Viana. Muitos deles, com raras exceções, estavam profundamente influenciados pelo determinismo biológico e acreditavam na inferioridade das raças não brancas, principalmente, a negra.

Dentre os intelectuais que disseminavam ideias pessimistas em relação ao futuro da nação alicerçado na mestiçagem, ainda, se destaca Nina Rodrigues - que considerava os negros e índios como incapazes, cuja responsabilidade penal deveria se atenuada, adotando uma concepção de diferenciação na legislação penal brasileira quanto à raça branca superior.[10] Em relação aos mestiços, importar sublinhar que Nina Rodrigues vai classificá-los em três categorias: "o mestiço tipo superior, inteiramente responsável; o mestiço degenerado, parcial e totalmente irresponsável; o mestiço instável, igual ao negro e ao índio, a quem se poderia atribuir apenas uma responsabilidade atenuada." [11] Para Euclides da Cunha "o mestiço, traço de união entre raças," era quase sempre um desequilibrado, decaído, sem a energia física dos ancestrais selvagens (negros) e sem a atitude intelectual da raça "superior" (branca)[12]. Ambos consideravam o mestiço um degenerado, física e culturalmente.

O episódio do falecimento de Machado de Assis explica bem os sintomas abordados nesta resenha. O jornalista e escritor José Veríssimo (1857-1916), um mês após a sua morte, publicou um obituário, no Jornal do Commercio, cujo teor constava: "mulato, foi de fato um grego da melhor época." Tal referência provocou uma grande reação contrária entre os intelectuais e jornalistas à época. De tal forma que o abolicionista Joaquim Nabuco (1849-1910) enviou uma missiva a Veríssimo solicitando que ele retirasse o termo "mulato". Para ele, o Machado era branco, e embora tivesse "o sangue estranho", em nada modificava sua etnia caucasiana, por fim, concluiu sua impressão: "só vi nele o grego." [13]

Na mesma perspectiva, há um outro registro histórico no livro *Machado de Assis: Estudo comparativo de literatura brasileira*, publicado em 1897 pelo crítico Sylvio Romero (1851-1914). Nele o escritor se refere a Machado tal como um genuíno representante da sub-raça brasileira cruzada, "é um brasileiro em regra, um nítido exemplar dessa sub-raça americana que constitui o tipo diferencial de nossa etnografia, e sua obra inteira não desmente a sua fisiologia […]. Com certeza não o molesto, falando assim; e não pode ser por outro modo."[14]

[10] Ibidem, 56.
[11] Ibidem, p. 56.
[12] Ibidem, p. 57.
[13] VEIGA, Edson. O que a negritude de Machado de Assis diz sobre como Brasil lida com racismo. BBC *News* Brasil, Bled (Eslovênia), 28 setembro 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cl7xvyz1eyro. Acesso em: 29 set. 2023.
[14] Ibidem.



Machado de Assis

Conforme afirma Munanga: "O negro era o componente da raça inferior. Na tríade da mestiçagem, o português, apesar de demonstrar que já era mestiço, não deixa de ser a raça superior, aristocrática"[15]. Nesse debate intelectual nacional, como já mencionado, buscou-se fundamentalmente compreender como se poderia converter essa pluralidade de raças e mesclas, ainda de culturas e valores civilizatórios tão diferentes e, também, de identidades tão diversas, numa única nação – em síntese, em uma "identidade nacional". [16]

O importante a ser destacado, na obra de Munanga, é a compreensão de como se formou uma ideologia que converge para o discurso da democracia racial no Brasil, a partir da proclamação da República. Segundo o autor, foi Gilberto Freyre quem provocou a discussão acadêmica sobre esse tema, com a obra *Casa-grande e senzala*, embora não tenha adotado o conceito da democracia racial em seus escritos.[17] Além disso, o seu discurso se tornou uma referência de um ideal de relação interracial, já que inspirava a imagem de uma falsa democracia racial num contexto mundial de guerra em que o racismo foi o elemento determinante de batalhas ideológicas, militares e civis.

Neste livro clássico, Gilberto Freyre estabeleceu as bases para a consolidação da ideia de um padrão supostamente harmônico das interações raciais no país. Além disso, tentou romper com a ideologia racial discriminatória prevalente, considerando com otimismo a mestiçagem brasileira [18], que, ao contrário do sustentado por Nina Rodrigues e outros, era vista por ele como uma vantagem imensa.

Em outras palavras, ao transformar a mestiçagem num valor positivo e não negativo sob o aspecto da degenerescência, Freire desloca a discussão do conceito biológico e

[15] MUNANGA, op. cit., p. 56.
[16] Ibidem, p. 48.
[17] FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. Rio de Janeiro: Record, 2000.
[18] MUNANGA, op. cit., p. 79.

de raça para o eixo cultural.[19] Nesse sentido, afirma Munanga: que no livro *Casa-grande e senzala*, Freyre "consolida o mito originário da sociedade brasileira configurada num triângulo cujos vértices são as raças negra, branca e índia. Foi assim que surgiram as misturas. As três raças trouxeram também suas heranças culturais paralelamente aos cruzamentos raciais, o que deu origem a uma outra mestiçagem no campo cultural."[20]

Assim, desse discurso baseado na dupla mestiçagem biológica e cultural entre as três raças originárias fez surgir o "mito da democracia racial", tendo havido uma penetração profunda na sociedade brasileira, pois, segundo Freyre, a miscigenação teria gerado um povo sem preconceito.

Munanga conclui que o mito da democracia racial glorifica uma concepção de convivência harmoniosa entre os indivíduos das camadas sociais e dos grupos étnicos, ao encobrir os conflitos raciais, possibilitando a todos se reconhecerem igualmente como brasileiros. Contudo, segundo a reflexão do autor tal dissimulação impede que as comunidades subalternas tenham consciência de suas características culturais e singulares para a construção e expressão de sua identidade própria.

Finalmente, cabe salientar, como uma espécie de descoberta pessoal realizada após a leitura da obra que resultou nesta resenha, a relevância da tela de Modesto Brocos,[21] premiada em 1895, com medalha de ouro no Salão Nacional de Belas Artes, intitulada "A Redenção de Cam", posta em destaque no trabalho.

[19] Ibidem, p. 78.
[20] Ibidem, p. 79.
[21] A Redenção de Cam. In: ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura-Brasileiras. São Paulo: Itaú Cultural, 2019. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra3281/a-redencao-de-cam>. Acesso em: 17 de Set. 2019. Verbete da Enciclopédia. ISBN: 978-85-7979-060-7.

Importa registrar que a criança branca ocupa o centro da tela, e para a qual convergem os olhares do pai branco e da mãe mestiça, expressando uma espécie de vitória da "raça" (caucasiana) pensada como superior e resultante de um processo de "purificação". A figura da negra, por sua vez, que aparece à esquerda, se apresenta como o lugar de origem apontado pela mãe à criança. Como se pode verificar, a ideologia do branqueamento se insinua nessa pintura como suporte de legitimação de um projeto político, que aposta na exclusão da presença dos negros na constituição da sociedade brasileira, naquele momento inicial de sua história republicana.

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS E A FUNDAÇÃO DA OAB

Paulo JB Leal[1]

Neste ano, em que o Conselho Federal da OAB completa noventa anos de existência, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) comemorará seus cento e oitenta anos. Contemporâneo do jornal "Gazeta dos Tribunaes", dirigido pelo Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão[2], que circulou entre 10 de janeiro de 1843 e 29 de dezembro de 1846, com a finalidade de acompanhar e divulgar o desenvolvimento do Direito e da jurisprudência no Brasil, o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) é a entidade jurídica não estatal mais antiga das Américas.

Impresso na gráfica de Francisco de Paula Brito[3], o "Gazeta dos Tribunaes" iniciou suas atividades, circulando nas segundas e sextas-feiras com o seguinte lema: "*On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois*".[4] Já, na primeira edição, ao fazer resenha do estado da justiça, o seu editorial lamentou a falta de êxito na tentativa de Caetano Alberto Soares[5] e José Maria Frederico de Sousa Pinto de criarem uma associação de advogados no Brasil.

Nessa época, com expressivo número de bacharéis, oriundos de Coimbra em Portugal e das Faculdades de Direito, criadas por D. Pedro I em 11 de agosto de 1827, em Olinda (PE) e São Paulo (SP), era preciso organizar e disciplinar o exercício da advocacia. Foi por esse motivo que a Gazeta publicou, em 16 de maio de 1843, os estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, cujo objetivo era promover a criação de uma instituição similar a essa no Brasil.

A iniciativa deu resultado. Em 09 de junho, a Gazeta trouxe a notícia da realização da "(...) reunião de distintos advogados brasileiros nesta corte, com o fim de organizarem uma associação, como outrora alguns deles tinham projetado, mas que não foi avante por motivo de certas suscetibilidades inteiramente estranhas". O jornal também dava conta de que havia sido formada uma comissão[6], com a missão de apresentar o projeto de estatutos para a associação.

---

[1] Representante institucional do IAB no RS. Presidente da Comissão Augusto Teixeira de Freitas de Pesquisa, Documentação e Coordenação do Centro de Memória do IAB.

[2] Nascido em Lisboa e formado na Faculdade de Direito de Coimbra, o Conselheiro Aragão foi Intendente Geral de Polícia no Rio de Janeiro, entre 1824 e 1827. Em 1829, foi nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal de Justiça.

[3] Homem negro, nascido em 02 de dezembro de 1809 e falecido em 05 de dezembro de 1861, Francisco de Paula Brito fundou a Tipografia Fluminense de Brito & Cia., que ficou conhecida como "a fábrica de jornais e pasquins" desse período brasileiro.

[4] "Não podemos prescindir de jurisprudência mais do que leis". Posteriormente, no lugar desse lema, o jornal passou a estampar a seguinte frase: "Juízos e factos judiciaes do foro e da jurisprudência".

[5] O papel de Caetano Alberto Soares, na história do IAB, será objeto de estudos em texto, no qual logo darei notícias sobre Augusto Teixeira de Freitas e seus algozes.

[6] Os nomes dos integrantes dessa comissão não foram divulgados.

Elaborado com apenas oito artigos, a proposta estipulava que o Instituto seria administrado por um presidente, um tesoureiro e um conselho diretor de doze membros e com mandato de dois anos, exceto o secretário, que seria de quatro anos (art. 3.º), para "organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da ciência e da jurisprudência" (art. 2.º).

Na sequência, em 18 de agosto, a Gazeta noticiou que o Imperador D. Pedro II havia deferido pedido dirigido por diversos advogados da Corte e determinado, pelo aviso de 07 de agosto de 1843, que a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça aprovasse os estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros.[7]

Nessa oportunidade, foi publicada nota, assinada por Luiz Fortunato de Brito Abreu Sousa Menezes, Caetano Alberto Soares, José Maria Frederico de Sousa Pinto, Antônio Pereira Pinto, Augusto Teixeira de Freitas, José Thomaz de Aquino e Josino do Nascimento Silva[8], convidando os "bacharéis formados em Direito, advogados, para comparecerem segunda-feira, 21 do corrente, na Rua dos Barbonos nº 66, às 4 horas da tarde, a fim de nomearem o presidente, tesoureiro, secretário e Conselho Diretor do Instituto dos Advogados Brasileiros".

Assim, em 21 de agosto de 1843, 26 bacharéis elegeram Francisco Gê Acayaba de Montezuma Presidente[9]; Josino do Nascimento Silva, Secretário; e Nicolau Rodrigues dos Santos França Leite, Tesoureiro[10], consumando a fundação da entidade. Em agradecimento pelos serviços prestados na consecução dessa tarefa, os membros da assembleia nomearam o Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão[11] Presidente Honorário do Instituto, cargo que ocupou até sua morte, em 10 de junho de 1847.

Posteriormente, em sete de setembro de 1843, às 09h30min, com a presença do Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, do Ministro de Estrangeiros, do Ministro da Marinha, do Presidente Honorário, de membros do corpo diplomático, de integrantes do Poder Legislativo, de magistrados e cidadãos, na sede do Colégio Pedro II, foi instalado o Instituto dos Advogados Brasileiros[12], fato entusiasticamente saudado pela imprensa do Rio de Janeiro como uma instituição que "promete à legislação do Império, à ciência da

[7] No aviso n.º 7, foi determinado que o regimento interno, depois de elaborado, também fosse submetido "à imperial aprovação".

[8] A grafia dos nomes foi atualizada a partir da memória, veiculada na Revista Comemorativa ao Cinquentenário do IAB, por Manoel Álvaro de Sousa Sá Vianna (p. 11).

[9] Gazeta dos Tribunaes, 22 de agosto de 1843. Pela relevância, especialmente para entendimento dos fatos que levaram Teixeira de Freitas a renunciar à presidência do IAB em 1857, há de ser registrado que Caetano Alberto Soares concorreu ao cargo de presidente e tesoureiro do Instituto, tendo sido derrotado em ambas as votações, sendo que para presidente obteve apenas um voto.

[10] Foram eleitos para o Conselho Diretor os seguintes nomes: Luiz Fortunato de Brito Abreu e Souza Menezes, Francisco Ignácio de Carvalho Moreira, Francisco Thomaz de Figueiredo Neves, José Maria Frederico de Souza Pinto, Augusto Teixeira de Freitas, Caetano Alberto Soares, José de Siqueira Queiroz, Dias da Motta, Luiz Antonio da Silva Nazareth e Fausto Augusto de Aguiar.

[11] Preocupado com a constituição das instituições necessárias ao funcionamento do recém-criado Estado brasileiro, o Conselheiro Aragão fora o verdadeiro idealizador do IAB. Embora os atos de fundação tenham sido levados a cabo por advogados, todas as ações que antecederam a criação do IAB são dele.

[12] É interessante observar que, mesmo que os estatutos nomeassem "Instituto dos Advogados Brasileiros", em documentos públicos, especialmente em suas revistas, o IAB sempre foi designado como "Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros".

jurisprudência, ao foro brasileiro, e à classe dos advogados um forte apoio à boa administração da justiça".[13]

Embora sendo entidade de direito privado *sui juris*, em razão da chancela do governo imperial, o IAB dotou-se de personalidade em 21 de agosto de 1843, dia em que, reunidos em assembleia, advogados nomearam e deram posse à sua diretoria. Não obstante, o Instituto comemora o aniversário tanto em 7 de agosto, data da aprovação dos estatutos pelo Imperador, quanto em 7 de setembro, data em que fora instalado solenemente.[14]

Assim, examinando-se o tema relativo ao modo pelo qual se constituem as pessoas jurídicas, embora com a aprovação do governo imperial, não há como deixar de reconhecer que o IAB se dotou de personalidade apenas em 21 de agosto de 1843, data em que os advogados brasileiros nomearam e deram posse à sua diretoria. E a razão é relativamente singela, pois basta examinar os atos antecedentes para constatar que a sua constituição teve início no dia em que o projeto de estatutos foi elaborado. Posteriormente, com a chancela do Imperador, a efetiva fundação ocorreu na assembleia que elegeu e deu posse a seus dirigentes.

Portanto, se, antes de 21 de agosto de 1843, as ações eram conduzidas por advogados, a contar da assembleia, estas passaram a ser pela diretoria, inclusive a investidura festiva. O contrário – considerar-se a aprovação imperial como o marco inicial da pessoa jurídica – significaria admitir a existência de uma entidade, sem a existência de um representante legal e antes mesmo da realização da assembleia de constituição.[15]

A seguir, em 15 de maio de 1844, como estabelecido no Aviso número 07, o governo imperial aprovou o regimento interno[16]. Depois, por meio do Decreto 393, de 23 de novembro de 1844, foi concedida aos seus membros a prerrogativa de usarem vestes talares[17] e de terem assento dentro dos cancelos dos tribunais. Em 29 de maio de 1849, pela portaria da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, aprovou-se o selo *symbolico*, oficial do Instituto.

---

[13] *Vide* anais na Revista número 01 do IAB e o Diário do Rio de Janeiro de 12 de setembro de 1843. É interessante a observação de que "Está, portanto, instalado, e com muito lisonjeiros auspícios, o Instituto dos Advogados Brasileiros, sem que até agora tenha aparecido o espírito mau, que muitas vezes malogra a nascença as melhores instituições!"

[14] A comemoração, na data da instalação, decorria das disposições constantes dos arts. 29 e 44 do Regimento interno, aprovado pela Portaria de 15 de maio de 1844 do governo imperial.

[15] *Reductio ad absurdum*: admitir que o aviso n.º 07 fundou o IAB significa aceitar também o argumento de que, se os advogados não tivessem elegido a diretoria, ainda assim ele continuaria existindo.

[16] Há disposições muito interessantes nesse regimento, como o direito de o associado requisitar do Instituto socorro de beneficência quando cair em desgraça (art. 14, § 6º). Dever de doar, para a livraria do Instituto, uma obra de jurisprudência que nela não exista, quando faltar a três conferências sucessivas, sem causa legítima (e, no caso de reincidência, compor uma memória sobre qualquer questão jurídica para a livraria do Instituto). Dever de cultivar o estudo da jurisprudência para cumprir com a dignidade do seu nobre ofício (art. 18, § 2º). Proibição, salvo em memórias escritas, da apresentação de propostas ou discussões sobre religião ou sobre a política do Estado no IAB (art. 48).

[17] "Sem garnacha, de cor preta, de borla os Doutorados, e gorra os Bacharéis Formados, sendo porém de seda a vestimenta dos Conselheiros da Coroa, e Advogados do Conselho d'Estado, e de lã as dos outros, à exceção dos dias de cortejo, em que todos poderão usar de vestimenta de seda, e os que tiverem Carta do título do Conselho de capa por cima desta." (art. 1º).

O IAB sempre prestou serviço extraordinário ao país e atuou nos mais importantes momentos de desenvolvimento do Direito brasileiro, com especial destaque, aos trabalhos de Augusto Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, entre 1855 e 1857, e na redação do "Esboço de Código Civil", publicado em fascículos entre 1861 e 1865, verdadeiros monumentos ainda hoje celebrados como as mais interessantes obras de Direito Civil dessa época.

Na gestão de Joaquim Saldanha Marinho, por quase dez anos, o Instituto debateu a respeito da separação entre Igreja e Estado. Dessas discussões, foi elaborado o projeto de lei sobre o casamento civil, posteriormente encaminhado à Câmara dos Deputados, em 1880.

Como o principal objetivo do IAB era criar a Ordem dos Advogados, em 14 de abril de 1850, em sessão presidida por Francisco Gê Acayaba de Montezuma (Visconde de Jequitinhonha ou, como batizado, Francisco Gomes Brandão) foi debatido, no Conselho, projeto que apresentara para ser encaminhado ao Poder Legislativo.

A proposta tornava obrigatória a inscrição do bacharel no IAB para advogar. Estabelecia que o exercício da profissão estivesse sujeito a formalidades prévias (matrícula, prática de um ano, pelo menos, em escritório de advogado conceituado, justificação de suficiência perante o Conselho de Disciplina). Definia as incompatibilidades (cargos de polícia, secretários de tribunais, juízes, procuradores, agentes de feitos, escrivães e outros). Exigia que o exame, para ser provisionado, fosse feito no Instituto. Criava institutos correspondentes em todos os distritos em que houvesse Relação.[18] Dava poder aos conselhos disciplinares, para fiscalizar o procedimento dos advogados e impor penas definidas em regulamento. Por fim, definia os casos de interdição e exclusão dos advogados dos quadros do IAB.

O projeto não fora aprovado, tendo o IAB decidido apenas encaminhar ao governo e não, ao Poder Legislativo uma petição "pura e simples, sem oferecimento de bases da reforma ou organização".[19] Essa foi a última sessão do Instituto, presidida por Montezuma[20], que, em 12 de dezembro de 1850, enviou uma carta de despedida na qual desculpava-se por não o ter feito pessoalmente.

Posteriormente, em 1880, Joaquim Saldanha Marinho, Presidente do IAB e Deputado Geral pelo Amazonas, em conjunto com o Deputado Batista Pereira, apresentou proposta nesse sentido, porém, sem êxito. Depois dele, ao que se sabe, Celso Bayma, em 1911, assim como Alfredo Pinto, em 1914, também fracassaram na tentativa de regulamentar a criação da OAB.

[18] Sobre isso, é interessante o relato da viagem, feito em 1848 por Francisco Inácio de Carvalho Moreira, que viria substituir Montezuma, a Alagoas, Bahia e Pernambuco. É dele o seguinte registro: "na sua viagem última à Alagoas, passando pela Bahia e Pernambuco, provocara a criação de Institutos filiais, tendo em vista a necessidade e conveniência de organizar e melhorar a ordem dos advogados para que esta ocupe o lugar que na sociedade lhe compete. Na Bahia não encontrou repugnância; em Pernambuco, porém, preferirão a criação de um Instituto independente." Isso efetivamente ocorreu em 12 de maio de 1851, tendo Pernambuco criado o primeiro instituto estadual no Brasil.

[19] Revista do IAB de 1862, n. 4, p. 185.

[20] Montezuma foi Ministro da Justiça, Ministro dos Negócios Estrangeiros, Presidente do Banco do Brasil, Ministro Plenipotenciário em Londres e Deputado pela Província da Bahia.

Depois de todo esse tempo, ocorreram diferentes tentativas de regulamentação da advocacia, mas a grande oportunidade surgiu com a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência da República, quando, ao ser promulgado o Decreto 19.408, em 18 de novembro de 1930, reorganizando a Justiça do Distrito Federal, foi inserida a seguinte disposição: "Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo" (art. 17).

Ainda que o Decreto dispusesse ter sido criada a "Ordem dos Advogados Brasileiros", em verdade, apenas a autorizou, pois determinava que a sua instalação somente pudesse ocorrer depois de aprovada pelo governo a proposta de estatutos, elaborada "pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados".

Nesse período, liderado pelos Institutos dos Estados de São Paulo, Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, encontrava-se em curso a ideia de criar uma nova entidade de organização da advocacia brasileira.[21] Todavia, no contexto do processo histórico, decorrente da Revolução de 1930, o Decreto lançou as bases legais para levar adiante a criação da tão sonhada entidade de fiscalização e disciplinamento da advocacia brasileira.

Além do Decreto do governo provisório, outro fator da maior importância também contribuiu para o cumprimento dessa tarefa. Levi Carneiro, Presidente do IAB[22], havia sido nomeado para o cargo de Consultor Geral da República[23] no governo Vargas, fato que permitiu a ele desempenhar papel fundamental na execução dos atos que se sucederam para a elaboração dos estatutos a serem submetidos pelos Institutos de Advogados à aprovação do governo federal.

Isso ocorreu em tempo recorde, já que, no dia 04 de dezembro de 1930[24], uma comissão especial, composta por Armando Moitinho Dória (Presidente), Armando Vidal Leite Ribeiro (Relator), Edmundo Miranda Jordão, Antônio Pereira Braga, Edgard Ribas Carneiro, Gabriel Bernardes e Gualter Ferreira, apresentou a primeira versão desses estatutos, que recebeu emendas em sessões realizadas no IAB, em 11 de dezembro de 1930[25] e em 30 de dezembro de 1930[26], assim como dos Instituto dos Advogados do Paraná[27], Espírito Santo[28] e Maranhão.[29]

[21] O Jornal do Commercio do Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1930, noticiou que, em 23 de agosto de 1930, havia sido realizada conferência para discutir esse tema, tendo sido apresentadas duas propostas: uma, capitaneada pelos Institutos estaduais, institui a Federação dos Advogados brasileiros; outra, defendida por Levi Carneiro, então presidente do IAB, criava departamentos do Instituto em todos os Estados. Além disso, nesse período, havia uma entidade muito ativa em funcionamento no Rio de Janeiro, o "Club dos Advogados".
[22] Eleito em 28 de outubro de 1928.
[23] De 21 de novembro de 1930 a 17 de fevereiro de 1932.
[24] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 06 de dezembro de 1930.
[25] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 11 de dezembro de 1930.
[26] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 13 de janeiro de 1931.
[27] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 17 de janeiro de 193. É interessante notar que Levi Carneiro tratou das sugestões feitas pelo Instituto do Paraná em parecer dirigido ao Ministro da Justiça que produziu como Consultor Geral da República a fundação da Ordem dos Advogados.
[28] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 05 de março de 1931.
[29] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 07 de maio de 1931.

Nessa fase, os debates foram conduzidos por Levi Carneiro até a posse de João Martins de Carvalho Mourão em 16 de abril, que exerceu a presidência por apenas trinta e cinco dias, eis que teve que renunciar para assumir o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, com a eleição e posse de Astolpho Rezende[30], em julho desse mesmo ano, Levi Carneiro, naquele momento, já, na condição de Consultor Geral da República, retornou ao IAB em duas oportunidades, a fim de submeter aos membros do Conselho Diretor a proposta oficial do governo para o Regulamento da Ordem dos Advogados.

Depois disso, em 22 de outubro de 1931, o Conselho Diretor do IAB e representantes dos Institutos do Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Paraná, Bahia, Minas Gerais e Maranhão aprovaram a proposta, apresentada por Levi Carneiro, registrando em ata o seguinte:

> Em linhas gerais o projeto é aceito, deliberando-se, por proposta do Dr. Plínio Barreto, lançar em ata um voto de aplausos ao Dr. Levi Carneiro, Consultor Geral da República, pelo seu brilhante trabalho, representando o presidente do Instituto, em nome do Conselho Diretor, ao Governo Provisório, para que se converta em realidade, no mais breve espaço de tempo, essa velha aspiração da *classe dos advogados, pela qual o* Instituto se vem batendo desde a sua fundação, com apoio agora dos Institutos estaduais.[31]

Na sequência, em 14 de dezembro de 1931, o governo finalmente editou o Decreto 20.784, aprovando o Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros e instituiu as bases legais para fundação dos Conselhos nos estados que finalmente poderiam se reunir para fundar o Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros e eleger o seu presidente.

Assinala-se que a edição do Decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930, fez cessar o movimento dos Institutos dos estados que buscavam criar a Federação dos Advogados Brasileiros. A contar dessa data, foi o IAB[32], com exclusividade, que coordenou todos os procedimentos de organização da Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB). Prova disso foi o registro em ata, feito pelo Presidente do IAB, em 22 outubro de 1931, relatando que já haviam se filiado ao IAB os Institutos dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, Maranhão, Paraná, Espírito Santo, Sergipe, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Ceará, Piauí, Amazonas e Alagoas.[33]

Outra questão, também digna de nota, são as disposições inseridas no Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931[34], determinando que, dos vinte e um membros do

[30] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 18 e 29 de julho de 1931.
[31] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 22 de outubro de 1931.
[32] Conforme estabelecido no art. 17 do Decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930.
[33] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 22 de outubro de 1931.
[34] Entre tantos fatos que demonstram a importância da participação do IAB na elaboração desse decreto, é interessante notar a disposição, constante do § 2.º do art. 7.º, ao determinar que uma oitava parte da renda líquida de cada secção será anualmente entregue, no Rio de Janeiro, ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, e, nos Estados, ao Instituto existente na localidade, filiado àquele mesmo Instituto, a fim de ser aplicado em prêmios por estudos jurídicos. Também, o inciso 7.º, do art. 89, determina que o Presidente da

Conselho do Distrito Federal, onze fossem eleitos pelo Conselho Superior do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros[35], para que escolhessem, entre si, um presidente provisório.[36]

No dia 30 de dezembro de 1931, sob a presidência de Astolpho Rezende, o Conselho Superior do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na forma do disposto nos arts. 67 e 102 do Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931, finalmente cumpriu com a missão, legada pelo art. 2.º dos estatutos, aprovados pelo aviso de D. Pedro II, em 07 de agosto de 1843, e ratificados na assembleia de advogados, realizada em 21 de agosto desse mesmo ano, fundando a Ordem dos Advogados do Brasil, ao eleger Antônio Pereira Braga, Armando Vidal, Cândido Mendes de Almeida, Edmundo de Miranda Jordão, Gabriel Bernardes, Gualter José Ferreira, Justo R. Mendes de Moraes, Levi Carneiro, Moitinho Doria, Nilo de Vasconcelos e Zeferino de Faria, membros do Conselho da Seção do Distrito Federal[37]. A seguir, em sessão realizada no dia 18 de janeiro de 1932, Levi Carneiro, agora agindo em nome do Conselho da OAB do Distrito Federal, foi eleito para coordenar os trabalhos preparatórios de fundação do Conselho Federal[38], que viria ocorrer em 09 de março de 1933.

Em 09 de março de 1933[39], às 14h, no Silogeu, sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde também funcionavam a Academia Brasileira de Letras, a Academia Nacional de Medicina e o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, finalmente cumpre-se, na íntegra, o objetivo proposto pelo Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão e pelo grupo de advogados que se reuniram em sua casa, no dia 21 de março de 1843, que foi a criação da entidade legal da advocacia no Brasil.

Nessa oportunidade, com a aprovação do regimento provisório e a eleição de Levi Carneiro como Presidente, e Attílio Vivacqua, como Secretário Geral, funda-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.[40]

Ordem deveria promover, nas secções da Ordem, a organização de Instituto de Advogados que visem a fins semelhantes aos do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

[35] Esse fato, decorrente da disposição contida no art. 67 do Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931, deu ao IAB o privilégio de praticar o primeiro ato efetivo na fundação da OAB: a criação do Conselho Provisório do Distrito Federal, que elegeria Levi Carneiro para, finalmente, cumprir com o objetivo buscado desde 21 de agosto de 1843, data em que fora fundado, com objetivo de criar a Ordem dos Advogados.

[36] Certamente, essa medida foi tomada pelo próprio Levi Carneiro, com vistas a assegurar a nomeação de alguém comprometido com os trabalhos realizados até então, visto que, como ele mesmo registrou em seu discurso de posse, dos seis mil advogados existentes em 1933, dois mil eram do Rio de Janeiro, e deixar à assembleia o direito de nomear o presidente provisório poderia pôr em risco todo o trabalho realizado desde 1930.

[37] Esse também é o momento da fundação da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, a primeira Seccional e embrião do Conselho Federal, criado em 1933. A OAB-DF voltou a ser instituída em 25 de maio de 1960.

[38] Na sequência, em 22 de janeiro de 1932, foi fundado o Conselho Estadual de São Paulo; em 08 de fevereiro de 1932, de Pernambuco; em 15 de fevereiro de 1932, do Paraná; em 22 de março de 1932, do Mato Grosso; em 26 de março de 1932, do Espírito Santo; em 04 de abril de 1932, do Maranhão; em 07 de abril de 1932, do Amazonas; em 19 de abril de 1932, da Bahia; em 28 de maio de 192, de Goiás; em 29 de dezembro de 1932, de Minas Gerais; em 04 de abril de 1933, de Santa Catarina; e, em 11 de abril de 1932, do Rio Grande do Sul.

[39] Nessa sessão, compareceram, como fundadores do Conselho Federal, Levi Carneiro (juntamente com Armando Vidal, Gabriel Bernardes, Eduardo Miranda Jordão, Pinto Lima) pelo Distrito Federal; Azevedo Marques, por São Paulo; Estevão Pinto, por Minas Gerais; Arnoldo Medeiros, pelo Rio Grande do Sul; Leopoldo Cunha Melo, pelo Amazonas; João Matos, pelo Maranhão; Luiz Galotti, por Santa Catarina; Attílio Vivacqua, pelo Espírito Santo; e Arnaldo Tavares, pelo Estado do Rio de Janeiro.

[40] Interessante a constatação feita por Haroldo Valladão por ocasião de sua posse na presidência do IAB (p. 14) em 20 de abril de 1944, a respeito do fato de, diferentemente do que havia ocorrido com a Associação dos Advogados de Lisboa, que foi absorvida pela Ordem dos Advogados, criada em Portugal, no Brasil, a

Na sequência, às 16hs, com a presença do Ministro Oswaldo Aranha, grande número de advogados, do Judiciário e representantes dos Interventores de Minas Gerais, Sabóia de Medeiros; do Pará, Eládio Lima; do Rio Grande do Sul, Carlos Maximiliano; de Goiás, Domingos Neto Velasco; da Bahia, Homero Pires; do Espírito Santo, José de Souza Monteiro; de Sergipe, Deodato Maia; de Alagoas, Armando Sampaio Costa; do Paraná, Gaspar Saldanha; de Pernambuco, Arruda Falcão, ocorreu a instalação do Conselho Federal, com o discurso histórico de Levi Carneiro[41], no qual fez magnífico balanço da advocacia brasileira.

Encerrada a sessão, o Conselho Federal realizou a primeira reunião de trabalho de sua história.[42]

instituição foi mantida ao lado da Ordem, por sua utilidade pública.

[41] No seu discurso, Levi Carneiro fez questão de registrar a importância do IAB nesse processo: "A criação da Ordem dos Advogados veio, pois, em momento oportuno, e assumiu nobilíssima significação. Reclamada a 90 anos, desde que o monumental discurso, com que Montezuma, primeiro presidente deste Instituto dos Advogados, o inaugurou, criando a mais bela tradição da nossa classe; e, depois, dele, por tantos e tantos, dentre os seus eminentes sucessores – ela não surgiu inopinadamente, nem se impôs por um golpe de força do governo revolucionário. Ao contrário – as circunstâncias, e que se organizou, realçaram-lhe a significação. Nenhuma instituição se criou, ainda entre nós, de tal forma, por uma colaboração tão larga, tão intensa, de tantos e de tão conspícuos homens da mesma profissão."

[42] Jornal do Commercio do Rio de Janeiro de 11 de março de 1931.

RETRATOS DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS

DISCURSO NA ENTREGA DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS AO ADVOGADO E PROFESSOR SERGIO BERMUDES

DISCURSO DO ORADOR

Senhores componentes da mesa, queridas consócias e queridos consócios,

Com a sua notável sabedoria poética, Fernando Pessoa disse: “Deus quer, o homem sonha, a obra nasce.” No dia 7 de agosto de 1843, há 180 anos, Deus quis, Montezuma sonhou, e o Instituto dos Advogados Brasileiros, o nosso querido IAB nasceu. A Casa de Montezuma foi fundada com a missão primordial de criar a Ordem dos Advogados do Brasil. Contudo, este excelso propósito só se concretizaria quase 90 anos depois, em 1930, quando surge a OAB.

Durante esse abissal interregno entre o nascimento do IAB e o da Ordem, o Instituto atuou inicialmente como um órgão de consulta do Imperador Dom Pedro II. Com a Proclamação da Independência, o Brasil necessitou de uma legislação própria que substituísse o sistema normativo português. Assim, o IAB, por meio dos seus ilustres advogados, tornou-se o grande responsável pela construção do ordenamento jurídico nacional. O Instituto contribuiu, por exemplo, para a elaboração do Código Comercial de 1850 e a Constituição Federal de 1891.

Nos últimos 180 anos, a mais antiga Casa Jurídica das Américas tem sido a academia dedicada ao aperfeiçoamento do Direito. O IAB dedicou-se a esta nobre missão quase que exclusivamente a partir da criação da Ordem, que nasceu para cuidar das questões de interesse da classe. Neste Plenário Histórico, foram e continuam sendo discutidos e votados brilhantes pareceres jurídicos, produzidos pelas nossas comissões temáticas a respeito de relevantes projetos de lei em tramitação nas casas legislativas.

Aliás, aqui, neste Plenário Histórico, têm sido travados incansáveis debates destinados não somente ao aprimoramento do ordenamento jurídico. Tem sido palco também de engrandecedoras discussões que visam a fortificar os pilares da democracia brasileira, gravemente ameaçada nos últimos tempos. Neste Plenário Histórico, o Direito tem sido o nosso instrumento de luta para proteger a soberania nacional e salvaguardar os Direitos Humanos, tristemente desprezados em período recente.

Voltando ao início da História do IAB, principiada em 1843, é preciso contextualizar o século XIX, marcado por relevantíssimas mudanças no Brasil e no mundo, nos campos da ciência, da política, da filosofia, da arquitetura e das artes, de um modo geral.

Dentre os fatos políticos que marcaram o Brasil e o mundo no século XIX, destacam-se a nossa Declaração de Independência; as Guerras Napoleônicas entre a França e a Inglaterra; a Guerra da Cisplatina entre o Brasil e a Argentina pelo controle da Província Cisplatina, atual território do Uruguai; a Guerra de Secessão nos Estados Unidos; e o primeiro assassinato de um presidente americano, Abraham Lincoln.

No campo da filosofia, surgiram, no século XIX, várias correntes de pensamento, entre as quais o positivismo, de Auguste Comte, e o marxismo, de Karl Marx e Friedrich Engels, que publicaram o clássico "Manifesto Comunista". Dentre os pensadores que sobressaíram naquele grande período da história, temos ainda que falar de Charles Darwin, autor da "Teoria da Evolução das Espécies'; e do filósofo Friedrich Nietzsche, que nasceu um ano depois do IAB, em 1844.

No campo artístico, temos o dever de ressaltar que, no século XIX, Beethoven compôs a "Nona Sinfonia"; Dostoiévski escreveu "Crime e Castigo"; Tolstói publicou "Guerra e Paz"; Monet pintou o quadro "Mulher com sombrinha"; e Van Gogh pôs na tela "A noite estrelada". Naquele período glorioso para as artes, diversas obras-primas também foram trazidas ao mundo pelas mãos geniais de Goya, Delacroix, Cézanne, Renoir e Van Gogh.

Na arquitetura, ocorreu o surgimento do *art nouveau* francês e o nascimento do arquiteto catalão, Antoni Gaudí, responsável por criações que transformaram a arquitetura moderna e são vistas por pessoas de todo o mundo que vão à cidade de Barcelona.

Como se não bastassem todas as grandes transformações e criações que relacionei até aqui, acrescento que, no século de nascimento do IAB, se deu também o surgimento da fotografia, a partir da invenção de Louis Jacques Daguerre. Ele é o criador do modelo de processamento fotográfico que ficou conhecido como daguerreótipo.

Foi ainda, no século XIX, que aconteceram a elaboração do método braile de leitura, iniciativa de Louis Braille; a invenção da anestesia por William Morton; a criação do cinematógrafo, atribuída aos irmãos Lumiére; o raio-X, por mérito de Wilhelm Conrad Röntgen; a vacina antirrábica e o método de pasteurização de alimentos, criados pelo cientista francês Louis Pasteur.

No Brasil, o século da fundação da Casa de Montezuma também foi pontuado pela

Guerra dos Farrapos no Rio Grande do Sul; a promulgação da Lei Eusébio de Queiroz, que proibiu o tráfico de escravos; o início e o fim da Guerra do Paraguai; a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República.

Entre os acontecimentos artísticos brasileiros que, naquele período ganharam notoriedade, temos a ópera "O Guarani", de Carlos Gomes; o quadro "A primeira missa no Brasil", de Victor Meirelles; o quadro "Independência ou Morte", de Pedro Américo; e o livro "Memórias Póstumas de Brás Cubas", de Machado de Assis, entre outros.

No século XIX, também se deu a criação dos cursos jurídicos no Brasil. Foi no ano de 1827. Até então, os futuros advogados iam estudar Direito em Portugal. Em pouco tempo, esse cenário mudou. Prova disso é que o IAB foi fundado em 1843 por 26 advogados, dos quais 23 haviam se formado no Brasil. Na Universidade de Coimbra, formaram-se os outros três, dentre os quais o baiano Francisco Gê de Acaiaba Montezuma, que se tornaria o primeiro presidente desta Casa.

Montezuma foi também diplomata, jurista e político. Como senador da República, foi um dos primeiros a propor a abolição da escravatura. Em seu discurso de posse na Presidência do IAB, Montezuma afirmou: "Ao advogado convém que seja mais honesto e consciencioso do que sutil; mais franco do que condescendente; e mais conciliador do que tenaz e vingativo". Na Sessão Solene de posse, Montezuma disse também que "cabe ao advogado fazer triunfar a justiça e não a iniquidade; a verdade e não a mentira; a boa fé e nunca o dolo".

Nomeado Conselheiro de Estado pelo Imperador Dom Pedro II, Montezuma renunciou à Presidência do IAB. Na sessão extraordinária de 23 de janeiro de 1851, conforme consta da respectiva ata, está registrado o seguinte: "O senhor Montezuma declara que mandou convocar esta sessão extraordinária para o seguinte fim: que havendo sido nomeado Conselheiro d'Estado extraordinário, julga-se impedido de continuar a exercer o nobre exercício de advogado e, por conseguinte, também o encargo honroso de Presidente do Instituto, visto entender que é incompatível com o novo emprego referido".

Daquela primeira Diretoria do IAB, também fez parte o ilustre jurista, Augusto Teixeira de Freitas. Responsável pela elaboração do Esboço do Código Civil, produzido a pedido do governo imperial, ele se tornaria o quarto presidente da Casa de Montezuma e daria nome à principal comenda do nosso Instituto. Criada em 1929, a Medalha Teixeira de Freitas é concedida bienalmente àqueles que contribuíram com estudos e publicações para o aperfeiçoamento das letras jurídicas.

O primeiro jurista a recebê-la foi Clóvis Bevilácqua, autor do projeto do Código Civil Brasileiro de 1916. Na solenidade em que lhe foi entregue a comenda, Clóvis Bevilácqua discursou: "Se o Direito emerge dos fatos, é preciso desentranhá-lo do cascalho, para que, reluzindo em regras, possa realizar a sua finalidade".

Igualmente receberam a Medalha Teixeira de Freitas os eminentes juristas, Levi

Carneiro, Sobral Pinto, Afonso Arinos de Mello Franco, Miguel Reale, Raymundo Faoro, Pontes de Miranda, Nelson Hungria, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, entre outros luminares.

Entre Montezuma e Teixeira de Freitas, que foi o quarto a presidir o Instituto, estiveram à frente do IAB, por ordem cronológica, Francisco Ignácio de Carvalho Moreira e Caetano Alberto Soares. O quinto presidente da nossa história foi Urbano Sabino Pessoa de Mello.

O alagoano Francisco Ignácio de Carvalho Moreira, segundo presidente do Instituto, foi advogado, diplomata e político. Exerceu a advocacia no Rio de Janeiro, foi deputado por Alagoas e ingressou no serviço diplomático ao ser nomeado para representar o Brasil nos Estados Unidos.

Foi sucedido na presidência do IAB por Caetano Alberto Soares, português de nascença, sacerdote católico e advogado luso-brasileiro. Após concluir o seminário em Funchal e ter recebido as ordens de presbítero, formou-se em Direito pela Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra. Emigrou para o Brasil em 1830, aos 50 anos, naturalizando-se brasileiro.

Urbano Sabino Pessoa de Mello, quinto presidente da Casa de Montezuma, nasceu em Pernambuco. Foi advogado, professor, magistrado, jurisconsulto, político e jornalista. É autor do livro “Apreciação da Revolta Praieira em Pernambuco”.

Gostaria de citar, ainda, outros presidentes que contribuíram para que o Instituto se tornasse a Grande Casa do Direito das Américas. Como, por exemplo, Levi Carneiro, que presidia o IAB em 1930, quando foi fundada a OAB, e se tornou o primeiro presidente da Ordem. Levi Carneiro ocupou outros cargos relevantíssimos, como os de Consultor-Geral da República, Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia e membro da Academia Brasileira de Letras.

Na cadeira de Montezuma, também se sentaram Sobral Pinto, autor da máxima, segundo a qual “a advocacia não é para os covardes”, e José Ribeiro de Castro Filho, que criou a Revista do IAB e reformou a nossa Biblioteca, vindo posteriormente a ocupar a presidência do Conselho Federal da Ordem.

Igualmente, presidiram, com destaque, o nosso querido IAB e o Conselho Federal da OAB os advogados Miguel Seabra Fagundes e o seu filho Eduardo Seabra Fagundes. Incluo, ainda, no rol de grandes advogados que trouxeram para o IAB o prestígio conquistado em suas carreiras vitoriosas, os ilustres Sérgio Ferraz, Marcelo Cerqueira, o nosso saudoso Fernando Fragoso e Técio Lins e Silva.

Não poderia deixar de ressaltar o trabalho de nacionalização do IAB, incrementado por Rita Cortez e ampliado pelo nosso Presidente Sydney Sanches.

Cabe ora lembrar os grandes juristas que contribuíram para o engrandecimento do Direito e do IAB, sem que tenham se sentado na Cadeira de Montezuma. Entre os primei-

ros que receberam os títulos, até então inéditos, de sócios-honorários do IAB, estão Rui Barbosa, Clovis Bevilacqua e Waldemar Ferreira.

Considerado o mais inspirado teórico do Direito Comercial brasileiro, Waldemar Ferreira produziu uma obra que o projetou internacionalmente e o perpetuou como um dos mais consagrados juristas brasileiros.

Clovis Bevilacqua, autor do projeto do Código Civil brasileiro de 1916, foi jurista, legislador, filósofo, literato, historiador e um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras. Bevilacqua é o autor de produção jurídica mais sólida nos âmbitos do Direito Civil e da Legislação Comparada.

Rui Barbosa nada mais é do que o maior nome da advocacia brasileira de todos os tempos. Jurista, político, diplomata, escritor, filólogo, jornalista, tradutor e orador, Rui Barbosa foi coautor da Constituição da Primeira República. Além disso, atuou bravamente na defesa do federalismo, do abolicionismo e da promoção dos direitos e das garantias individuais.

Notável orador e estudioso da Língua Portuguesa, Rui Barbosa também foi um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras. Como delegado do Brasil na II Conferência da Paz, em Haia, na Holanda, no início do século 20, notabilizou-se pela defesa do princípio da igualdade entre os Estados. Em reconhecimento à sua atuação histórica, recebeu do Barão do Rio Branco o epíteto de “Águia de Haia”.

Com tantos ilustres ancestrais, há 180 anos o IAB tem sido uma casa de portas e janelas abertas pelas quais têm adentrado suavemente os melhores ventos jurídicos que arejam o pensamento da advocacia brasileira e fortalecem o Direito no país.

Feitas essas considerações, compartilho com vocês a emoção de dizer, nesta noite memorável, que a principal comenda da Casa de Montezuma, a Medalha Teixeira de Freitas, será entregue a um advogado que nasceu em 1946, na cidade de Cachoeiro de Itapemirim, no Espírito Santo e inscreveu o seu nome no rol dos principais juristas da história da advocacia brasileira. Aliás, sejamos eternamente gratos às inestimáveis contribuições humanas que Cachoeiro de Itapemirim deu à música popular brasileira, à literatura e à advocacia. Lá nasceram Roberto Carlos, o escritor Rubem Braga e o nosso homenageado desta noite, o advogado Sergio Bermudes.

O Rei Roberto Carlos disse sobre o seu Pequeno Cachoeiro: “Foi onde tive a minha primeira grande emoção, que foi cantar na rádio, aos 9 anos, em um programa infantil”. Rubem Braga ufanou: “Somente a uma pequena e seleta minoria de brasileiros foi permitido esse privilégio de nascer em Cachoeiro”. Sergio Bermudes rememorou a sua infância: “Em Cachoeiro me criei. Fiz tudo o que uma criancinha tinha que fazer; caí da árvore, levei palmada, fui mordido por cachorro no quintal do vizinho ao roubar uma manga, e por aí vai...”

Filho de Dona Elba, professora, e do Dr. Aílton, professor e advogado, Sergio Ber-

mudes nasceu em uma época em que o Espírito Santo era o segundo estado mais pobre do país, não obstante Cachoeiro tivesse sido a primeira cidade do Estado e a décima do Brasil a ter energia elétrica.

Ele estudou no Liceu de Cachoeiro, onde não foi aceita a sua condição nata de canhoto, rejeição muito comum naquela época. A professora enluvava a mão esquerda de Sergio Bermudes com uma meia e o obrigava a escrever com a direita. Tal imposição fez com que o advogado até hoje confunda o que é direita e o que é esquerda. Claro que não estamos falando de bifurcação política e ideológica, pois esses dois caminhos absolutamente distintos Bermudes enxerga-os muito bem.

Por falar nisso, cabe exaltar que um dos maiores feitos jurídicos do nosso homenageado desta noite, senão o maior de todos, foi o Caso Vladimir Herzog, cujo desfecho processual foi decisivo na luta contra a ditadura militar e para o resgate da democracia brasileira. Militante do Partido Comunista Brasileiro, o jornalista Vladimir Herzog foi torturado e morto em outubro de 1975, nas instalações do DOI-CODI, no quartel-general do II Exército, em São Paulo, ao qual comparecera voluntariamente para prestar esclarecimentos sobre as suas ligações com o PCB.

Após o crime, Bermudes foi procurado pelo então Vice-Presidente do Conselho Federal da Ordem, Heleno Fragoso, que o indagou se havia meios de atender a um pedido da família do jornalista. Os parentes, embora dispensassem qualquer tipo de indenização, queriam que a morte fosse oficialmente reconhecida como assassinato e não, como suicídio, conforme sustentavam os torturadores. Tempos soturnos. De forma aberrante, o inquérito policial-militar foi aberto, com o propósito de determinar as causas do insustentável suicídio. O Ministério Público Federal propôs o arquivamento do inquérito. Vladimir Herzog, de acordo com o inacreditável laudo pericial, teria se matado por enforcamento. A foto do cadáver mostra o jornalista enforcado com uma tira amarrada a uma grade a uma altura de somente 1 metro e 63 centímetros do chão e com os joelhos quase encostados no piso. Tecnicamente, era simplesmente inexequível o suicídio por meio de enforcamento naquelas circunstâncias.

Bermudes disse a Heleno Fragoso que entraria com uma ação meramente declaratória, para que a morte fosse devidamente reconhecida pelo Estado brasileiro como decorrente da prisão arbitrária e da tortura às quais Vlado fora submetido. Na ocasião, Fragoso comentou que, na opinião do Ex-Ministro Victor Nunes Leal, afastado do Supremo Tribunal Federal em 1969 pelo Ato Institucional n.º 5, não cabia ação declaratória. Mesmo assim, Bermudes, confiante, ajuizou a ação declaratória.

Três anos após o crime, o jovem juiz, Márcio José de Morais da Sétima Vara Federal de São Paulo, acolheu o pedido do advogado e proferiu uma sentença histórica em que responsabilizava o Estado brasileiro pela morte de Vladimir Herzog. A decisão foi o reconhecimento inédito em plena ditadura militar – que até então tratava sempre como

suicídios os assassinatos em seus porões – de que a tortura e o extermínio eram práticas comuns nas instalações dos órgãos de repressão.

Uma causa, um advogado, uma ideia brilhante e a coragem de um jovem magistrado: assim fez-se o Direito em um dos momentos mais obscuros da História do Brasil. E esse advogado era ninguém menos do que Sergio Bermudes. Você nos representa, querido Sergio, com muita honra!

O nosso novo Medalha Teixeira de Freitas exerce a advocacia há 53 anos. O seu escritório, sediado no Rio de Janeiro é, por certo, um dos mais importantes do Brasil, com representações em São Paulo, Belo Horizonte, Brasília e em outros países.

O nosso novo Medalha Teixeira de Freitas exerce a advocacia há 53 anos. O seu escritório, sediado no Rio de Janeiro é, por certo, um dos mais importantes do Brasil, com representações em São Paulo, Belo Horizonte, Brasília e em outros países.

Vários advogados integrantes de outros grandes escritórios tiveram passagem pelo escritório Bermudes, que é, incontestavelmente, a grande referência nacional quando se trata de advocacia contenciosa. Nos últimos 40 anos, seu escritório esteve envolvido nas questões judiciais mais emblemáticas da nação. Católico fervoroso, Bermudes é uma forte referência em matérias envolvendo a Mitra Episcopal da Igreja Católica. O Cardeal-Arcebispo do Rio de Janeiro, Dom Orani Tempesta, é um de seus amigos mais próximos. Além disso, poucas pessoas no Brasil têm tantas relações com os principais órgãos de imprensa quanto o nosso homenageado.

Sergio Bermudes está conosco, aqui na Casa de Montezuma, há 35 anos. Ele começou a frequentar escritórios de advocacia ainda rapazinho, quando trabalhava de *boy* no escritório de propriedade do seu pai, lá em Cachoeiro. O pai, embora fosse um advogado bem-sucedido, não queria que o filho seguisse a mesma carreira, pois, naquela época, as grandes profissões eram Medicina e Engenharia.

Após concluir o seu curso secundário nos Estados Unidos, na cidade de Cherokee, Iowa, por meio de um intercâmbio estudantil, Sergio, contrariando o pai, partiu para o Rio para estudar Direito. Morou em Botafogo e sobrevivia dando aulas de inglês no curso Yázigi, no Méier. Cursava Direito na Faculdade de Direito da antiga Universidade do Estado da Guanabara, hoje UERJ. Atuante na política estudantil, foi, por minha indicação, Secretário Geral do Centro Acadêmico Luiz Carpenter da Faculdade de Direito em 1966, em plena ditadura.

Sergio Bermudes, que presidiu a Comissão de Formatura de sua turma, se tornou bacharel em Direito no dia 22 de dezembro de 1969, em solenidade realizada no Theatro Municipal.

O jovem advogado queria ser professor de Direito Civil, mas, como ele mesmo já disse várias vezes, acabou se tornando processualista “por acaso”. Deu aulas de Direito

Processual Civil na Faculdade de Direito da PUC do Rio de Janeiro, foi professor da matéria na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro e integrou a comissão de cinco processualistas, nomeada pela Presidência da República em 1985, para proceder à revisão do Código de Processo Civil.

Além disso, Bermudes foi juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em um único mandato. Com apenas 28 anos, ingressou no Conselho Federal da OAB, então integrado por Victor Nunes Leal, Heleno Fragoso, Caio Mário da Silva Pereira, Sobral Pinto, Miguel Seabra Fagundes, Eduardo Seabra Fagundes e Raymundo Faoro. Ao lado de notáveis da Ordem, contribuiu para a redação da Lei da Anistia e participou do movimento de transição da ditadura militar para a redemocratização do país.

Em reconhecimento à sua atuação profissional, foi agraciado pela publicação "*Latin Lawyer*", em 2021, com o *Lifetime Achievement Award*, que, em uma tradução livre, significa Prêmio pelas Realizações na Vida. O veículo também destacou a atuação de Bermudes no caso Vladimir Herzog, ressaltando que o advogado moldou a nova geração de talentos em contenciosos e classificando-o como o melhor advogado brasileiro em sua área de atuação.

Membro da *International Academy of Trial Lawyers*, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual, Sergio Bermudes é autor de vários livros. A atualização dos "Comentários ao Código de Processo Civil de Pontes de Miranda" é uma de suas obras mais emblemáticas. Ele publicou também: "Curso de Direito Processual Civil – Recursos"; "Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil"; "A Reforma do Código de Processo Civil"; "Introdução ao Processo Civil" e, com mais destaque, "Direito Processual Civil – Estudos e Pareceres". Esta última obra, em três volumes, foi dedicada a Dario de Almeida Magalhães, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva.

A respeito dos três juristas homenageados, Bermudes comentou: "Como advogado, Dario de Almeida Magalhães foi maior que Rui Barbosa. Victor Nunes Leal foi um dos homens mais perfeitos que conheci. Evandro Lins e Silva era capaz de enxergar como correta uma posição que antes criticava e passar a defendê-la. Três homens grandiosos".

Cultor da literatura, da poesia e das artes em geral, o nosso Medalha Teixeira de Freitas não se limitou à elaboração de obras jurídicas. Bermudes publicou duas obras literárias. Chamam-se: "As Uvas da Raiva e Mozart não tinha playback". De acordo com o autor, "sem literatura, não se caminha um passo. Sem literatura, não se penetra o hermetismo dos livros de doutrina jurídica". Certa vez, ao ser perguntado sobre qual livro levaria para uma ilha deserta, não hesitou: "Crime e castigo".

Aliás, a paixão do advogado pelas obras do escritor russo foi citada por ele em uma entrevista em que falou sobre os seis meses – quatro dos quais entubado – em que ficou internado devido a um quadro gravíssimo de COVID-19: "Acordei quatro meses depois de

ser entubado. O caso era tão grave que soube por um frei que cheguei a receber a extrema-unção. Felizmente, saí do hospital e, mesmo com sequelas, ainda cito Dostoiévski. Posso dizer que vivi um milagre".

Bermudes foi internado em abril de 2020, ou seja, bem no início da pandemia, quando a Medicina ainda buscava esclarecimentos a respeito de como enfrentar a desconhecida doença. Realmente, a sua sobrevivência foi um milagre. A vida lhe foi generosa. Aliás, a generosidade é uma virtude que também é sua, meu caro amigo.

Meu caríssimo Presidente Sydney Sanches, muito me honra estar nesta tribuna, nesta noite inesquecível, quando realizamos a sessão comemorativa pelos 180 anos da Casa de Montezuma. Mantendo indeclinável a sua tradição, o nosso Instituto celebra a gloriosa data, fazendo uma das coisas que mais nos apraz: prestar merecidas homenagens.

Nem todo mundo sabe, mas, em janeiro daquele ano de 2020, ou seja, quatro meses antes de ser acometido gravemente pela COVID-19, Bermudes doou 1 milhão de reais para ajudar as vítimas da maior enchente da história que arrasou a sua cidade-natal, Cachoeiro de Itapemirim, deixando milhares de desabrigados.

A grandeza de um indivíduo deve ser medida pelo tamanho do respeito que ele tem pela vida humana.

Meu caríssimo Presidente Sydney Sanches, muito me honra estar nesta tribuna, nesta noite inesquecível, quando realizamos a sessão comemorativa pelos 180 anos da Casa de Montezuma. Mantendo indeclinável a sua tradição, o nosso Instituto celebra a gloriosa data, fazendo uma das coisas que mais nos apraz: prestar merecidas homenagens.

Parabéns a Sergio Bermudes, por engrandecer a advocacia brasileira!

Parabéns ao IAB pelos seus 180 anos!

E parabéns a todos os consócios e consócias, tanto presentes como saudosos, que contribuíram e contribuem para a edificação da mais antiga Casa Jurídica das Américas e se dedicam à sua renovação permanente!

Boa noite!

DISCURSO NA ENTREGA DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS AO ADVOGADO E PROFESSOR SERGIO BERMUDES

A necessidade imperiosa de se dedicar ao seu tratamento de saúde, para debelar as consequências ainda presentes da sua infecção pela COVID-19, impediu que o Sergio estivesse presente hoje, a fim de retribuir a homenagem que lhe é prestada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros.

Certamente, ouviriam dele, como eu escutei em 1991, por ocasião da concessão da Medalha Teixeira de Freitas ao seu querido amigo e meu Professor, José Carlos Barbosa Moreira, que ela constitui a maior homenagem a que pode almejar um jurista brasileiro.

Honraria maior porque ela carrega o nome de Teixeira de Freitas, inegavelmente, o maior jurista brasileiro do século XIX, cuja obra viria a influenciar, de forma decisiva, as codificações civis da Argentina, Paraguai, Uruguai e Nicarágua. Mas a sua importância se afigura ainda mais significativa quando se verifica que ela antecipa, em décadas, diversas tendências metodológicas, como a divisão do Código em parte geral, com dois títulos, “Das pessoas e das coisas”, e uma parte especial.

Na sua obra, também se defendia a necessidade da superação da divisão do Direito Privado em Direito Comercial e Civil, promovida por Vivante na Itália, muitos anos depois de Teixeira de Freitas, e que só seria reconhecida entre nós com a edição do Código Civil de 2002.

No campo processual, embora ainda marcado pela ideia imanentista da ação, impressiona uma certa antevisão da autonomia da ação processual: “O direito não pode existir

sem a ação, do mesmo modo que a ação não existe sem o direito. A forma da ação porém pode existir sem a ação e sem o direito. Ter um direito, ter uma ação, não é o mesmo que formar uma ação, porque a ação muitas vezes se propõe sem direito" (Introdução, XCI).

O Sergio nos revelaria, ainda, o seu extremo contentamento por ter sido saudado por seu contemporâneo e amigo, Sergio Tostes, uma amizade de quase sessenta anos!

Nos deleitaríamos, depois, com as histórias de tantos amigos seus, igualmente recipiendários da Medalha Teixeira de Freitas. Afinal, pelo menos para mim, ao longo dessa maravilhosa convivência que nos une, é que conheci Sepúlveda Pertence, Nilo Batista, Eduardo Seabra Fagundes, Eros Roberto Grau, Fabio Konder Comparato, Evandro Lins e Silva, Egas Moniz de Aragão, José Frederico Marques, Otto Eduardo Vicente de Andrade Gil, Raymundo Faoro, além dos meus professores na UERJ, Ricardo Cesar Pereira Lira e José Carlos Barbosa Moreira.

Entretanto, para não envergonhar demasiadamente este orador, como tradutor infiel do que poderia ser dito, com muito mais graça e erudição, pelo homenageado, reconheça-se que a sua ausência na data de hoje, o que certamente poderá ser reparado em breve pelo próprio homenageado, abre, ao menos a oportunidade, sem os inconvenientes que teria o Sergio, de realçar as suas próprias qualidades de advogado, professor e homem público.

Quiseram os meus pares, no Conselho do Escritório (Marcelo Fontes, Alexandre Sigmaringa Seixas, Guilherme Valdetaro, Marcelo Carpenter, Fabiano Robalinho, Pedro Marinho Nunes, Andre Silveira e Caetano Berenguer), pela objetiva e talvez não muito feliz circunstância de que sou o mais antigo dentre eles, que eu destacasse as virtudes do homenageado ao lado do meu querido sócio, Alexandre Sigmaringa Seixas, que acabou de ler a carta de agradecimento do Sergio.

Permitam-se, primeiramente, identificar algumas coincidências que aproximam essas duas genialidades – a de hoje e a de outrora. Assim como Teixeira de Freitas, Sergio Bermudes nasceu em uma cidade do interior, com denominações oriundas do mesmo radical: Cachoeiro do Itapemirim e de Cachoeira na Bahia, ainda que o termo "Cachoeiro" não diga respeito a uma queda d›água, mas, sim, aos pequenos redemoinhos que o Rio Itapemirim forma em frente àquela cidade do Espírito Santo.

Embora destacado pela sua magistral atuação no campo do Direito Civil, é preciso lembrar que Teixeira de Freitas também se dedicou ao Processo Civil, ao adaptar, para o Brasil, duas obras clássicas portuguesas: "As Primeiras Linhas sobre o Processo Civil", de Joaquim José Caetano Pereira e Souza e a "Doutrina das Ações", de José Homem Correia Teles. Aliás, Sergio, por sua vez, nesse mesmo propósito de manter viva uma obra processual renomada, se dedicou, incansavelmente, à atualização dos Comentários de Pontes de Miranda ao CPC de 1973.

A escolha de Sergio Bermudes pelos eminentes membros do Conselho Superior do IAB, por certo, reflete por conceder relevo à Ciência Processual, pois, como afirma Couture, a lei do processo, tomada em seu conjunto, é "a lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça".

Nas palavras do próprio homenageado, por ocasião da entrega da honraria do IAB a José de Frederico Marques:

> Isto significa, por outro lado, que esta Casa tem plena e lúcida compreensão de que o processo é sobretudo direito processual, ou seja, o conjunto sistemático de princípios e normas destinados a assegurar a resolução justa dos litígios, a fim de ser dado a cada um o que é seu, com a defesa absoluta dos direitos subjetivos que possam ter sido postos em perigo ou violados.

O processo, como instrumento da tutela constitucional dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, por sua vez, nos recorda da postura humana de Teixeira de Freitas que se recusou a tratar da escravidão no seu esboço de codificação do Direito Civil.

Sergio, obviamente, em escala muito mais singela do que Teixeira de Freitas, também participou, de forma bastante ativa, de esforços modernizadores do Direito Positivo brasileiro, ao integrar, com Luis Antonio de Andrade, Calmon de Passos e Kazuo Watanabe, a Comissão Revisora do Código de Processo Civil. Mesmo que frustrada essa reforma de 1985, não há dúvida de que aquele anteprojeto constituiu a gênese das reformas do Código de 1973 nas décadas seguintes e que culminaram no Novo Código de Processo Civil de 2015. Basta ver que, entre outras diversas medidas, foi ali que primeiro se propôs a criação do instituto da tutela antecipada.

Outras contribuições de Sergio Bermudes podem ser identificadas. Há, muito nítido, o dedo do Sergio na ideia do parágrafo 3.º do art. 1012 do Novo CPC.

Realmente, desde a reforma do CPC, na década de 80 do século passado, ou, se quiserem, do milênio passado, Sergio já profligava essa nossa mania de complicar. A concessão de efeito suspensivo dependeria, como agora se institui no novo CPC, de seis simples requerimentos, sendo desnecessária a interposição de agravo de instrumento ou ajuizamento de medida cautelar.

Assim como em Teixeira de Freitas, as proposições feitas pelos juristas, ainda que não aceitas imediatamente, acabam por frutificar de algum modo. E faço essa observação para destacar também a importância dos pareceres do IAB, que procuram dar algum sentido a um processo legislativo cada vez mais descuidado.

As histórias que o Sergio nos conta e que estão gravadas em sua privilegiada memória mostram que esse caminho que o trouxe até aqui hoje foi árduo. Os primeiros anos foram difíceis, repletos de desafios e provações. Quem de nós nunca ouviu falar dos tempos do antigo Edifício Rajah e das aulas de inglês, ministradas para auxiliar o sustento.

Recém-formado, com a experiência de estudante, acrescida dos ensinamentos hauridos no entorno do escritório de advocacia de seu pai, Dr. Ailton Bermudes, Sergio fundou o escritório.

Seu talento rapidamente apareceu e floresceu em diversas áreas. Muito precocemente, Sergio travou contato com os pró-homens da advocacia nacional, como Dario de Almeida Magalhães e com gigantes do mundo acadêmico, em especial, os estudiosos do Processo Civil. Granjeou amizades, dentre tantos, de Hélio Tornaghi, Egas Moniz de Aragão, José Carlos Barbosa Moreira e Mauro Cappelletti.

Aos 26 anos – isso mesmo, com somente 26 anos – Sergio publicou seu livro sobre "Recursos" na conhecida coleção "Curso de Direito Processual Civil" da editora Borsoi, por ele mesmo coordenada. Já, no ano seguinte, saía do prelo a "Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil". A essas duas obras, várias outras se seguiram com destaque, pelo vulto e pelo fôlego, para a já referida atualização dos "Comentários ao Código de Processo Civil" de Pontes de Miranda.

Dizem que, após cair-lhe nas mãos os Relatórios do Prefeito de Palmeiras dos Índios, Augusto Frederico Schmidt convidou Graciliano Ramos para a publicação de um romance (Caetés), porque antevira, por detrás do estilo do "prefeito matuto", um enorme literato. Quem teve a oportunidade de ler os livros de Processo Civil do Sergio, principalmente, a "Introdução ao Processo Civil", pôde ter uma experiência semelhante à de Augusto Schmidt, eis que lá se prenunciava o nascimento das «Uvas da Raiva» e de «Mozart não tinha Playback», obras literárias de indiscutível valor.

Não é possível falar do Sergio sem lembrar o professor. A atuação do Sergio não se limita as aclamadas aulas na querida Pontifícia Universidade Católica, nem as palestras que encantam e fascinam auditórios dos mais diversos. Sergio formou, na academia e fora dela, uma enorme geração de advogados. Em uma alocução em homenagem ao Sergio, Marcelo Fontes lembrou, com enorme razão, que a esmagadora maioria dos bons advogados de litígio do Rio de Janeiro, que hoje trabalham nos mais diversos escritórios e foram discípulos do Sergio na universidade ou na vida. Sergio, dentro e fora do escritório, forjou talentos, como os de Gustavo Martins de Almeida e Ivan Nunes Ferreira, presentes nesta noite.

Como uma vez disse Mahatma Gandhi, "uma vida sem religião é como um barco sem leme". Seguindo esse princípio, Sergio pauta a sua vida pela sua fervorosa religiosidade, o que também identificava Teixeira de Freitas. Se dela não fossem testemunhas as missas mensais, celebradas em sua sala, no escritório do Rio, sua extrema dedicação pela solução dos problemas da Igreja constituiria a prova definitiva. Basta lembrar-se de sua luta hercúlea na defesa das Ursulinas e da verdadeira cruzada empreendida antes, durante e depois da Jornada Mundial da Juventude, em razão da qual recebeu a benção apostólica de Sua Santidade.

Não se pode deixar de olvidar a generosidade do Sergio, que não poupa esforços em ajudar os colegas de escritório, os amigos e até completos estranhos. Aqueles que têm o privilégio de conviver com ele mais amiúde enfileirarão testemunhos de seu desprendimento, principalmente, na ajuda aos menos afortunados, como ocorreu nas severas enchentes que atingiram o Espírito Santo há alguns anos.

Em seus sermões, nas missas, na sala do Sergio, nosso capelão, Padre Luiz Antônio Dorneles, com frequência, nos recorda de que "as palavras convencem, mas os exemplos arrastam". O exemplo do Sergio nos arrasta e nos molda. Sua dedicação pelo direito e pelo direito do cliente, bem como sua inexcedível correção e lisura são os nortes do escritório e de todos nós.

Mas afinal, se todas essas atribuições justificam a concessão da Medalha Teixeira

de Freitas a Sergio Bermudes, qual a sua marca mais representativa? Seria a generosidade desinteressada, suas sustentações empolgantes, a refinada escrita, o carisma pessoal que magnetiza as plateias, o profundo conhecimento da ciência jurídica?

Curiosamente, o Evangelho desse último domingo, Dia dos Pais, ajudou esse narrador a bem definir essa virtude maior de Sergio Bermudes:

> Pelas três horas da manhã, Jesus veio até os discípulos, andando sobre o mar. Quando os discípulos o avistaram andando sobre o mar, ficaram apavorados e disseram: 'É um fantasma'. E partiram de medo.
>
> Jesus, porém, logo lhes disse: 'Coragem! Sou eu. Não tenhais medo' (MT:14, 25-27).

Coragem! Não Tenhais medo! Sergio Bermudes adotou, em sua vida, esse moto e manteve sempre a coragem, confiante em que a verdade e a justiça prevaleceriam.

Nunca o vi se abalar diante das adversidades. Coragem na defesa dos clientes, como quando praticamente determinou a um deles que não provisionasse o pagamento de uma indenização bilionária e absurda, porque tinha a convicção de que o STJ poria abaixo o acórdão imoral e injustificável.

Coragem cívica, ao ser um dos poucos e corajosos juristas signatários, no auge da ditadura, da Carta aos Brasileiros, de Gofredo Telles Junior, na qual, sem meias palavras, se afirmava, com extrema atualidade, que:

> Como cultores da Ciência do Direito e do Estado, nós nos recusamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós, a Ditadura se chama Ditadura, e a Democracia se chama Democracia.
>
> Os governantes que dão o nome de Democracia à Ditatura nunca nos enganaram e não nos enganarão. Nós sabemos que eles estarão atirando, sobre os ombros do povo, um manto de irrisão.

Coragem, principalmente, de atender ao chamado de Heleno Fragoso, pai de seus amigos, José Carlos Fragoso e Fernando Fragoso, em nome de quem homenageio todos os Presidentes da IAB. Em conjunto com Heleno, Marco Antonio Rodrigues Barbosa e Samuel MacDowell de Figueiredo, Sergio idealizou e propôs a ação que constitui um marco na história da Justiça brasileira, eviscerando a prática da tortura estatal que vitimou o jornalista Wladimir Herzog. E isso, prezados amigos, em abril de 1976, por um jovem de apenas 29 anos, quando ainda se matava, sem piedade, os opositores do regime, como ocorreu, por exemplo, no final daquele mesmo ano de 1976, na terrível Chacina da Lapa.

O próprio Sergio Bermudes narrou aquele episódio recentemente, ao receber a medalha Raymundo Faoro da Ordem dos Advogados do Brasil:

> Estava eu em Buenos Aires, convidado da cadeira de Filosofia do Direito, quando ouvi a notícia da morte, no Brasil, do jornalista Vladimir Herzog, que, na versão oficial, se teria suicidado na prisão, quando, na verdade, fora torturado até a morte. Voltei ao Brasil. Heleno Fragoso procurou-me para dizer que a viúva de Herzog não se conformava com o assassinato do marido, apurado num inquérito policial militar, de fancaria, instaurado para determinar as causas – note-se bem – 'do sui-

cídio', conforme a portaria determinante da investigação, extinta a requerimento do Ministério Público Militar. Por causa do antissemitismo, a família não queria que se deduzisse qualquer pretensão financeira contra a União Federal. Propus, então, uma ação meramente declaratória, na qual a viúva e os dois filhos não pediam qualquer compensação financeira pela desgraça que a ditadura sanguinária e assassina fizera abater sobre ela. Completa a prova de que Vladimir havia sido torturado até a morte, o juiz Marcio José de Moraes, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, depois desembargador do TRF da 3ª Região, acolheu o pedido, formulado na ação. Num tempo em que a ação meramente declaratória não levava a um título executivo judicial, a sentença declarou o direito da autora e seus filhos a receberem da União uma compensação pelos danos morais e materiais sofridos pela prisão arbitrária, torturas e morte de Vladimir Herzog. Essa sentença ainda não foi analisada na extensão completa do seu significado: o Estado brasileiro, por seu Judiciário, reconheceu que ele próprio, Estado brasileiro, por seu Executivo, usava a tortura como meio de investigação de supostos eventos políticos. Quantas mortes decorrentes de prisões arbitrárias e torturas de pessoas supostamente envolvidas em atividades consideradas subversivas! Hoje, vigorante o estado de direito, espanta e admira que pudessem ser presas pessoas vítimas da ditadura por supostas atividades contra o governo. A "sentença Herzog" eleva o Judiciário do país. Enobrece o poder que a proferiu. Converteu-se em símbolo da resistência brasileira ao arbítrio. Fica ela como monumento da reação brasileira à ditadura e também como alerta contra outras tentativas de combalir o estado de direito. É preciso ter essa decisão e as que a ela sucederam como a mostra da resistência de um povo contra o arbítrio.

Enfim, está de parabéns o IAB, pois a vida de Sergio Bermudes espelha muito bem o seu compromisso com a realização de um ideal tão bem expresso por ele próprio: " de que todo o sistema de adaptação do homem na sociedade caminhe lenta, mas inevitavelmente, na direção ao sonho dos que, de olhos voltados para o alto, se empenham na criação da realidade resumida neste dístico: um só direito, num mundo único, convertido na pátria sem fronteiras do homem, finalmente digno da imagem e da semelhança de Deus".

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2023.
Marcio Vieira Souto Costa Ferreira

CARTA DE SERGIO BERMUDES

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2023.

Ilmo. Sr.

Dr. Sydney Limeira Sanches,

Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros,

Ilmos. Srs. Drs. Diretores e Membros do Conselho Superior,

Recebi comovido a notícia de que eu seria agraciado com a Medalha Teixeira de Freitas, o maior galardão que um advogado brasileiro pode receber. A condecoração, concedida àqueles que contribuíram relevantemente para o Direito e a Justiça, é motivo de enorme honra e alegria, seja pela gigantesca importância da tradicional medalha, seja pela magnitude do imenso jurista que lhe empresta o nome: Teixeira de Freitas, Ex-Presidente desta Casa e um dos maiores juristas da história brasileira, homem de cultura ímpar e mente atilada, bem à frente do seu tempo. Teixeira de Freitas deixou uma obra volumosa e revolucionária, que marcou toda a evolução do Direito nacional.

Orgulha-me, ainda, poder ombrear com outros agraciados esta extraordinária comenda, refiro-me, por todos, aos meus saudosos amigos, José Carlos Barbosa Moreira e José Paulo Sepúlveda Pertence, infelizmente, recém-falecido.

Meu júbilo aumenta sobremaneira quando lembro que a Medalha Teixeira de Freitas me é concedida por ocasião do 180° Aniversário do Instituto dos Advogados Brasileiros, que tenho o prazer de integrar desde 1988. A Casa de Montezuma, embora seja a mais antiga das instituições jurídicas das Américas e tenha forjado a cultura jurídica nacional, ainda tem olhos para o futuro e os novos desafios da comunidade jurídica e da democracia.

Honra-me também saber que essa medalha parte de uma iniciativa do erudito Presidente, Sydney Limeira Sanches, aprovada pela nobre diretoria, bem como de meu grande e antigo amigo, Sergio Tostes, companheiro de muitas lutas, desde os bancos da antiga Universidade do Estado da Guanabara. Agradeço ainda aos membros do Conselho Superior deste venerável Instituto que ecoaram a ideia de me agraciar com tamanha distinção.

Não sei se me encontro à altura de tão grande honraria. Estudei com afinco, trabalhei duro, com seriedade e dedicação. Sempre tentei, ao longo de décadas, me colocar ao lado do bom direito, dos princípios e da ética. Tenho a certeza de que deixo um legado, formado pelos livros, artigos e pareceres que escrevi, pelas aulas que ministrei, pelas palestras que proferi, pelas causas que defendi, algumas de relevância para a história do Brasil, como a do caso Herzog, mas, principalmente, pela formação de inúmeros advogados e pela fundação e desenvolvimento do escritório, que leva o meu nome e muito me

envaidece. Fundado pequenino, em 1969, o escritório cresceu e vicejou não só pelo meu trabalho, mas ainda pela atuação primorosa e abnegada de vários colegas e colaboradores que o integram, alguns há mais de três décadas.

Infelizmente, minha condição atual de saúde não permite que eu esteja presente nesta sessão, para receber, pessoalmente, essa magnífica medalha, como era o meu mais profundo desejo, porém deixo, por meio desta carta, meus sinceros agradecimentos aos membros do IAB e a seu culto Presidente. Espero que, em breve, possa estar com cada um de vocês para louvar essa enorme honraria, com um abraço forte e fraterno.

Afetuosamente,

Sergio Bermudes

ARTIGOS

1. ASPECTOS JURÍDICOS DA GREVE NO INTERIOR DA EMPRESA

Aderson Bussinger Carvalho[1]

RESUMO: O artigo tem como objetivo debater a defesa jurídica de trabalhadores, quando no exercício do direito humano de greve, sobretudo a greve, ao ser realizada no interior da empresa, denominada "ocupação". São discutidos os aspectos jurídicos, históricos e sociais que devem estar contidos na atuação do advogado sindical. Quanto à greve de ocupação, são analisadas as peculiaridades dessa modalidade de movimento coletivo do trabalho, assim como expostas as principais linhas de argumentação em jogo e os desafios que impõem ao advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Greve de ocupação; Direitos Humanos; Argumentação de Defesa.

1.1 INTRODUÇÃO

Atuando como advogado sindical há mais de 30 anos, as greves foram, desde o início da carreira, um dos maiores desafios no exercício da profissão. Seja por toda a complexidade jurídica que trazem consigo, seja pela sua interseção com os universos sociológicos e político, decorrentes desse movimento que é uma das marcas da Revolução Industrial do século XIX e segue na atualidade a atrair e demandar a nossa atenção.

Este artigo, que foi publicado originalmente pela Editora LTr, em edição "80 anos da CLT", e lançado durante o 44 CONAT, em Porto Seguro (BA), se propõe a condensar, em algumas páginas, um pouco da experiência profissional, acumulada na defesa jurídica desse tipo de conflito coletivo do trabalho, valendo-me do período em que fui advogado e coordenador do Departamento Jurídico do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e região entre os anos de 1991 e 1998, entre outras experiências posteriores.

Na prática, são diversas as modalidades de greve, mas este artigo terá como foco a que ocorre no interior das empresas, pois considero esta modalidade mais complexa: a greve de ocupação é capaz de atrair uma gama de reações simultâneas, sejam patronais, estatais, sejam no âmbito trabalhista, cível e criminal, além das diversas narrativas que a sua realização também desperta.

Para além do cumprimento de prazos, o que sempre se recomenda indispensável ao advogado, o objetivo é compilar as lições que somente os anos entre a teoria e a prática puderam lapidar. Nesse sentido, importará desenvolver algumas questões que entendo relevantes para a defesa dos grevistas, sobretudo ante a reação do Estado.

[1] Advogado sindical. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Membro efetivo do IAB, Diretor-Representante da AFAT junto a ABRAT e Diretor do Centro Documentação e Pesquisa da seccional OAB-RJ. Advogado do Sindipetro-Duque de Caxias, Sindicato dos Metalúrgicos de Volta Redonda, Sindicato dos Portuários-RJ, Sindicato dos Trabalhadores no Combate às Endemias e Saúde do RJ, entre outros.

A fim de que os objetivos sejam alcançados, o artigo está divido em três seções principais. Na primeira, trabalho brevemente a natureza jurídica da greve e a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro; na segunda, busco ressaltar a importância, para o exercício profissional, de desenvolver a habilidade de contextualizar o movimento grevista para além dos seus parâmetros jurídicos; por fim, na terceira, discuto o tratamento da greve de ocupação e as controvérsias argumentativas que suscitam para o advogado de trabalhadores.

1.2 A NATUREZA JURÍDICA DA GREVE

A rigor, para que se possa compreender a natureza jurídica da greve, há que enquadrá-la como a liberdade do exercício de uma vontade lícita. É o que nos ensina o jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado, assinalando, com a contundência e a objetividade de suas lições, que a greve, como direito coletivo, não está sujeita à oposição, dado o seu caráter protestativo.[2]

Acrescento que não há como se cogitar outro tratamento da natureza jurídica da greve. Uma vez que os trabalhadores são sujeitos de um direito legítimo e positivado, não podem ser cerceados arbitrariamente de seu exercício, sejam quaisquer das modalidades de paralisação, sob pena de se negligenciar a autonomia privada coletiva, reconhecida pelo Estado de Direito em ações e comportamentos líticos. Em outras palavras, trata-se da autonomia no contexto específico do que a Constituição Federal assegura à coletividade de trabalhadores.

Atualmente, o direito de greve tem sólida previsão no art. 9.º, caput da Constituição Federal de 1988.[3] O dispositivo constitucional, além de assegurar o exercício do direito, expressamente confere aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que desejam defender. Ou seja: o quando e o porquê da deflagração do movimento grevista, que é a expressão de um direito social.[4]

Não posso deixar de externar o meu entendimento de que as greves, a organização dos trabalhadores, os seus movimentos reivindicatórios são também expressões de Direitos Humanos, exercidas por uma coletividade de cidadãos-trabalhadores-grevistas, cujas ações se destinam a buscar a dignidade humana no plano das relações laborais, por meio das mais variadas demandas remuneratórias e de condições de trabalho. Conforme assinalado pela Ministra do TST, Delaide Miranda Arantes, em seu recente livro "Trabalho Decente", a dignidade da pessoa humana é o núcleo paradigmático dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais Trabalhistas.[5]

---

[2] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

[3] Art. 9.º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

[4] Sobre essa autonomia de vontade coletiva, cumpre dizer que nem mesmo nas atividades essenciais a greve é, *a priori*, proibida. O art. 9.º da Constituição, em seu §1.º, apenas determina que a lei irá definir os serviços ou as atividades essenciais – o que, como sabemos, está definido no art.10 da Lei n.º 7.783/89.

[5] ARANTES, Delaide Alves Miranda. **Trabalho decente**: uma análise na perspectiva dos direitos humanos trabalhistas a partir do padrão decisório do Tribunal Superior do Trabalho. 1 ed. São Paulo: LTr, 2023, p. 50.

É preciso ter claro que a atual quadra constitucional constitui uma conquista dos movimentos de luta dos trabalhadores. Na história constitucional brasileira, o direito de greve foi reconhecido somente a partir da Constituição de 1946. Em 1937, as greves foram tratadas como criminosas, assim como em junho/julho de 1917: os trabalhadores que realizaram a famosa greve geral, com o foco situado principalmente na cidade de São Paulo, foram vítimas de brutal repressão.[6]

No entanto, se, por um lado, houve a deferência do constituinte de 1988 ao direito de greve, por outro lado, o seu exercício é submetido a uma série de condições. A regulamentação da greve está contida na Lei n.º 7.783/89, que impôs uma série de exigências e requisitos para a suspensão temporária da prestação de serviços. São exemplos: a aferição de convocação de assembleia; o quórum mínimo para deliberação; a notificação prévia de 48 horas na maioria das atividades e de 72 horas naquelas consideradas essenciais; o esgotamento de negociação; a manutenção de funcionamento de equipamentos, cuja paralisação possa trazer prejuízo irreparável; o atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade; a aplicação de algumas penalidades pelo descumprimento legal, como multas.[7]

A Lei n.º 7.783/89 foi objeto de questionamento acerca da sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, corretamente sendo questionado que a sua aplicação resultava em cerceamento do exercício do direito de greve. No entanto, o diploma legal foi julgado constitucional, sendo o parâmetro não somente em relação aos trabalhadores da iniciativa privada, como também ratificado como parâmetro para o serviço público.[8]

Embora siga entendendo que parte das exigências contidas na regulamentação legal é inconstitucional, reafirmo a prudente orientação jurídica que deve sempre ser feita por um advogado sindical em todas as greves: cumpram todas as formalidades que puderem cumprir, o que – como bem sabemos – não livrará o movimento grevista de eventuais problemas, mas ao menos contribuirá para redução deles.

Em verdade, ainda que não se possa subtrair a legitimidade de um movimento que decorra da vontade coletiva dos trabalhadores, independentemente dos regramentos legais, é forçoso reconhecer que, muitas vezes, o cumprimento de formalidades mínimas não acarretaria nenhum prejuízo ao movimento deliberado. Isso faz parte das angústias vividas na advocacia sindical ante a algumas precipitações desnecessárias por parte dos trabalhadores-grevistas, pois a espontaneidade é um dos ingredientes das relações coletivas do trabalho, assim como a intolerância em relação ao descumprimento de formalidades secundárias.

---

[6] BORIS, Koval. **História do proletariado brasileiro**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982. Título original em russo: ISTORIA BRAZILISKOVO PROLETARIATA, 1857 a 1967, ISDALISTVA NAUKA, Moscou ,1968, VAAP-Moscou-URSS.

[7] Os requisitos não serão tratados pormenorizadamente, tendo em vista os limites e os objetivos deste artigo. De todo modo, a lei é razoavelmente didática a respeito dos requisitos, e a sua leitura, por si só imprescindível, supre em certa medida as limitações.

[8] Conforme decidiu o STF no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, tendo sido determinado por analogia a aplicação das normas que regulam o direito de greve no setor privado ao segmento de servidores públicos.

Essas recomendações que ora faço não deixam de ser intuitivas para um advogado sindical, comprometido com a diligência de sua atuação. A defesa jurídica pressupõe, em primeiro lugar, não abrir espaço para que a greve seja declarada em desconformidade com a legislação. Porém, a atuação do advogado sindical, sobretudo quando atua na assessoria jurídica de greves, vai mais além: exige também uma visão histórica e social do conflito, que repercute não somente na esfera judiciária,[9] mas também no conjunto das instituições, na relação com as forças de segurança, no diálogo com os poderes Executivo e Legislativo (sobretudo em greves que abrangem o serviço público, em que essa análise é fundamental).

1.3 A IMPORTÂNCIA DE UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E SOCIAL DA GREVE

Há notícias de movimentos de paralisação de trabalhadores já no "mundo antigo", em Tebas (2100 a.C) e Roma (493 a.C), assim como na Era Cristã, na Normandia (977) e Bretanha (1008).[10] Não obstante, essas ocorrências históricas estão distantes do fenômeno grevista como conhecemos, decorrente da ascensão do modo de produção capitalista. O século XIX foi marcado pela notória efervecência de greves organizadas pelo operariado de países, como França, Alemanha, Inglaterra, tidos como o "berço do sindicalismo". A sociedade, sendo organizada sob o modelo econômico do capitalismo, foi o "habitat natual" desse movimento de trabalhadores. Podemos dizer que está na origem da formação do Direito Sindical, outrora denominado até como "Direito Operário". Atualmente, o direito de greve é contemplado nas legislações nacionais e internacionais e, com abrangência muito mais ampla, abarca um conjunto dos trabalhadores diversos, inclusive os oriundos do setor dos serviços públicos.[11]

Conforme observa Marcio Tulio Viana, existe um conceito comum de greve e um conceito jurídico: o primeiro define a greve como a simples recusa de cumprir as funções, enquanto o segundo tem conformidade com a legislação de cada país.[12] Para o que interessa discutir neste artigo, a greve é essencialmente a paralisação da produção ou do serviço por parte dos empregados, sendo uma insubmissão coletiva que o Direito reconheceu e incorporou, ainda que a limitando. Em outras palavras, a greve trata do fundamental fato de que, em determinado momento e situação, os trabalhadores resolvem coletivamente suspender o trabalho, seja ele de qual natureza for, inclusive uma atividade policial.[13]

[9] Refiro-me aqui a orientar sobre os prazos e formalidades exigidas, zelar pelo cumprimento dos prazos nos dissídios e nas ações judiciais decorrentes da paralisação, assim como o conhecimento básico de Direito Administrativo e, muitas vezes, de conhecimentos mais específicos a depender do tipo de serviço estatal abalado pela greve (por exemplo, paralisação na área de saúde pública, hospitais, postos de saúde, ou, para ir mais além, em empresa de material bélico).

[10] CASTRO, Pedro. **Greve**: fatos e significados. São Paulo: Brasiliense, 1986.

[11] Não posso deixar de citar a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dedica duas de suas principais Convenções, as de n.º 87 e 98, aos temas da proteção do direito de greve, da liberdade sindical, da organização e negociação coletiva.

[12] VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 66, n. 1, p. 116-150, jan./mar. 2000.

[13] Mesmo consideradas ilegais, ocorrem frequentemente paralisações em forças de segurança pública, como são exemplos os policiais e os bombeiros

Os motivos que levam a decisão de paralisação são variados. Por exemplo, podem ser apenas de natureza política e com vistas a obter algum resultado, político ou material. Todavia, sejam quais forem os motivos, a greve em si é sempre um empecilho para o funcionamento do sistema econômico e político, o que explica o histórico de reação estatal, muitas vezes, virulenta.

Pensar a greve, situando-a historicamente, exige ainda não perder de vista que, ao longo do tempo, a classe trabalhadora mudou em composição e caracteríticas. No caso brasileiro, passamos da predominância agrária para a industrial, quando milhares de agricultores deixaram o cultivo da terra – ou mesmo fugindo das secas – para aprender outros ofícios nas cidades, indo parar em oficinas e indústrias. Cumpre destacar também o papel social das greves gerais. Por exemplo, a forte atuação das mulheres na Greve Geral de 1917, e os operários negros que lutaram e exigiram o reconhecimento político.

Não podemos considerar um fato isolado, ou seja, que um operário negro, Minervino de Oliveira, tenha sido o primeiro candidato à Presidência de esquerda nas eleições de 1930, pelo Bloco Operário Camponês. Minervino de Oliveira foi um marmorista que se transformou em liderança exatamente pelas lutas trabalhistas no Rio de Janeiro.[14] [15] [16] Assim como não podemos ignorar que, pelo reflexo direto do papel das greves no Brasil, o atual Presidente da República, Luiz Ignácio Lula da Silva, foi um ex-líder operário de greves do ABC Paulista e notória referência de greves em todo o país, tendo diretamente participado da fundação da maior central sindical, a CUT, e um dos maiores partidos de trabalhadores do mundo, o PT.

Mudanças mais recentes na composição da classe trabalhadora brasileira podem ser identificadas, por exemplo, no contingente de trabalhadores informais. Uma categoria emblemática são os entregadores de aplicativos, e fato é que a greve segue sendo um instrumento de luta recorrente: os entregadores convocaram e realizaram uma greve nacional em 2013, paralisações entre os anos de 2020 e 2022 e, recentemente, no mês de junho de 2023, quando foi convocada nova paralisação desse segmento.[17]

Em suma, o objetivo, nesta seção, consiste em assinalar que, em maior ou menor frequência, a greve é parte integrante das relações de trabalho e possui uma dimensão histórica, econômica e política que o advogado sindical de trabalhadores não pode desconsiderar. Isso porque, sem levar em conta esses componentes em sua atuação, corre o risco de atuar "no escuro", não enxergando o todo no qual a sua atuação profissional está inserida: sem se afastar do rigor dos parâmetros de seu ofício e, concomitantemente, sem deixar de considerar os diversos fatores que o perpassam, assim como influem sobre todo o sistema de justiça.

[14] KAREPOVS, Dainis. **A classe operária vai ao parlamento:** O bloco operário e camponês do Brasil. São Paulo: Alameda, 2006.
[15] PEREIRA, Astrojildo. A Formação do PCB (1922-1928). Lisboa: Prelo, 1976.
[16] SODRÉ, Nelson Werneck**. Contribuição à história do PCB**. São Paulo: Global, 1984.
[17] MONCAU, Gabriela. Entregadores de iFood convocam greve nacional para esta sexta (9). **Sul21**, 7 de junho de 2023. Disponível em: https://sul21.com.br/noticias/geral/2023/06/entregadores-de-ifood-convocam-greve-nacional-para-esta-sexta-9/. Acesso em: jul. 2023.

1.4 A GREVE QUANDO REALIZADA NO INTERIOR DAS EMPRESAS E ASPECTOS RELEVANTES

De princípio, cabe assinalar que a greve de ocupação traz um elemento ativo que a diferencia dos demais movimentos de simples negativa de trabalho: a presença no interior da unidade de produção ou serviço, ou seja, a greve de ocupação. Esse elemento suscita a reação patronal-estatal sob o fundamento de infringência dos dispositivos legais e constitucionais protetivos da propriedade privada.

Nesse sentido, é mais que importante esclarecer que não estamos tratando de uma hipotética situação em que um coletivo de trabalhadores resolveu invadir uma empresa ou nela permanecer. Trata-se da participação em um movimento trabalhista específico – o movimento grevista. A greve de ocupação é considerada pela doutrina como uma das modalidades de greve, o que independe do juízo de valor que se faça sobre o fenômeno. Não é impossível separá-lo do universo das relações coletivas do trabalho.

É necessário tratar a greve de ocupação como uma modalidade de greve e tão somente isso, sob pena de recusarmos a própria legitimidade que o sistema jurídico empresta ao direito de paralisação coletiva. Como esclarece Segadas Vianna, a ocupação dos locais de trabalho visa, sobretudo, a evitar que os empregadores possam admitir novos empregados para substituir os grevistas ou que os trabalhos continuem com operários que se tenham recusado a aderir à greve, o que evidencia claramente objetivos vinculados, exclusivamente, ao movimento trabalhista em questão.[18]

Amauri Mascaro Nascimento argumenta que a ocupação de estabelecimento viola princípios dos direitos de propriedade e de liberdade individual, sendo uma espécie de "tomada de poder da empresa".[19] Esse entendimento tem por consequência remeter a greve à concepção subjetivista de Savigny e à concepção objetivista de Ihering, como lemos nos ensinamentos civilistas de Orlando Gomes sobre a natureza jurídica e a fundamentação da proteção possessória.[20] Entretanto, há de se perguntar: É exatamente essa a posse de que estamos tratando, ao analisar uma greve de ocupação, feita por empregados, vinculada juridicamente à empresa, no contexto do exercício de um direito constitucional coletivo?[21]

Mesmo sob o ponto de vista dos conceitos de propriedade e posse, a greve de ocupação é coerente com o escopo do movimento de natureza trabalhista, uma vez que os trabalhadores não pretendem obter a posse do imóvel. Toda experiência que acumulei na assessoria de greves de ocupação me leva a afirmar que essas não podem ser tratadas pelo critério civilista da ameaça ou violação do direito de propriedade.

O movimento grevista se vale da presença na empresa para objetivos vinculados

[18] VIANNA, Segadas. **Greve**: direito ou violência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
[19] NASCIMENTO, Amauri Mascaro; VIDAL NETO, Pedro (Orgs.). **Direito de Greve**. São Paulo: LTr, 1984, p. 124.
[20] GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.
[21] Como admitir que os empregados em greve, vinculados pela CLT à determinada empresa, sejam de uma hora para outra tratados como invasores na forma contida no art. 202 do Código Penal brasileiro?

ao próprio movimento, dentre os quais podemos citar: (i) evitar que outros trabalhadores contratados ilegalmente pelo empregador ocupem o lugar dos grevistas; (ii) proteger o patrimônio da empresa durante o movimento, de modo que sejam evitados prejuízos; (iii) realizar assembleias permanentes em local seguro, no interior da empresa; (iv) preparar experiências de recuperação de empresas, em caso de falência.

Nesse ponto, cumpre dizer que, quanto à proteção da empresa, fui testemunhei diversas situações de quebra de negócios, cuja presença dos empregados no local de trabalho efetivamente impediu ocorrências ilícitas, como furto de maquinário ou de matéria-prima, protegendo o patrimônio que seria adiante objeto de processamento para fins indenizatórios. Posso aqui citar as greves da Mecânica Continental e da Engesa, nas quais atuei como o advogado dos trabalhadores que ocuparam suas instalações durante o movimento grevista no início da década de 90, no interior do Estado de São Paulo.[22]

Mas não é só. Tanto no Brasil como no mundo, as greves de ocupação já conduziram à adoção da via de autogestão como alternativa à eliminação dos postos de trabalho em casos de fechamento de unidades produtivas, ante a inviabilidade de prosseguimento do negócio por parte dos antigos proprietários. A autogestão deu lugar a empresas que não somente colocaram em dia o pagamento das dívidas trabalhistas e fiscais, como ainda prosseguiram na produção ou até inovaram em outro ramo de produção ou serviço.

De acordo com dados da Associação Nacional dos Trabalhadores em Autogestão (Anteag), a primeira experiência de recuperação de empresas por trabalhadores surgiu em 1991, na cidade de Franca, tradicional centro industrial de produção de calçados no interior do Estado de São Paulo. Na ocasião, a reação dos trabalhadores de uma fábrica de calçados à decretação da falência desembocou na constituição de uma empresa autogestionária, com o auxílio do sindicato da categoria, assegurando, assim, a preservação de centenas de empregos.[23]

São os elementos e os aspectos da realidade das greves de ocupação que devem ser analisados e compreendidos pelos advogados de trabalhadores, bem como pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público do Trabalho, a fim de a questão social não seja tratada, mais uma vez, como um "caso de polícia", como outrora se fazia no período da República Velha.

1.5 DESAFIOS ARGUMENTATIVOS PARA O ADVOGADO DE TRABALHADORES

Duas das principais linhas argumentativas opostas à greve de ocupação, no âmbito da Justiça do Trabalho, são a de que essa modalidade de greve consiste em um "movimento com motivação política" e a de que ofende o direito de propriedade, "espinha dorsal"

[22] No caso da Engesa, os trabalhadores criaram, à época, cooperativas de trabalho sob o nome de COOPERGESA. Atualmente, foi extinta.

[23] REVISTA DO BNDES. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, v. 13, n. 26, 2006. p. 115-138.

da Constituição Federal.[24] Unindo a habilidade de contextualização social do movimento grevista ao conhecimento jurídico da natureza da greve de ocupação, o advogado de trabalhadores pode enfrentar as linhas de argumentação, comumente oferecidas por parte dos empregadores. Nesta subseção, busco reunir os principais pontos que a defesa jurídica da greve de ocupação deve ser capaz de mobilizar.

Em primeiro lugar, o advogado de trabalhadores deve atuar na defesa de que a greve de ocupação é um movimento reivindicatório trabalhista, que também pode dispor de uma pauta política. Em outras palavras, a greve não se afasta do veio trabalhista que a caracteriza, mesmo em relação a greves políticas. Nessa perspectiva, me alinho ao entendimento de Mauricio Godinho Delgado, que enfatiza a validade desses movimentos políticos, quando se vinculam a fatores que repercutem no trabalho.[25] No Direito Comparado, cabe registrar que, na Itália e na Espanha, greves das polícias são admitidas legalmente, com a exceção de que não sejam revolucionárias.[26]

Em segundo lugar, o advogado de trabalhadores precisa notar que a argumentação patronal parte de premissa equivocada, ao pretender tratar a greve de ocupação como movimentos de expropriação. Salvo em situações de fato revolucionárias, esse não é nem de longe o caso, visto que não há, nessa modalidade de greve, o pleito da titularidade da propriedade da empresa. O que é pleiteado são pautas vinculadas às condições de trabalho.

Não podemos deixar de considerar, entretanto, que a argumentação patronal tem ampla aceitação nos tribunais. São numerosas as concessões de ordens de interditos possessórios em greves, inclusive quando não são de ocupação, mas, meras concentrações operárias nos portões das empresas, como ocorreu na recente ordem de interdito possessório, obtida pela CSN, em simples atraso na produção, enquanto havia a preparação de uma greve.[27] Ainda assim, o advogado sindical, ante os argumentos com base no direito de propriedade e no esbulho, deve fundamentar que se trata de dois direitos constitucionais – a greve e a propriedade – em relação aos quais não há hierarquicamente a sobreposição de um sobre o outro.

Como ensina Pedro Lenza, “regras e princípios são espécies de normas e que, enquanto referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente

[24] A propriedade privada é protegida pelas Cartas Constitucionais Liberais, sejam mais ou menos social-democratas ou adeptas ao constitucionalismo social, como a Constituição brasileira.

[25] O Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, afirma que “a validade desses movimentos [das greves políticas] será inquestionável, em especial, se a motivação política se vincular a fatores de significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas, não se tratando de mera instrumentalização político-partidária ou algo similar”. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24303961. Acesso em: 14 maio 2023.

[26] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo**:** Saraiva, 2017, p. 777. Cássio Mesquita Barros, como menciona Bezerra Leite, afirma que países, como a Itália e a Espanha, admitem as greves com objetivos eminentemente políticos, desde que não revolucionárias ‘’para remoção de obstáculos de ordem econômica e social que impedem o desenvolvimento da pessoa humana e a participação dos trabalhadores na organização política, econômica e social do país”.

[27] Processo n. Ref.: 0100357-77.2023.5.01.0341.

diante da ideia da unidade da Constituição".[28] A argumentação, por conseguinte, se traduzirá na ponderação entre os Direitos Fundamentais colidentes, sendo que, do ponto de vista de Lenza, deve prevalecer a norma que mais assegure a dignidade humana. Nesse sentido, o advogado não pode deixar de considerar a própria função social da propriedade.[29] A permanência dos trabalhadores grevistas no interior da unidade produtiva está associada, dentre outras formas de mobilização coletiva, ao propósito de promoção da dignidade humana, seja pelo atendimento de pauta salarial, seja em discussão mais ampla de gestão da empresa por seus próprios funcionários, como os exemplos de empresas que se transformaram em cooperativas de trabalho pela negociação dos passivos trabalhistas e do imóvel.[30]

O desafio argumentativo é o de apontar que o significado da norma deve ter como norte a prevalência da dignidade humana do coletivo de trabalhadores, envolvido no conflito, ante a infundada alegação de risco de subtração da propriedade.[31] Esse entendimento encontra alguma ressonância no âmbito judicial. Na ADPF n.º 123, que tratou do conflito entre a ação possessória e o exercício do direito de greve, há como resposta ao pedido de informações solicitadas pelo Ministro-Relator o que segue:

> No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região tem prevalecido o entendimento de que o deferimento de pedidos de interdito proibitório, tendentes atos perturbadores da posse de estabelecimentos empregadores, durante movimentos grevistas pacíficos, acabam por impedir o próprio exercício do direito de greve, violando, conseguintemente, o disposto no art. 9º da Constituição da República. [32]

Cumpre ainda apontar que, prevalecendo o direito de propriedade ante a greve de ocupação, significa tratar o fenômeno da greve como os litígios pela posse da terra são tratados. Ainda que fosse esse o caso, o MST possui a seu favor o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, no qual distingue a ocupação de terreno alheio do esbulho possessório propriamente dito.[33]

Evidente que não se incluem, na greve levada a efeito, no interior da empresa, em modalidade de ocupação, a aquiescência com a depredação, sabotagem de máquina, destruição de patrimônio. Isso forçosamente lança a greve em outra seara que não a trabalhista. Dessa forma, cabe ao advogado sindical expor, com muita objetividade, aos trabalhadores-grevistas e à direção do movimento quais as consequências decorrentes de

[28] LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.
[29] Art. 5.º, **XXIII**: a propriedade atenderá a sua função social.
[30] Embora excepcionais, mesmo esses casos são totalmente assimilados pelo sistema capitalista, com programas estatais de incremento dessas experiências.
[31] "A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores." MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386
[32] Resposta do Desembargador Vice-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, nos autos da APDF n.º 123.
[33] HC 4399 – SP.

ocorrências, como as anteriormente mencionadas: a criminalização e a consequente penalização dos envolvidos.[34]

Por fim, não poderia deixar também de comentar a enorme dificuldade, advinda de situações em que a greve é liderada não por um sindicato, jurídica e legitimamente constituído, mas, sim, por uma comissão de empresa ou simples coletivo de ação. Já me deparei, em diversas ocasiões, com esses casos que são até naturais ante às divergências que, por vezes, surgem entre as representações diretas de trabalhadores de determinada empresa e a direção à frente do sindicato.

Nessas situações, a saída é se valer da própria Lei n.º 7.783/89. Nos art. 4.º, § 2.º e art. 5.º, é conferida à comissão de trabalhadores legitimidade para participar do dissídio coletivo em caso de greve desde que não haja entidade sindical da categoria. Entendo que, nessas situações, a atuação da comissão eleita é viável, desde que se comprove a renúncia do sindicato em encaminhar ou representar o movimento. Reforça esse entendimento a Convenção n.º 135 da Organização Internacional do Trabalho, que dispensa proteção também às representações não sindicais, eleitas diretamente pelos empregados.[35]

1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo, procurei analisar a greve, reforçando tanto a importância da abordagem histórica e social desse tipo de conflito do trabalho quanto os aspectos jurídicos, sobretudo relacionados à greve de ocupação. Coloquei-me ao lado dos que entendem que a greve é a legítima manifestação de trabalhadores, visando a uma finalidade lícita. Sejam pelas pautas exclusivamente trabalhistas, sejam também de viés político, os motivos são prerrogativa dos trabalhadores que deflagram o movimento. São esses os termos do art. 9.º da Constituição Federal.

Por outro lado, não pude deixar de pautar os requisitos formais, exigidos pela Lei n.º 7.783/89. Ainda que possamos deles discordar em grande parte, é imprescindível o seu cumprimento para a proteção jurídica dos movimentos grevistas, incluída a greve de ocupação, que, assim como as outras modalidades, nasce de uma assembleia e desemboca em uma pauta. No geral, somente mais adiante o movimento se converte em ocupação da empresa, sem deixar de ser, por essa circunstância, uma greve.

Quanto a esse ponto, embora não seja o entendimento de fácil assimilação em um

[34] A proteção do patrimônio da empresa, onde tem lugar uma greve de ocupação, deve merecer particular cuidado dos grevistas, sobretudo em situações de falência, em que os bens do negócio são a garantia do recebimento dos créditos trabalhistas (ou pelo menos parte deles), ainda mais quando se propõe uma alternativa autogestionária, como já mencionado nesta seção. O bom estado do prédio e maquinário é essencial para um projeto viável nesse sentido.

[35] Convenção n. 135. Art. 3º: Para os fins da presente Convenção, os termos "representantes dos trabalhadores" designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam: a) representantes sindicais, a saber, representantes nomeados ou eleitos por sindicatos ou pelos membros de sindicatos; b) ou representantes eleitos, a saber, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

Judiciário, apegado ao formalismo e avesso à ponderação entre preceitos constitucionais, busquei desmistificar essa modalidade de manifestação coletiva do trabalho, quase sempre estigmatizada pelos empregadores como "baderna". A greve de ocupação, como greve que é, foi situada em primeiro lugar no rol de atos lícitos de vontade coletiva de cidadãos-empregados, titulares de Direitos Humanos, na forma da Constituição Federal brasileira e da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O meu objetivo, portanto, foi debater como a defesa jurídica consistente dos movimentos grevistas e, em particular, da greve no interior da empresa, na forma de ocupação dos trabalhadores da unidade industrial, onde é protagonizada por uma coletividade de cidadãos-trabalhadores-grevistas, precisa ser pautada nos preceitos e valores constitucionais que lhes dão o significado que possuem em nosso ordenamento.

Nesse sentido, o estatuto jurídico constitucional e legal da propriedade privada deve ser tratado com toda a objetividade e importância que incontestavelmente possui em nosso sistema jurídico e na maioria absoluta dos países. No entanto, isto não significa que seja um direito absoluto ante outros preceitos jurídicos de índole igualmente constitucional e universal, como o direito de greve. Destaco que não se pode deixar que a greve de ocupação, como uma das modalidades de greves, seja deslocada para outro lugar de apreciação que não as relações coletivas de trabalho e suas dinâmicas, observando-se os dispositivos constitucionais, legais e convencionais que tratam do tema.

Na análise das razões que tentam colocar essa modalidade de greve realizada no interior da empresa simplesmente na seara do "delito", do movimento estranho a uma ideia de "greve padrão", podemos mais notar a força de uma narrativa que insiste em tratar a greve como "caso de polícia" do que propriamente fazer uma análise objetiva e centrada na observação do movimento coletivo em si: de como, quando e o quanto teria sido pretendido de fato violar a propriedade do empregador, cometendo o esbulho na empresa na qual estão vinculados juridicamente no papel de empregados.

Afora as visões civilistas do fenômeno da greve realizada no interior da empresa, sublinhei também que há entendimentos no seio do Judiciário Trabalhista brasileiro no sentido das reflexões trazidas neste artigo, sobre a admissibilidade das greves de ocupação no contexto das demais greves, assim como da natureza política de suas pautas. Isso pode sinalizar que, no futuro, possa ser construída uma jurisprudência que traga, definitivamente, o fenômeno da greve de ocupação para seara trabalhista, o que não significa, de modo algum, fugir das discussões de abusos (que são um dado da realidade, mas que não abarcam o todo dessas experiências).

Ainda que com as lacunas que admito persistirem neste artigo, como uma análise acurada da interseção com o Direito Penal ou a discussão dos atos antissindicais e a negociação coletiva em situações de ocupação, o seu objetivo central foi o de melhor situar a greve de ocupação no contexto geral das greves, com o viés de Direitos Humanos que esse

movimento requer, para afastá-lo do estigma de vandalismo que tanto atrai a via punitiva. É evidente que um tema de tamanha complexidade e de interseção com outros ramos do Direito não possui solução fácil, cumprindo sobretudo aos advogados sindicais militantes, nas defesas que lhes serão demandadas a cada caso concreto, auxiliar no entendimento e na clarificação desse fenômeno social e jurídico.

1.7 REFERÊNCIAS

ARANTES, Delaide Alves Miranda. **Trabalho decente**: uma análise na perspectiva dos direitos humanos trabalhistas a partir do padrão decisório do Tribunal Superior do Trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2023.BRASIL. Lei n.º **7.783 de junho 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. **Diário Oficial da União**. Brasília (DF), 28 de junho de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: jul. 2023

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Portal de Notícias: Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24303961. Acesso em: jul. 2023

BRASIL. **Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm. Acesso em: jul. 2023

BRASIL. **Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. **Convenção 135 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235867/lang--pt/index.htm. Acesso em: jul. 2023.

BORIS, Koval. **História do proletariado brasileiro**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982.

CASTRO, Pedro**. Greve**: fatos e significados. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Orlando**. Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KAREPOVS, Dainis. **A classe operária vai ao parlamento**: O bloco operário e camponês do Brasil. São Paulo: Alameda, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George**. Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MONCAU, Gabriela. Entregadores de iFood convocam greve nacional para esta sexta (9). **Sul21**, 7 de junho de 2023. Disponível em: https://sul21.com.br/noticias/geral/2023/06/entregadores-de-ifood-convocam-greve-nacional-para-esta-sexta-9/. Acesso em: jul. 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; VIDAL NETO, Pedro (Orgs.). **Direito de Greve.** São Paulo: LTr, 1984.

PEREIRA, Astrojildo. **A Formação do PCB (1922-1928).** Lisboa: Prelo, 1976.

REVISTA DO BNDES. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, v. 13, n. 26, 2006.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Contribuição à história do PCB**. São Paulo: Global, 1984.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 66, n. 1, p. 116-150, jan./mar. 2000.

VIANNA, Segadas. **Greve**: direito ou violência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

2. A DEMOCRACIA NO DISCURSO DE POSSE DO PROF. THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS – UMA HOMENAGEM

Angela Dias Mendes[1]
Carlos Alberto Pereira de Oliveira[2]

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Democracia é um processo construído por indivíduos no cenário social e político de um país. A existência de cidadãos engajados nas mais diversas instituições e comprometidos com a sociedade para o alcance dos objetivos fundamentais da República é fundamental para consolidar esse processo.

Com esse espírito, no Aniversário de 180 anos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e inspirados pelo Discurso de Posse do Professor Theóphilo de Azevedo Santos[3], na 47ª Legislatura do Instituto, em 1972, pretendemos alinhar o processo democrático brasileiro com os ideais republicanos desse grande advogado, jurista e ex-presidente do IAB. Além disso, podemos com o presente estudo traçar um paralelo entre o período que inicia o mandato do Professor com os dias atuais, contribuindo, desta forma, para ampliar os horizontes reflexivos dos avanços ou retrocessos nos caminhos que perseguem a realização plena da tão sonhada Democracia brasileira.

O método escolhido recorreu ao referido discurso e revisita o artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania[4], como fonte de inspiração. Trata-se de saldar este grande Advogado e jurista que nos deixou recentemente, deixando um legado de conhecimento e dedicação ao Direito em várias de suas dimensões. Especialmente seu texto de posse é uma fonte inesgotável de reflexões para aqueles que desejam contribuir, de maneira mais efetiva, com o aperfeiçoamento da Democracia. Nota-se da leitura desse e outros dos seus textos, uma ampla e diversificada visão do Direito, o que demonstra a completude do texto. Na classificação binária das Ciências, de fato, o Direito é uma Ciência social (FRIEDE, 2009)[5].

---

[1] Pós-doutoranda em Direito/Coimbra, Doutora em Direito, Professora, Pesquisadora do Laboratório de Análise de Dados Digitais de Políticas Públicas e Inovação dos Territórios/UERJ. Advogada, Membro das seguintes Comissões do IAB: Mediação, Conciliação e Arbitragem, Compliance, Direito Digital e Memória, Membro Titular da Câmara Técnica de Inovação e do Comitê de Privacidade da UERJ. Autora de artigos. E-mail: prof.angelamendes@gmail.com

[2] Professor Adjunto e Diretor do Instituto de Formação Humana com Tecnologias/UERJ. Coordenador do Laboratório de Análise de Dados Digitais de Políticas Públicas e Inovação dos Territórios/UERJ. Pesquisador Associado no LAIS/UFRG. Board Member ICDE. Advogado. Mestre em Educação/UFRJ. Membro do Comitê de Enfrentamento em Saúde Pública da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. E-mail: caoduc@gmail.com

[3] O discurso de posse do Prof. Theóphilo de Azeredo Santos, está disponível no site do IAB e pode ser consultado através do link: 47.pdf (iabnacional.org.br) Acesso em: 20 ago. 2023.

[4] Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2023/08/REVISTA-245-digital.pdf. Acesso em 25 set.2023.

[5] Para maior aprofundamento, vale a leitura do artigo do Professor Reis Friede disponível em: https://www.scielo.br/j/his/a/sGPsypqTRV9tpjRMxHQqKFb/?format=pdf&lang=pt . Acesso em: 30 set.2023.

2.2 BREVE HISTÓRIA PROFISSIONAL

- Theóphilo de Azeredo Santos foi Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em 1954, seguiu carreira acadêmica até o Doutorado pela mesma Universidade e, posteriormente, pela Universidade de Paris I (Panthéon Sorbonne) em 1956.
- A carreira de advogado somou-se à de gestor na condução de renomadas instituições brasileiras, entre elas, a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), o Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional (ICC), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) e o Instituto Brasil-Estados Unidos. Destacou-se ainda como Auditor do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Voleibol.
- Entre os diversos eventos que coordenou e presidiu teve participação destacada como representante do Comités Nacionales da América Latina Y España; na III Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro e no Fórum Internacional de Prevenção contra Crimes Econômicos. Todos os eventos ocorridos no ano de 2007.
- A preocupação com a internacionalização do debate sobre Economia e Comércio Exterior foram outra marca na carreira desse jurista, conforme se revela pelos inúmeros eventos internacionais nessa área, entre eles, Seminário Bilateral de Comércio Exterior e Investimentos que ele participou em ocasiões distintas com as interfaces Brasil-México, Brasil-Arábia Saudita, Brasil-Argentina, Brasil-República Dominicana, Brasil-Moçambique. Outros eventos que merecem igual destaque, podem ser consultados na Plataforma Lattes.[6]
- Como escritor, sempre se mostrou preocupado com a ética e a retidão da conduta profissional, motivação para sua obra *A ética na vida empresarial*. Publicou outras obras, *A reforma da Lei de* Falências e os direitos trabalhistas e o *Manual do Direito Comercial,* ramos especializados de sua brilhante carreira.
- O Prof. Theóphilo de Azeredo Santos foi eleito Presidente do IAB para o biênio compreendido entre os anos de 1972-1974. Anteriormente, ele ocupou a primeira vice-presidência do Advogado José Ribeiro de Castro Filho, eleito Presidente no biênio entre 1966-1968[7]. Assim ele inaugurou o seu discurso:

> Fundado em 7 de agosto de 1843, o Instituto dos Advogados Brasileiros conservará intocáveis os princípios e as tradições que o tornaram merecedor de respeito e admiração incondicionais. (p. 13).

Quase duas décadas depois, em 1982, recebeu a Medalha Teixeira de Freitas[8] por relevantes contribuições ao Direito e à Justiça. Externamente, o jurista também foi agraciado com a Ordem do Mérito da República Italiana (1985), o Colar do Mérito Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1994) e a Medalha Comemorativa do Centenário do Presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira (2003).[9]

[6] Plataforma Lattes está disponível em: https://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do.

[7] Disponível em: https://www.oabrj.org.br/noticias/oabrj-lamenta-morte-ex-presidente-iab-theophilo-azeredo-santos Acesso em: 28 out 2023.

[8] A medalha Teixeira de Freitas é concedida bienalmente, após manifestação do Conselho Superior do IAB, à juristas que possuem relevantes trabalhos publicados e importante contribuição ao Direito e à justiça. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/institucional/medalha-teixeira-de-freitas. Acesso em 28 out 2023.

[9] Informações sobre a carreira do Professor, disponíveis em: OABRJ | Advocacia, garantia do seu direito. Acesso em 13 set. 2023.

2.3 COMPROMISSO COM A DEMOCRACIA E A ÉTICA

O Discurso de Posse do Prof. Theóphilo é revelador da sua intrínseca relação com a missão do IAB. Cada uma de suas linhas demonstra a firme defesa dos valores institucionais que devem se sobrepor aos indivíduos os quais, apenas temporariamente, compõem cargos de gestão.

> [...] A história desta entidade registra sucessivas manifestações de amor ao Estado de Direito, preservação da Democracia, combate a todos os extremismos, da esquerda e da direita, luta pelas prerrogativas dos advogados, enfim, esta Casa é respeitada não apenas pelos notáveis estudos que serviram de base para muitas reformas de nossa legislação ou enriquecem a doutrina brasileira, mas, também, pela independência de seus associados na intransigente defesa dos direitos humanos. (p. 13)

Qualquer semelhança com os dias atuais esperamos ser sinalizadora de que a reflexão sobre a atual conjuntura é necessária.

Ao logo do discurso seu perfil acadêmico evidencia-se em cada linha. Isto pode justificar a sua preocupação com a "reciclagem" dos profissionais do Direito. Evidentemente, o texto datado de 1972 aponta uma palavra naturalmente modificada pelo tempo, sendo hoje definida como "atualização".

> É certo que um programa de "reciclagem", em vários setores do campo jurídico só poderá ser adequadamente cumprido coma participação em equipe de eminentes juristas que se disponham a promover a atualização dos estudos de temas que, na atualidade, exigem do profissional conhecimentos necessários para solver litígios aos quais seja eventualmente chamado ou a ministrar esclarecimentos solicitados por uma Comunidade, em permanente transformação. (p. 18)

No entanto, o conteúdo de ambas é o mesmo, ou seja, aprimorar, desenvolver novas habilidades, a fim de que o exercício profissional seja aperfeiçoado, conforme a nova pedagogia demonstra, um processo de aprendizado que ocorre ao longo da vida, sinalizado no Discurso do Professor Theóphilo.

> Assim, a nossa gestão ficará marcada pela integração de maior número de colegas em todas as iniciativas, o que impõe sejam, no futuro, distribuídos entre todos os sucessos alcançados. (p. 18)

Diante da nova configuração da sociedade e dos avanços implementados, sobretudo no âmbito da Saúde, a expectativa de vida torna-se maior a cada dia. Tal fato vem implicando em mudanças significativas nas relações pessoais e institucionais que sinalizam a necessidade de pensar novas formas de aprendizagem que proporcionem a autonomia da população de maior faixa etária.

> A sociedade do conhecimento, bem como as tendências económicas e da sociedade em geral, como a globalização, a evolução das estruturas familiares, a evolução demográfica e o impacto da tecnologia digital, oferecem vantagens e colocam vários desafios potenciais para a União Europeia e os

> seus cidadãos. Estes podem beneficiar de um conjunto de novas oportunidades de comunicação e emprego. A aquisição contínua de conhecimentos e competências é essencial para poder tirar partido dessas oportunidades e participar activamente na sociedade. (SITOE, 2006, p.283)

Por isso, o tema aprendizado ao longo da vida, nos dias de hoje, se refere à capacidade de aquirir novos conhecimentos, habilidades e atitudes em diferentes contextos e momentos da vida, de forma contínua e autônoma. O tema se tornou tão importante que se configura como um dos Objetivos da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ODS 4)[10].

Entretanto, essa reconfiguração social implicou em novos desafios no âmbito pessoal, profissional e social. Desta forma, a aprendizagem ao longo da vida permite que as pessoas se atualizem e se adaptem às novas demandas nas diversas fases da vida. Além disso, ela contribui para o exercício da cidadania, a inclusão social, o desenvolvimento humano e a sustentabilidade social.

Entre as linhas do seu texto, vale ressaltar o desejo de ampliar o acesso ao conhecimento produzido pelo IAB, na proposta de tornar regular a publicação da "nossa" Revista, registrada como um de seus objetivos na direção do Instituto.

> Nosso propósito de publicar, de maneira regular e não episodicamente a nossa Revista, tem também a finalidade de permitir que colegas que não possam participar de nossos ciclos de conferências tenham a oportunidade de divulgar estudos de interesse para a nossa classe. (p. 19)

O Advogado é essencial à administração da Justiça, afirma o art. 133, da CRFB/1988. O dispositivo fortalece a figura do Advogado e, consequentemente o Estado Democrático de Direito na defesa irrestrita dos direitos e da justiça social. Nesse sentido, Relatos da Memória do IAB demonstram o rol ampliado de advogados que não se furtaram à este ofício, como foi o caso de Luiz Gama, na defesa de escravos que não podiam pagar pela carta de alforria; Myrthes Gomes Campos, incansável na luta pelo exercício do voto feminino e para a presença da mulher nos quadros do IAB; Sobral Pinto, na defesa de presos políticos durante o período do Regime Militar no país e de Antônio Modesto da Silveira, que ainda voluntariou-se na Associação Brasileira de Imprensa.[11]

O discurso de posse do Professor Theóphilo, em 1972, estabeleceu um rol extensivo de iniciativas a serem implementadas pela nova Diretoria do IAB num firme convite para a uma união de esforços em prol do "ambiente de Democracia" e pelo "clima de paz e justiça" (p.20), numa clara manifestação de senhorio dos Advogados, nas "transformações sociais para encontrar melhores destinos para todos os brasileiros e eliminar injustiças que geram conflitos e insatisfações" (p.20).

[10] Agenda 2030, ODS 4. Disponível em: https://brasil.un.org/, acesso em 8 dez. 2024

[11] Os dados se encontram disponíveis no Centro de Memórias do IAB: IAB. "Centro de Memória vai contar a trajetória do IAB e suas influências na História do Brasil". IABnews, Rio de Janeiro, 8 ago. 2018. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/noticias/centro-de-memoria-vai-contar-a-trajetoria-do-iab-e-suas-influencias-na-historia-do-brasil; acesso em: 18 de jan. 2024.

A atualidade do conteúdo registrado há mais de 50 anos é uma manifestação da profundidade do pensamento do Professor Theóphilo e de seu compromisso verdadeiro com o alcance dos objetivos do Instituto. Entre os temas que são preciosos até hoje, estão o "Modelo Político Brasileiro", "O Menor", "A Mulher", "América Latina", "Direito Nuclear", "Aspectos jurídicos do Urbanismo", "Direito Marítimo" demonstrando que as recorrentes temáticas talvez estejam gritando por uma reflexão mais profunda do que vimos fazendo até então. (p. 13-17)

2.4 COMPROMISSO COM A SOCIEDADE

O Estado deve atender às exigências da sociedade, aperfeiçoando o seu sistema de garantias, com vistas a alcançar ao Bem Comum. Esta é uma assertiva que parece afiançada pela grande maioria dos estudiosos da Teoria do Estado. Contudo, alcançar o Bem Comum, no Brasil, não é uma tarefa fácil, nem muito menos há trégua para o descanso.

As desigualdades regionais saltam aos olhos de longa data, embora seja uma contradição em vista das riquezas desse imenso país. A distribuição dos bens e serviços disponíveis à população é visivelmente desiquilibrada, demonstrando ineficiência de Governos para gerir com eficiência a máquina pública, conforme dados do IBGE sobre a vida, a desigualdade e a pobreza.[12]

Os indicadores sociais apontam baixo nível de escolaridade[13] na maioria das regiões brasileiras, o que inibe consideravelmente o desenvolvimento econômico, social e cultural. Este é um dos empecilhos que precisa ser removido com urgência se não quisermos retardar o atingimento das metas da Agenda 2030 assumidas pelo Brasil. Num país em que muitas pessoas ainda são "deixadas para trás", a Educação é imprescindível.[14]

Nesse estado de coisas, muitos agentes privados, fundamentais para o desenvolvimento são reticentes à adesão ao compromisso social, dificultando ainda mais o cumprimento da nova Agenda. As metas estabelecidas pela Declaração do Milênio[15] arrastam-se por duas décadas e a mudança de nomenclatura dos documentos internacionais não garante a eficácia dos compromissos assumidos pelas partes.

Há 35 anos atrás a Democracia alcançou status constitucional no Brasil. No entanto, embora haja sinais de maior inclusão social, ainda continua lenta sua efetivação. Direitos consagrados na Lei Maior carecem de concretização e postergam a prosperidade do povo.

Interessante observação no Discurso ao evidenciarmos a preocupação daquela gestão com uma das formas de efetivação dos direitos, pela entrega da tutela estatal, no caso,

[12] IBGE. Condições de vida, desigualdade e pobreza. Disponível em: . https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza.html. Acesso em 28 set. 2023.
[13] IBGE. Síntese de Indicadores Sociais. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html. Acesso em: 28 set. 2023.
[14] NAÇÕES UNIDAS. Objetivos e Desenvolvimento Sustentável. Informações disponíveis em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em 28 set. 2023.
[15] NAÇÕES UNIDAS. A Declaração do Milênio. Disponível em https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declaração%20do%20Milenio.pdf Acesso em 28 set. 2023.

"...a ampliação dos quadros de Justiça e a sua modernização, de forma a evitar a morosidade dos julgamentos..." (p. 19)

Atualmente, houve um aumento considerável do número de demandas judiciais. Assim, como, também houve aumento da estrutura judiciária e modernização, especialmente com a digitalização dos processos e adoção de modernas tecnologias que auxiliam magistrados e serventuários no cumprimento de suas funções.

Entretanto, o problema é mais complexo e envolve outros aspectos como acesso à Educação plena, Saúde, Lazer. Enfim, há sempre vários lados de observação que precisam ser vistos com responsabilidade. Há, inclusive, o lado positivo na existência de um campo fértil de direitos garantidos na ordem jurídica vigente. Essas contradições podem ser vistas por alguns como inerentes ao Estado democrático. Afinal, eles afirmam que fora da democracia não há caminho para atender aos anseios da sociedade e manter a liberdade das pessoas.

Nesse contexto, para o Professor Theóphilo, o Direito é um recurso adequado para o alcance da justiça, pois, segundo ele, o Direito é um instrumento eficaz disponível na sociedade.

> 12. O Direito é o melhor instrumento para que as conquistas alcançadas no campo político, econômico e social tenham a aplicação sem conflitos, mas, para exercer as suas funções indelegáveis, há de ser substituídas as concepções jurídicas superadas, desajustadas de nossa realizada, provocando o adiamento dos êxitos de medidas de transformação de nossa sociedade (p. 20).

Mais recentemente, Afrânio Silva Jardim afirmou que na defesa da democracia, o esforço do Estado deve ser voltado para interesse coletivo, a fim de ser legítimo.

> De uma forma ou de outra, com pessimismos ou otimismos, não nos resta outra saída, senão o fortalecimento do Estado democrático, único instrumental de que dispomos para combater a injustiça social e proporcionar um melhor nível de vida aos homens. Não importa o gigantismo do Estado moderno, importa sim que ele esteja voltado para os interesses coletivos e sinceros da maioria da população; ganhando, destarte foros de legitimidade social.[16]

2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso do Professor Theóphilo de Azeredo Santos mostra-se extremamente atual, mais de 50 anos depois de proferido. O conteúdo do discurso ultrapassou o campo das ideias e se consolidou na vida do Instituto conforme se pode confirmar pelas inúmeras manifestações proferidas e pelas ações implementadas pelo IAB, ao longo dessas décadas.

É fato que a Democracia trilha um caminho vagaroso no Brasil. A sensibilidade do Professor Theóphilo apontava para uma concepção mais ampla das funções do Instituto

[16] JARDIM, Afrânio Silva. Notas sobre a teoria da jurisdição. Revista dos Tribunais online. Vol. 8, p. 539-556, nov-dez 2014, p. 539.

para o alcance dos seus objetivos. O IAB em sua concepção deveria estar inserido no contexto econômico, social e político do país. Cada linha do seu texto expressa tal desejo que desenhava a importância do olhar atento aos anseios da Advocacia e da sociedade.

Sensível também ao equilíbrio e a justiça social, vislumbrava um Estado forte e atento aos desejos da sociedade para promover o bem-estar da sociedade. Nesse contexto, contribuir para que Estado atinja esta finalidade era também uma tarefa das Instituições jurídicas. Por isso, ao longo de sua robusta trajetória profissional e acadêmica resta clara a preocupação com temas situados para além do Direito, formulando os mais diversos eventos e promovendo cursos de caráter multidisciplinar, à exemplo da Economia.

Nessa esteira, o exercício profissional da Advocacia implicava em buscar uma formação e atualização constante, para aperfeiçoar os conhecimentos e tornar o profissional capaz de atuar com maior eficiência além da esfera jurídica. Assim, o aprendizado ao longo da vida, embora não tratado com os mesmos contornos atuais, era estimulado pelo jurista como forma de manter atualizados e capacitados os profissionais do Direito.

Para concluir ressaltamos que o referido Discurso, no Aniversário de 180 anos do Instituto dos Advogados Brasileiros, demonstra a solidez do pensamento desse grande jurista que se perpetua por décadas e consagra ainda hoje a defesa inconteste dos valores e princípios fundamentais do Instituto, o aprimoramento da cultura jurídica e a defesa do Estado Democrático de Direito.

2.6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 19 abr. 2019

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE]. Disponível em:** https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza.html. Acesso em: 28 set. 2023.

FRIEDE, Reis. **Percepção científica do Direito.** 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/his/a/sGPsypqTRV9tpjRMxHQqKFb/?format=pdf&lang=pt Acesso em 30 set. 2023.

IBGE**. Condições de vida, desigualdade e pobreza**. Disponível em: . https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza.html. Acesso em 28 set. 2023.

_____. **Síntese de Indicadores Sociais**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html. Acesso em: 28 set. 2023.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. **Centro de Memória do IAB**. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br Acesso em 30 ago. 2023.

JARDIM, Afrânio Silva**. Notas sobre a teoria da jurisdição**. Revista dos Tribunais online. Vol. 8, p. 539- 556, nov-dez 2014.

MENDES, Angela Dias. **Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Revista Justiça e Cidadania. nº: 245. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2023/08/REVISTA-245-digital.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos e Desenvolvimento Sustentável**. Informações disponíveis em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em 28 set. 2023.

_____ **A Declaração do Milênio**. Disponível em https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declaração%20do%20Milenio.pdf Acesso em 28 set. 2023.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL [OAB]. **Portal da Memória da OAB**. Disponível em: OABRJ | Advocacia, garantia do seu direito. Acesso em 13 set. 2023.

SANTOS, Theóphilo de Azeredo. **Discurso de posse no Instituto dos Advogados Brasileiros.** Guanabara: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano VI, número 16, 1972. Disponível no site do IAB, através do link: 47.pdf (iabnacional.org.br) Acesso em: 20 ago. 2023.

SITOE, Reginaldo Manuel. **Aprendizagem ao Longo da Vida: Um conceito utópico?** COMPORTAMENTO ORGANIZACIONAL E GESTÃO, vol. 12, N.º 2, 283-290, 2006. Disponível em: https://repositorio.ispa.pt/ Acesso em 8 jan 2024.

3. LEI DE ANISTIA BRASILEIRA: ANÁLISE À LUZ DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS DE CHICAGO

Arthur Carvalho da Silva[1]
Bruno Souza da Cruz[2]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo investigar a necessidade de reavaliação judicial da Lei n.º 6.683/79, a partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no julgamento do caso *Herzog e outros vs. Brasil*. Para tanto, será verificado se o Estado brasileiro realizou, na prática, a mudança do regime autoritário de 1964-1985 para o Estado de Direito, nos termos do que aduzem a justiça de transição e o 1.º princípio dos princípios de Chicago em relação ao dever de responsabilização criminal dos responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Anistia; Justiça de transição; Princípios de Chicago; Direito Penal Internacional.

3.1 INTRODUÇÃO

As atrocidades, praticadas contra seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial, exigiram que os Estados repensassem acerca da promoção, do controle e da garantia dos direitos humanos.

Em razão disso, inúmeros tratados internacionais foram assinados, com a finalidade de promover os direitos humanos e, sobretudo, criar instrumentos para a sua proteção. Nesse sentido, inicia-se, após a Segunda Guerra Mundial, um processo de internacionalização dos Direitos Humanos, por meio do qual tais direitos são elevados à posição de paradigma e referencial ético para orientar a ordem internacional contemporânea, alçando a dignidade humana como valor fundante do Direito (Internacional e Nacional).

É nesse contexto que se desenvolve a justiça de transição, destinada a realizar justiça, restaurar e manter a paz nos territórios nos quais ocorreram graves violações aos Direitos Humanos.

Dito isso, o presente artigo tem por objetivo investigar, com base nas noções gerais sobre a justiça de transição, no 1.º princípio dos princípios de Chicago e nos fins da pena à luz do Direito Penal Internacional, a necessidade de reavaliação judicial da Lei de Anistia brasileira, a Lei n.º 6.683/79.

Assim, primeiramente, serão expostas as noções gerais sobre a justiça de transição e os princípios de Chicago sobre justiça pós-conflito, decorrentes de um projeto coordenado

[1] Advogado criminalista. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Ciências Criminais e Segurança Pública pela UERJ.
[2] Advogado criminalista. Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Direitos Humanos e Poder Punitivo pela UFF.

por M. Cherif Bassiouni, destacando-se o primeiro princípio, segundo o qual os Estados devem promover a responsabilização criminal dos agentes, responsáveis pelas graves violações.

Em um segundo momento, será averiguado se o período posterior ao Regime Militar brasileiro de 1964-1985 se adequa ao contexto da justiça de transição e identificar-se-á qual o posicionamento do Estado brasileiro acerca da Lei de Anistia.

Por fim, com base no exposto acima, verificar-se-á se o Estado brasileiro deve ou não, por meio do Poder Judiciário, reavaliar a Lei n.º 6.683/79, declarando-a inválida, por não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF) e por ser inconvencional.

3.2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DE CHICAGO

Preliminarmente, é imperioso esclarecer que, embora a expressão "justiça de transição" possa transmitir a ideia de que se trata de uma espécie de justiça, com esta ela não se confunde. Na verdade, por meio da justiça de transição, há uma conformação às sociedades em reconstrução após a ocorrência de graves violações aos Direitos Humanos em seus territórios.[3]

Quanto ao expressão "justiça de transição", destaca-se, para os fins do presente artigo, o entendimento de Paige Arthur[4], no sentido de que o referido termo fora criado como forma de indicar uma nova espécie de atividade no âmbito dos Direitos Humanos e como uma resposta aos problemas políticos concretos, enfrentados por ativistas dessa área, em relação aos contextos definidos como transicionais.

No tocante aos contextos transicionais, Paige Arthur refere-se ao período, compreendido entre o final da década de 80 e meados da década de 90 do século XX, no qual teve início o campo da justiça de transição.[5]

[3] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. Revista Eletrônica de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, p. 24, jun. 2013. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>. Acesso em: 06 jul. 2023. Eduardo Lipus Gomes utiliza a expressão "respostas pós-conflito", ao invés de "justiça de transição", pois, segundo o autor, dentre outras razões, o termo "justiça' é vago, impreciso, de difícil conceituação. Para maior aprofundamento, Cf. em GOMES, Eduardo Lipus. A ditadura militar, as respostas pós-conflito e o novo direito internacional: uma análise do caso brasileiro. 2013. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013. Disponível em: <http://www.ppgdc.uff.br/images/disserta%C3%A7%C3%B5es/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Mestrado_UFF_Eduardo_Lipus_Gomes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023. p. 47.

[4] ARTHUR, Paige. Como as "transições" reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. Justiça de transição: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 78. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

[5] Para a autora, as medidas, adotadas atualmente e inseridas no âmbito da justiça de transição, não são inéditas. Contudo, isso não permite que se confira aos atores do passado, por exemplo, após a Segunda Guerra Mundial, ideias de justiça de transição. Por outro lado, Ruti Teitel divide a justiça de transição em três fases: i) após a Segunda Guerra Mundial; ii) após o fim da Guerra Fria; e iii) início/meados dos anos 90, com a instituição dos tribunais internacionais. Para maior aprofundamento, Cf. em TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. Justiça de transição:

Esse período foi estabelecido com base na Conferência do *Aspen Institute*, realizada em 1988, que teve como objetivo analisar as implicações morais, políticas e jurídicas dos recentes julgamentos, comissões de inquérito, expurgos e outras medidas que buscaram responsabilizar antigos regimes pelo sistemático abuso dos Direitos Humanos, bem como promover a transição para a democracia em países, como Uganda, Argentina, Brasil, África do Sul, Chile, entre outros.

Nesse sentido, Paige Arthur afirma que a adoção do paradigma da transição para a democracia deve ser compreendida no contexto de quatro condições: i) democracia como meta desejada na maioria dos países que estão na iminência de uma mudança política; ii) deslegitimação da teoria da modernização[6]; iii) modificação da definição de transição como instrumento de transformação socioeconômica para ferramenta de reforma jurídico-institucional; iv) declínio global da esquerda radical que ocasionou impacto nos movimentos em prol dos Direitos Humanos, deslocando o foco, até então dominante, da luta de classes para a descrição da violência do Estado em favor da linguagem dos Direitos Humanos.

Dito isso, é possível conceituar a justiça de transição (ou justiça pós-conflito) como sendo, segundo Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Marcela Siqueira Miguens[7], a mudança de um contexto de graves violações aos Direitos Humanos, decorrentes de regimes autoritários ou de conflitos armados, com a finalidade de implementar e consolidar um Estado de Direito.

Paul van Zyl[8] define a justiça de transição como "o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos".

Acrescenta o autor ainda que os objetivos da justiça de transição são processar os violadores dos Direitos Humanos, revelar a verdade sobre crimes passados, reparar as vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação.

Todavia, de acordo com o referido autor, a realização desses objetivos depende de um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado, bem como para preparar-se para o futuro, a fim de evitar o retorno às violações.

manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 135-170. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

6 Tal teoria estabelece, em síntese, que a modernização socioeconômica é condição para um processo evolutivo do desenvolvimento político.

7 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de chicago à realidade brasileira. Revista Eletrônica de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, p. 23, jun. 2013. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>. Acesso em: 06 jul. 2023.

8 VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. Justiça de transição: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

É, nesse contexto de necessidade da implantação de um conjunto de estratégias, que ganham relevância os princípios de Chicago sobre justiça pós-conflito ou, simplesmente, princípios de Chicago.

Os referidos princípios consistem, essencialmente, em diretrizes básicas para a concepção e a implementação de políticas, capazes de superar passados de atrocidades, formuladas a partir de um projeto, dirigido por M. Cherif Bassiouni e que, após sete anos de consultas e reuniões envolvendo estudiosos, juristas, jornalistas, líderes religiosos, entre outros, resultou na edição de sete princípios, denominados "Princípios de Chicago sobre Justiça Pós-Conflito".[9]

Segundo M. Cherif Bassiouni[10], os princípios de Chicago foram estabelecidos, a fim de contribuir com o movimento internacional sobre como lidar com as violações passadas dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, na medida em que a justiça de transição assume um compromisso fundamental com a verdade, a paz, a reconciliação, os direitos das vítimas e o valor inerente à vida humana.

Esse projeto resultou na edição de sete princípios, que devem ser respeitados pelos Estados e sem os quais não há implementação e consolidação do Estado Democrático de Direito nos Estados, em cujos territórios foram perpetradas graves violações aos Direitos Humanos.[11]

Em que pese a relevância do cumprimento de todos os princípios, o presente artigo ater-se-á apenas ao 1.º princípio, segundo o qual os Estados devem investigar, processar e condenar os responsáveis pelas graves violações aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário, cometidas no seu território ou associadas aos seus nacionais.[12]

O processamento e o julgamento dos supostos autores das graves violações devem ser realizados por meio de juízes e tribunais imparciais e independentes, com respeito ao devido processo legal.

Além disso, devem ser respeitados os princípios do *ne bis in idem*, do *nullum crimen sine lege*, da presunção de inocência e de seus corolários, assim como garantida a assistência jurídica gratuita, caso necessário, entre outros direitos do investigado/acusado.

Por sua vez, as orientações que compõem o 1.º princípio afastam a aplicação de prazos prescricionais em favor de indivíduos responsáveis pela prática dos crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade. Isso porque, em regimes políticos, inseridos em

[9] BASSIOUNI, M. Cherif. The Chicago principles on post-conflict justice. Chicago: IRLHI, 2008. p. V.
[10] BASSIOUNI, M. Cherif. The Chicago principles on post-conflict justice. Chicago: IRLHI, 2008. p. VI.
[11] Além do primeiro, os outros seis princípios são os seguintes: os Estados devem respeitar o direito à verdade e incentivar investigações formais das violações, passadas por comissões da verdade ou outros organismos; reconhecer o *status* especial das vítimas, garantir acesso à justiça e desenvolver remédios e reparações; implementar políticas de veto, sanções e medidas administrativas; apoiar programas oficiais e iniciativas populares para manter a memória acerca das vítimas, educar a sociedade sobre a violência política do passado e preservar a memória histórica; apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas sobre as violações passadas; e promover uma reforma institucional e os Direitos Humanos, restaurar a confiança da população e apoiar a boa governança.
[12] BASSIOUNI, M. Cherif. The Chicago principles on post-conflict justice. Chicago: IRLHI, 2008. p. 29-36.

contextos de graves violações aos Direitos Humanos, quando do processo de transição, os responsáveis pelas violações do regime anterior buscam revestir os atos normativos, de forma autoritária, de uma aparência de legalidade, sempre buscando a impunidade.

3.3 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA (LEI N.º 6.683/79)

3.3.1 Adequação do período posterior ao Regime Militar de 1964/1985 ao conceito de justiça de transição

Em abril de 1964, os comandantes militares assumiram o poder do Estado brasileiro após o então Presidente João Goulart abandonar o país e fugir para o Uruguai, a fim de evitar um conflito armado, tendo em vista que as tropas, saídas de Minas Gerais e São Paulo, avançavam em direção ao Rio de Janeiro, local em que o governo federal encontrava apoio importante da oficialidade e das Forças Armadas.[13]

Após a tomada do poder, o Congresso Nacional, em 15 de abril de 1964, elegeu o General Castello Branco para a Presidência da República, dando início ao regime militar, que perdurou até 1985, ano em que ocorreu a abertura política.

O regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional, assim como nas normas de exceção, como os atos institucionais "que funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva".[14]

O período da ditadura militar caracterizou-se, assim, "pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado"[15] e que chegou ao seu "auge" com a promulgação do Ato Institucional n.º 5 em dezembro de 1968.

Com efeito, o regime militar fechou o Congresso Nacional, censurou completamente a imprensa, suspendeu os direitos individuais e políticos, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e a garantia do *habeas corpus*. Também, estendeu o alcance da justiça militar e introduziu, por meio da Lei de Segurança Nacional, as penas perpétua e de morte.

Somando-se a essas medidas repressivas e autoritárias, tal período fora marcado pela prática de torturas, homicídios e desparecimentos forçados dos opositores políticos ao regime, os chamados "subversivos".

Diante disso, é possível afirmar que o período após a Ditadura Militar de 1964/1985

[13] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. Revista Eletrônica de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, p. 36, jun. 2013. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>. Acesso em: 06 jul. 2023.

[14] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, par. 85. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.

[15] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, par. 85. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.

se adequa ao conceito de justiça de transição, haja vista consubstanciar-se na mudança de um contexto de graves violações aos Direitos Humanos, decorrentes de um regime autoritário, ocorridas no território brasileiro, com vistas a implementar e consolidar um Estado de Direito.

3.3.2 Posicionamento do Estado brasileiro: responsabilização criminal e a Lei n.º 6.683/79

Em que pese as graves violações aos Direitos Humanos, perpetradas pelo regime militar brasileiro em 28 de agosto de 1979, João Baptista Figueiredo, último presidente do regime, sancionou a Lei n.º 6.683, também conhecida como Lei de Anistia.

Esse diploma legislativo concedeu, em seu artigo 1.º, *caput*[16], anistia a todos que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos a estes. Por sua vez, o § 1.º do mesmo dispositivo legal estabeleceu que "consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

Todavia, inicialmente, nem todos foram beneficiados com a concessão de anistia. Nos termos do § 2.º do artigo 1.º, a anistia não seria concedida aos que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Em outras palavras, estariam excluídos os opositores políticos ao regime militar.

Em razão disso, como afirmam Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Marcela Siqueira Miguens[17], a Lei n.º 6.683/79 nasceu com evidente caráter de autoanistia. Posteriormente, o Superior Tribunal Militar, com fundamento no princípio da isonomia, estendeu a aplicação do *caput* do artigo 1.º aos condenados pela prática dos crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, assumindo a Lei de Anistia caráter geral e irrestrito.

Dessa maneira, a anistia foi concedida tanto às vítimas das violações aos Direitos Humanos quanto aos que as perpetraram.

Diante disso, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153, por meio da qual questionou o § 1.º do artigo 1.º da Lei n.º 6.683/79 e requereu a sua interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia, concedida pelo referido diploma legal aos crimes políticos ou conexos, não se estende aos crimes comuns, praticados pelos agentes da repressão.

Em 28 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou

[16] Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). (grifo do autor)

[17] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. Revista Eletrônica de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, p. 36, jun. 2013. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>. Acesso em: 06 jul. 2023.

improcedente a referida ADPF, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau. Assim, declarou a validade da Lei n.º 6.683/79, ratificando a sua recepção pela CF.

Em síntese, o STF fundamentou a sua decisão com base em três argumentos. O primeiro, suscitado pelo relator, baseou-se na distinção entre leis em sentido estrito e leis-medida. Aquelas seriam dotadas de generalidade e abstração, constituindo preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma; as últimas disciplinam diretamente determinados interesses, caracterizando-se como imediatas e concretas, e, dessa maneira, devem ser interpretadas em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela fora editada, não podendo a CF atingir leis-medida anteriores à sua promulgação.[18]

Assim, tendo a Lei de Anistia brasileira caráter de lei-medida e, por conseguinte, devendo ser interpretada conforme o contexto de sua edição, não há qualquer vício que possa invalidá-la, visto ter sido resultado de um acordo entre as partes envolvidas (militares e opositores políticos).

O segundo, diretamente ligado ao primeiro, consiste no fato de a Lei de Anistia ter resultado de um acordo entre as partes envolvidas, com o intuído de pôr fim ao período de graves violações aos Direitos Humanos. Logo, não há de se falar em autoanistia.

Por fim, a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 novembro de 1985[19], produzida pelo Poder Constituinte originário, constitucionalizou a anistia. Dessa maneira, somente se o Constituinte originário tivesse a afastado expressamente, seria possível declará-la incompatível com a Constituição de 1988.[20]

Cumpre destacar, por derradeiro, que, em 24 de novembro de 2010, meses após o julgamento da ADPF n.º 153, o Estado brasileiro fora condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, a investigar, processar e condenar criminalmente os responsáveis pelas mortes, torturas e desaparecimentos forçados de opositores políticos ao regime militar, visto que as disposições da Lei n.º 6.683/79 são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), carecendo, por conseguinte, de efeitos jurídicos.[21]

[18] Cf. páginas n.º 26 e n.º 27 do voto do relator Ministro Eros Grau (Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153. Acórdão. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em: 07 ago. 2023.

[19] Artigo 4º. É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º. É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais. (grifo do autor)

[20] Cf. página n.º 40 do voto do relator Ministro Eros Grau (Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153. Acórdão. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em: 07 ago. 2023.

[21] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, par. 325. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.

3.4 REAVALIAÇÃO JUDICIAL DA LEI DE ANISTIA: O CASO *HERZOG E OUTROS VS. BRASIL*

Não obstante a decisão proferida pela Corte IDH no caso *Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") e outros vs. Brasil*, a Lei n.º 6.683/79 continua vigendo e produzindo efeitos.

Recentemente, a Corte IDH foi novamente provocada a julgar um caso envolvendo a Lei de Anistia brasileira: o caso *Herzog e outros vs. Brasil*. Em suma, nesse caso, foi apurada a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais e do direito de conhecer a verdade de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, em razão da ausência de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela morte e tortura do jornalista, Vladimir Herzog, ocorridas em um contexto de violência sistemática e generalizada contra a população civil (regime militar)[22], bem como da aplicação da Lei n.º 6.683/79 e de outras excludentes de responsabilidade, vedadas pelo Direito Internacional em hipóteses de crime contra a humanidade.

Então, em 15 de março de 2018[23], a Corte IDH decidiu e declarou que o Estado brasileiro deve reiniciar a investigação dos fatos, ocorridos em 25 de outubro de 1975, a fim de identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, atentando-se ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional.

Ademais, com base nos mesmos fundamentos, expostos no julgamento do caso "Guerrilha do Araguaia", a Corte IDH ratificou o seu entendimento no sentido de que a Lei n.º 6.683/79 é incompatível com a CADH, devendo ser reavaliada pelo Poder Judiciário brasileiro, pois impede a persecução criminal dos perpetradores das graves violações aos direitos humanos, cometidas durante o regime militar.

Diante da decisão da Corte IDH, mais favorável à proteção das vítimas das violações aos Direitos Humanos, cumpre verificar a necessidade de reavaliação judicial da Lei n.º 6.683/79, com base no 1.º princípio dos princípios de Chicago e nos fins da pena à luz do Direito Penal Internacional.

Como já mencionado, o 1. º princípio de Chicago determina que o Estado tem o dever de promover a responsabilização criminal dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.

Dito isso, torna-se importante expor o entendimento do Direito Penal Internacional acerca dos fins da pena, para, segundo indagaram Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Artur de Brito Gueiros Souza, tentar esclarecer a dúvida sobre a necessidade da punição

[22] A tortura e a morte de Vladimir Herzog ocorreram no dia 25 de outubro de 1975, após o jornalista se apresentar voluntariamente ao DOI/CODI (Departamento de Operação Interna/Centro de Operação de Defesa Interna) de São Paulo para prestar declaração testemunhal.

[23] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de março de 2018, série C, n. 353, par. 416. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf >. Acesso em: 13 ago. 2023.

(aplicação de pena) dos responsáveis pelos crimes praticados durante o regime militar, mais de trinta anos após a redemocratização.[24]

Inicialmente, cumpre dizer que o Direito Penal Internacional não é uníssono quanto às finalidades da pena.

Nesse sentido, além dos tradicionais fins da pena, consubstanciados na retribuição e na prevenção (geral e especial), o Direito Penal Internacional também entende como fins da pena a incapacitação[25], a reabilitação[26], a comunicação e educação, a justiça para as vítimas, o registro histórico e a reconciliação.[27]

Para o objeto de análise do presente artigo, qual seja, a Lei de Anistia brasileira, interessa as finalidades referentes ao registro histórico e à reconciliação.

O registro histórico é construído no bojo do processo penal, instaurado para a verificar a responsabilidade dos supostos autores das graves violações de Direitos Humanos, na medida em que o processo auxilia na criação da narrativa histórica, importante para a sociedade que se pretende construir após o término das violações.[28] Portanto, está diretamente ligado à responsabilização criminal dos alegados autores.

Com isso, ganha relevância a punição dos autores das violações. Assim, a reconciliação nacional também desponta, no âmbito do Direito Penal Internacional, como uma finalidade da pena (punição). Por sua vez, para atingi-la, é necessário que haja a reconstrução da verdade (investigação) e a consequente punição dos responsáveis pela violação dos Direitos Humanos.

Logo, a responsabilidade criminal dos autores dessas violações surge como um dos fatores determinantes para se alcançar a reconciliação nacional, um dos pilares da justiça de transição, ao lado da justiça e da verdade.[29]

Nessa mesma direção, Paul van Zyl[30] afirma que os processos penais podem contribuir para o estabelecimento de uma relação de confiança entre a população e o Estado,

[24] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 208, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

[25] Embora a incapacitação seja mencionada à parte da prevenção especial negativa, a ideia de incapacitação do autor de graves violações aos Direitos Humanos, por meio da pena privativa de liberdade, aproxima-se da definição desta última finalidade da pena.

[26] Na mesma linha da incapacitação, a ideia de reabilitação se aproxima da definição de prevenção especial positiva.

[27] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 216-218, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

[28] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 216-218, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

[29] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 219, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

[30] Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. Justiça de transição: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 51. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

ajudando a reerguer a dignidade das vítimas e a diminuir o sentimento de raiva e marginalização.

Ademais, entende M. Cherif Bassiouni que a justiça de transição consiste em uma premissa para que se possa compreender que a estabilidade política, a segurança e a gestão democrática, após períodos de graves violações aos Direitos Humanos, são reforçadas pelo compromisso com a responsabilização penal dos supostos autores.

Nessa linha, acrescenta o autor que enfrentar abertamente o legado da violência passada é fundamental para a prevenção de futuras violações, o estabelecimento da paz, bem como a reconciliação e a proteção dos Direitos Humanos.[31]

Dessa maneira, adquire importância, no âmbito da justiça de transição, dos princípios de Chicago e dos fins da pena para o Direito Penal Internacional, a responsabilização criminal dos agentes, responsáveis por graves violações dos direitos em tela.

Portanto, pelas razões expostas até aqui, se o Brasil pretende efetivamente realizar a transição do contexto autoritário e violador de Direitos Humanos para o Estado Democrático de Direito, é indicado que, dentre outras medidas, promova a responsabilização criminal dos agentes, responsáveis pelas mortes, torturas, desaparecimentos forçados, supressão de direitos, entre outras violações aos direitos humanos, perpetradas ao longo da ditadura militar.

Nesse contexto, a reavaliação judicial da Lei n.º 6.683/79 surge como uma forma de implementar essa medida, declarando-a não apenas incompatível com a CADH, mas também não recepcionada pela Constituição de 1988, conforme decidiu a Corte IDH.

Por fim, cumpre assinalar que, de acordo com a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, criada pela Lei n.º 9.140/95, o Brasil é o único país da região que não iniciou a persecução penal para investigar as violações aos Direitos Humanos, ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, por meio da referida lei, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados. Isso tudo em razão da edição, em 1979, da Lei de Anistia.[32]

[31] BASSIOUNI, M. Cherif. Assessing conflict outcomes: accountability and impunity. In: BASSIOUNI, M. Cherif. The pursuit of international criminal justice*:* a world study on conflicts, victimization and post-conflict justice. Antuérpia: Intersentia, v. 1, 2010, p. 7. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 218, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

[32] Cumpre dizer que, embora não se desconheça a existência e importância de argumentos contrários à reavaliação da Lei de Anistia, tais como, a prescrição dos crimes e as violações à coisa julgada e ao princípio da legalidade, os objetivos e os limites deste artigo recomendam que a abordagem destes argumentos se realize em outro.

3.5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é possível inferir que Estado brasileiro deve reavaliar judicialmente a Lei n.º 6.683/79, pois esta, ao impedir a responsabilização criminal dos agentes, responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos durante o Regime Militar de 1964-1985, obstaculizou a efetiva transição do contexto autoritário para o do Estado Democrático de Direito, como preceitua o artigo 1.º da CF.

Isso, pois, a justiça de transição exige, para sua eficácia, a adoção de medidas, judiciais e extrajudiciais, que possam concluir a referida transição. Nessa perspectiva, os princípios de Chicago surgem como diretrizes básicas para implementação dessas medidas. Dentre elas, encontra-se o dever de o Estado responsabilizar criminalmente os autores das graves violações aos Direitos Humanos, a qual foi obstaculizada, no período após o regime militar brasileiro, pela edição da Lei de Anistia (1.º princípio).

Outrossim, a responsabilização criminal é tida, pelo Direito Penal Internacional, como uma das principais finalidades da pena, essencial para o alcance da reconciliação no território no qual ocorreram as graves violações.

Todavia, não é possível garantir que, após décadas da edição e vigência da Lei n.º 6.683/79, a reconciliação, a pacificação social, o registro histórico e, sobretudo, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito serão alcançados por meio da responsabilização criminal dos autores das graves violações aos Direitos Humanos.

Sendo assim, respeitando os limites do presente trabalho, a investigação acerca da possiblidade dessa medida contribuir para os fins supramencionados depende de um instrumento científico (por exemplo, um livro) que permita um aprofundamento maior da questão.

No entanto, a reflexão sobre a ausência de responsabilização penal desses agentes tem importância para futuras violações aos Direitos Humanos, ocorridas no território brasileiro, ainda que, e assim deseja-se, de menores proporções. De qualquer forma, o Estado brasileiro tem, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320[33] e, se assim optar, uma nova oportunidade para reavaliar a Lei n.º 6.683/79.

[33] A ADPF n.º 320 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Nessa ação constitucional, o PSOL requer que o STF declare que a Lei nº. 6.683/79, de modo geral, não se aplica aos crimes envolvendo graves violações aos direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, haja vista que os efeitos da referida lei expiraram em 15 de agosto de 1979 (artigo 1º).

3.6 REFERÊNCIAS

ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 73-134. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Chicago principles on post-conflict justice**. Chicago: IRLHI, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153**. Acórdão. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em: 07 ago. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, par. 85. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de março de 2018, série C, n. 353, par. 416. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2023.

GOMES, Eduardo Lipus. **A ditadura militar, as respostas pós-conflito e o novo direito internacional**: uma análise do caso brasileiro. 2013. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013. Disponível em:<http://www.ppgdc.uff.br/images/disserta%C3%A7%C3%B5es/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Mestrado_UFF_Eduardo_Lipus_Gomes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, p. 22-43, jun. 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141/5117>. Acesso em: 06 jul. 2023.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, RS, v. 2, n. 2, p. 207-222, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1606/1009>. Acesso em: 15 ago. 2023.

TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 135-170. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. Tradução de Alinte Tissot e Daniela Frantz. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-72. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

4. DESDOBRAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO DE EMPRESA: NOTAS SOBRE PONTOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO

Beatriz Souza Costa[1]

RESUMO: Este artigo explora pontos não regulamentados da LGPD que afetam as empresas, ressaltando a importância do intérprete enquanto a ANPD estabelece diretrizes. Para tanto, destaca-se a evolução histórica do direito à proteção de dados. Considerando o caráter aberto de algumas normas, a experiência estrangeira foi explicitada como inspiração para a interpretação de tais pontos. O trabalho exemplifica o tema a partir da análise conceito de agente de tratamento de pequeno porte; do fundamento legal de legítimo interesse do controlador; e dos requisitos para o compartilhamento de dados.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. Proteção de Dados Pessoais. Agente de Tratamento de Pequeno Porte. Legítimo Interesse. Compartilhamento de Dados. RGPD.

4.1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709/2018 ("Lei Geral de Proteção de Dados" ou "LGPD") é uma norma que busca assegurar o direito à proteção de dados e, por isso, editou os padrões de proteção mínimos esperados que devem ser praticados pelo mercado. Seu objetivo é impossibilitar que os titulares de dados sejam objeto de vigilância constante por terceiros, seja na esfera pública ou no particular[2].

O direito à proteção de dados pessoais, atualmente, é considerado um direito autônomo e fundamental, mas tem a sua origem atrelada ao direito à privacidade[3]. Com o avanço tecnológico, a falta de disposição legislativa e a ascensão do modelo de economia baseado em dados[4], a doutrina majoritária passou a entender que a tutela da privacidade

[1] Mestranda em Direito Civil pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Membro Acadêmico da Associação Brasileira de Direito Civil – ABDC.

[2] FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 100.

[3] Sobre o tema, em 2020, após a promulgação da LGPD, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a existência da autodeterminação informativa – que também deriva do direito à privacidade e relaciona-se com o direito à proteção de dados - no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 contra a Medida Provisória nº 954/2020. Importante ressaltar também que, apenas em 2018, foi publicada uma lei específica sobre proteção da dados no Brasil, a LGPD, e, somente em fevereiro de 2022, o direito à proteção de dados pessoais foi positivado no texto constitucional, incluído no rol de direitos fundamentais (art. 5º inciso LXXIX) da Constituição por meio da edição da Emenda Constitucional nº 115/2022, proveniente do Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2019.

[4] Conforme a explicação no relatório "Estratégia Brasileira para Transformação Digital", "no contexto da chamada economia digital, dados apresentam-se como um novo fator de produção, tal como bens materiais e capital humano. Cria-se, assim, um mercado global, no qual o valor é criado a partir do conteúdo gerado e compartilhado por pessoas, sensores e máquinas, assim como pelas informações construídas a partir das incomensuráveis possibilidades de cruzamento entre um imenso acervo de referências". Estratégia Brasileira para Transformação Digital. Disponível em: < https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-gover-

deveria transcender ao conceito de mera proteção negativa[5]. Desse modo, diante da inevitabilidade do tratamento de dados pessoais, a defesa à privacidade deveria apresentar comportamentos positivos[6].

A partir desse panorama, surge uma disciplina específica para proteção de dados pessoais, "que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que a proteção de dados pessoais é a sua 'continuação por outros meios'".[7] A preocupação com a proteção de dados pessoais deriva da percepção da amplitude e potencialidade de controle e manipulação sobre a sociedade e o mercado que os dados pessoais oferecem.[8].

Assim como o conceito de privacidade, o de proteção de dados sofreu mutações interpretativas, conforme a evolução das tecnologias de informação e a transformação da sociedade como um todo. Na fase em que nos encontramos[9], a Geração do Padrão de Proteção Coletivo, o objetivo do legislador é de "fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação, que não era resolvido com medidas que simplesmente reconheciam o direito à autodeterminação informativa"[10].

Após a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, constitucionalizou-se a proteção de dados como direito fundamental e cláusula pétrea[11], trazendo avanços significativos para os titulares de dados ao aumentar sua importância, além de impor no âmbito constitucional a necessidade de um esforço multissetorial para o fortalecimento de uma cultura de privacidade e proteção de dados no país[12].

---

nanca-digital/eDigital.pdf > P. 61. Último acesso em: 25/09/2023.

5 Sobre a modulação do significado de termos jurídicos, ver HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2015; (cap. 1).

6 Nos dizeres de Stefano Rodotà, é imprescindível a edificação de uma defesa da privacidade a partir de uma perspectiva institucional alargada. (RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bolonha: II Mulino, 1995, p. 52)

7 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei geral de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 41 (ebook).

8 Já em 1983, o Tribunal Constitucional Alemão havia inaugurado uma nova linha doutrinária ao afirmar que "não existem mais dados insignificantes". Ver: FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. A decisão histórica do STF sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-25/lucia-ferreira-stf-direito-protecao-dados-pessoais. Último acesso em: 01/09/2023.

9 Para fins deste artigo, utilizaremos a classificação proposta por Mayer-Schönberger descrita no texto "General development of data protection in Europe", descrita brilhantemente pelo professor Danilo Doneda em seu livro Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei geral de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 165 - 169 (ebook). De acordo com Mayer-Schönberger, a primeira geração denomina-se Geração das Autorizações e surgiu na década de 1970. Esta geração defendia que a regulação da privacidade e dos dados se daria por meio de autorizações a criação dos bancos de dados. A segunda geração é conhecida como Geração do Consentimento e teve lugar na segunda metade da década de 1970. A solução desta foi dar "controle" para as pessoas que efetivamente estavam dando os seus dados pessoais por meio do consentimento. Por isso, essa geração também é conhecida como a era de liberdades negativas. A terceira geração é a da Autodeterminação Informativa, que surgiu na década de 1980, e preocupava-se em conferir ao titular dos dados a faculdade de determinar e controlar os seus próprios dados. Passou a se consolidar um contexto em que seria necessário consentimento sobre o tipo, a forma, os tratamentos e as finalidades para as quais os dados seriam utilizados.

10 Ibid, p. 169 (ebook).

11 CF/88. Art. 5º. LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

12 CORRÊA, Livia Gonçalves. Constitucionalização demonstra relevância da proteção de dados para o

Assim, podemos definir o direito à proteção de dados não só como a possibilidade de cada cidadão deter, de forma autônoma, o controle sobre a utilização que é feita de seus próprios dados pessoais, mas, principalmente, como o estabelecimento de uma série de garantias para evitar que estes dados pessoais sejam utilizados de forma a causar discriminação ou danos de qualquer espécie, ao cidadão ou à coletividade.

De acordo com o artigo 52, da LGPD, as sanções administrativas variam de uma simples advertência até multa de no máximo 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica, limitado a cinquenta milhões de reais. Assim, nota-se que o efeito econômico do descumprimento legal é materialmente significativo para as empresas que tratam dados pessoais. Afinal, além da sanção administrativa ou judicial, a imagem e reputação da pessoa jurídica sofrerá um impacto negativo no mercado frente aos seus consumidores e parceiros comerciais, a depender do incidente de segurança.

Por mais que a regulamentação tenha estabelecido uma gama de direitos, obrigações e princípios acerca da proteção de dados, alguns aspectos foram indicados para regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e outros ainda necessitam de um refinamento por parte da doutrina e da jurisprudência para a melhor aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Agenda Regulatória da ANPD para o biênio de 2023-2024[13], instrumento de planejamento que agrega as ações regulatórias prioritárias da ANPD, possui vinte ações previstas para regulamentação, objetivando "conferir maior publicidade, previsibilidade, transparência e eficiência para o processo regulatório da Autoridade".[14] Contudo, por mais que exista movimentação por parte da autarquia para definir os pontos em aberto, a lei já deve ser observada em sua integralidade.

Assim, enquanto não há definição expressa pela autoridade, cumpre aos juristas auxiliar o mercado na interpretação da lei, visto que esta já é aplicável e a sua inobservância enseja responsabilização frente a sociedade civil.

Neste diapasão, o trabalho foi elaborado a partir da metodologia civil-constitucional, que propugna que todos os institutos do ordenamento jurídico devem ser relidos à luz da axiologia constitucional, de modo que só serão merecedores de tutela se, de acordo com o seu perfil funcional, promoverem valores fundamentais. Em que pese a ampla extensão do tema e de suas repercussões, a abordagem a que se propõe esse estudo tem como enfoque analisar os pontos da LGPD que estão em trâmite de regulamentação pela ANPD que geram implicações no Direito de Empresa.

Traçado o marco teórico, passa-se a pontuar sua linha de raciocínio, a começar pelos

Brasil. Disponível em: <https://encurtador.com.br/uGSV9> .Último acesso em: 01/07/2023.

[13] BRASIL. Portaria ANPD nº 35, de 4 de novembro de 2022. Torna pública a Agenda Regulatória para o biênio 2023-2024. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, ed. 211, Seção 1, p. 6. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-anpd-n-35-de-4-de-novembro-de-2022-442057885> último acesso em: 25/09/2023.

[14] ___. ANPD publica Agenda Regulatória 2023-2024. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-agenda-regulatoria-2023-2024> . Último acesso em: 25/09/2023.

critérios definidos pela ANPD para o enquadramento da sociedade no conceito de agente de tratamento de dados de pequeno porte e seus benefícios. Na sequência, apresenta-se, de forma crítica, o debate acerca do conceito de legítimo interesse da empresa, uma das hipóteses autorizadoras para o tratamento de dados pessoais, a partir da matéria de proteção de dados pessoais e dos parâmetros já traçados pela literatura internacional e nacional. Ao final, discutem-se os principais desafios na regulamentação dos requisitos para o compartilhamento de dados entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico, em âmbito nacional e internacional, e para o compartilhamento de dados com terceiros.

4.2 AGENTE DE TRATAMENTO DE DADOS: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA LGPD A PARTIR DO PORTE DA PESSOA JURÍDICA

A Lei Geral de Proteção de Dados trouxe em seu artigo 5º a definição de titular de dados pessoais e a de agente de tratamento de dados. Conforme a lei, aquele é a "pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento" e este é o "controlador e o operador". Ainda conforme o referido artigo, controlador foi definido como a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" e o operador é a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador".

Importante ressaltar que os conceitos de operador e de controlador se encontram dentro de uma situação jurídica dinâmica, visto que são funcionais e não formais. Assim, a normativa visa alocar responsabilidades de acordo com a atividade performada por cada parte e não pela autodeclaração[15].Nesse sentido, entende-se que as pessoas jurídicas que exercem atividade de tratamento de dados e que não se enquadram na exceção do artigo 4º do dispositivo legal[16], podem ser encaixadas na definição de operador ou de controlador e, consecutivamente, na de agente de tratamento de dados.

Conforme o enquadramento da pessoa jurídica como agente de tratamento, tem-se uma série de obrigações as quais esta é submetida. Dentre elas, a necessidade de manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem (art. 37, LGPD); a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais (art. 38, LGPD); e a adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais

[15] Importante ressaltar que, a depender da situação, podemos ter a figura do suboperador quando o operador que foi contratado delega, com autorização do controlador, parte do tratamento para um terceiro.

[16] LGPD, Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

de acessos não autorizados e de qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (art. 46, LGPD).

Ocorre que a conformidade com essas obrigações pode ocasionar custos elevados para a empresa, a depender do seu porte e tamanho econômico. Além disso, o impacto do descumprimento de tais normas varia conforme o tipo de dado pessoal manuseado, do tipo de resultado obtido a partir do tratamento de dados e do volume de dados pessoais coletados, entre outros fatores. Por isso, a própria legislação determinou em seu artigo 55-J, inciso XVIII, que a Autoridade deveria regular a aplicação da norma para certos tipos de agentes de tratamento. Esse grupo de pessoas jurídicas enumeradas no artigo recebeu a denominação de Agentes de Tratamento de Pequeno Porte – ATPP.

No mesmo sentido que a LGPD, o Regulamento Europeu[17] também entende que, conforme a peculiaridade de cada empresa, as normas devem ser flexibilizadas e adaptadas ao caso concreto. Desse modo, ambas as normas regulatórias não defendem uma isenção ou simples afastamento da normativa para certo tipo de empresa, mas entendem que a aplicação da norma deve ser adaptada ou moderada casuisticamente.

O enquadramento como ATPP gera benefícios econômicos, quando comparado ao regulamento em toda sua extensão. Em 2021, o "Relatório de Análise de Impacto Regulatório: Construção do modelo regulatório para aplicação da LGPD a microempresas e empresas de pequeno porte, *startups* e pessoas físicas que tratam dados pessoais", abordou, entre outros aspectos, a delicada questão da abrangência da definição de "pequeno porte", uma vez que a LGPD não ofereceu um conceito explícito.

A indicação de posterior regulamentação constante do artigo 55-J da LGPD inspirou-se no artigo 1º, §3º da Lei Complementar nº 123/2006, que garante que normas que instituem novas obrigações para microempresas e empresas de pequeno porte devem especificar o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para essa categoria. Disposição similar existe na Lei Complementar nº 182/2021, que instituiu o marco legal das *startups*, preconizado em seu artigo 11.

Conforme explicitado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no referido Relatório, a "identificação de critérios adequados é importante para que as normas e procedimentos simplificados incidam corretamente ao grupo ao qual se destina"[18]. Usual-

[17] RGPD. Artigo 40.1. Os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas.
RGPD. Artigo 42.1. Os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem, em especial ao nível da União, a criação de procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados, bem como selos e marcas de proteção de dados, para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes com o presente regulamento. Serão tidas em conta as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas.

[18] BRASIL. Relatório de Análise de Impacto Regulatório: Construção do modelo regulatório para aplicação da LGPD a microempresas e empresas de pequeno porte, startups, e pessoas físicas que tratam dados pessoais. Brasília: AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – ANPD, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publi-

mente, os critérios de classificação legal costumam ser definidos segundo características que se adequem à função das obrigações que se pretende regular e à função da atividade econômica relevante que as empresas desempenham. O Relatório identificou que, além do porte econômico da empresa, outros critérios deveriam ter sua adequação examinada pela ANPD para a edição da norma regulatória, como:

> características da empresa (número de empregados, idade da empresa, natureza jurídica, ramo de atividade econômica), características dos dados tratados pelas empresas (dados comprados ou coletados, dados sensíveis, dados de criança e adolescente, dados sigilosos, dados de geolocalização, local de guarda); características do tratamento (finalidade, atividade regular ou esporádica, volume de dados, local de tratamento, tratamento sistemático, tratamento automatizado); e risco para o titular de dados (impacto sobre direitos e garantias fundamentais e sobre a privacidade), entre outros.[19]

Isto decorre do fato de que não seria racional estabelecer o mesmo parâmetro para todas as microempresas, empresas de pequeno porte, startups e pessoas físicas que tratam dados pessoais, uma vez que não é possível auferir que todo tratamento de dado pessoal por esse grupo implicaria, necessariamente, atenção especial ou normativa diferenciada pela ANPD.

A partir do exposto, a autarquia entendeu que para solução do problema de definição dos conceitos elencados no artigo 55-J, a fim de determinar o acesso a procedimentos simplificados e diferenciados, deveria ser adotada uma "abordagem baseada numa definição circunstancial, em que os critérios variam à luz de cada obrigação e dos riscos associados"[20]. Ao privilegiar a flexibilidade do conceito, variando conforme as características de cada empresa, aumenta-se a capacidade de a norma considerar os critérios adequados que permitam a simplificação e flexibilização de determinada obrigação sem aumentar consideravelmente os riscos envolvidos tanto para os titulares de dados quanto para esse grupo de agentes de tratamento.

Após a edição desse vasto Relatório, a Resolução CD/ANPD nº 2, publicada em janeiro de 2022, colocou em prática o resultado do Relatório e seu artigo 2º importou as definições constantes das Leis Complementares que regulam as categorias mencionadas na LGPD[21]. Luís Rodolfo Cruz e Creuz e Ana Paula Canto de Lima[22] entendem que a Resolução acabou por beneficiar as startups em detrimento das Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), uma vez que a norma acaba equiparando empresas que possuem limites de receita anual bastante discrepantes.

Isto porque, enquanto as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem

cacoes/2021.08.17___AIR_Reg_MPE___versao_final.pdf> . Último acesso em 26/09/2023.

[19] Ibid., p. 12.

[20] Ibid., p. 15.

[21] LC nº 123/2006. Art. 3º; e LC nº 182/2021. Art. 4º.

[22] CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; LIMA, Ana Paula Canto de; Gargalos na resolução ANPD 2, de 27 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/371049/gargalos-na-resolucao-anpd-2-de-27-de-janeiro-de-2022. Último acesso em: 02.06.2023.

um limite de receita bruta anual superior a trezentos e sessenta mil reais e igual ou inferior a quatro milhões e oitocentos mil reais, as startups são contempladas com um limite de receita bruta de até dezesseis milhões de reais. De acordo com os autores, essa distinção de magnitude não parece ter fundamento ou razão, especialmente se o objetivo é beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte de forma indiscriminada.

Discorda-se desse posicionamento, uma vez que é a intenção da autarquia em não criar assincronias no ordenamento jurídico brasileiro é cristalina. Por isso, entendemos que o endereçamento do conceito às normas específicas segue a unidade do ordenamento jurídico brasileiro. Recorda-se que, nas palavras de Gustavo Tepedino:

> [O ordenamento] deve ser compreendido como sistema composto por núcleos legislativos que não se compadecem com a uniformidade traduzida pelas grandes codificações do passado. De tal complexidade decorre a necessidade de interpreta-lo a partir do conjunto de fontes normativas caracterizadoras da pluralidade própria da sociedade, resguardando, contudo, a sua unidade axiológica, para que se possa manter o conceito de ordenamento e a sua função propiciadora da paz social. Pluralidade de fontes, portanto, e unidade sistemática convivem lado a lado, evitando-se a fragmentação e o desvirtuamento da própria ideia de ordenamento. [23]

Para além da utilização das definições consolidadas no cenário brasileiro, e seguindo o indicado no Relatório de 2021, a Resolução restringiu a aplicação do tratamento diferenciado, mesmo que o agente se enquadre nas definições acima mencionadas, caso (i) o tratamento de dados a ser realizado represente um alto risco para os titulares de dados; (ii) a receita bruta for superior ao limite estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006 ou, no caso de startups, ao estabelecido na Lei Complementar nº182/2021; ou (iii) se o agente pertencer a um grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites da Lei Complementar nº123/2006 ou da Lei Complementar nº 182/2021, conforme o caso.

Assim, temos um critério subjetivo e dois objetivos para o afastamento do tratamento diferenciado. Acerca do critério subjetivo, o artigo 4º da Resolução dispõe que o tratamento de dados será considerado de alto risco, caso atenda cumulativamente a pelo menos um critério geral (tratamento de dados pessoais em larga escala; ou tratamento de dados pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares); e um critério específico (uso de tecnologias emergentes ou inovadoras; vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público; decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, profissional, de saúde, de consumo e de crédito ou os aspectos da personalidade do titular; ou utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos).

Acredita-se que o intuito da ANPD com a edição dos critérios gerais e específicos

[23] TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyce Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). Direito Civil na Legalidade Constitucional: Algumas aplicações. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 205

era auxiliar o intérprete do direito no momento da aplicação da norma jurídica, fazendo uso da técnica legislativa de cláusulas abertas. Assim, por mais que a norma tenha instituído balizas para o artigo 55-J, da LGPD, ainda há uma margem interpretativa que deverá ser analisada casuisticamente.

De modo geral, ser enquadrado como Agente de Tratamento de Pequeno Porte implica em cinco diferentes benefícios[24]: a isenção da exigência de indicação de um Encarregado, porém, ainda é necessário que haja um canal de comunicação para exercício do direito dos titulares; a aplicação de procedimentos simplificados do registro de operações de tratamento, sendo regulado por legislação própria fornecida pela ANPD[25]; uma política simplificada de Segurança da Informação[26]; prazo dobrado nas situações elencadas no artigo 14, da Resolução[27], sendo permitido outros prazos desde que expressamente previstos por regulamentação específica; e a flexibilização ou processo simplificado de comunicação de incidentes de segurança, ainda pendente de regulamentação.

Recorda-se que o regime simplificado aplicado aos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte reduz o custo de adequação e manutenção das atividades da empresa à Lei Geral de Proteção de Dados. Em outubro de 2022, somente as micro e pequenas empresas já correspondiam a 30% (trinta por cento) do Produto Interno Bruto brasileiro[28]. Por isso, entender se o agente se enquadra na definição da Resolução é imperativo para a manutenção e harmonia do mercado.

[24] MIRANDA, Marina. LGPD e pequenos negócios: o que mudou com a nova Resolução da ANPD? Jusbrasil, 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/lgpd-e-pequenos-negocios-o-que-mudou-com-a-nova-resolucao-da-anpd/1514013273. Último acesso: 27.05.2023.

[25] *Cf*. BRASIL. ANPD divulga modelo de registro simplificado de operações com dados pessoais para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte (ATPP). Brasília: ANPD, 2023. Disponível em: < https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-modelo-de-registro-simplificado-de-operacoes-com-dados-pessoais-para-agentes-de-tratamento-de-pequeno-porte-atpp> Último acesso em: 26.09.2023.

[26] Cf. BRASIL. Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: < https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf> . Último acesso em 26.09.2023.

[27] Art. 14. Aos agentes de tratamento de pequeno porte será concedido prazo em dobro: I - no atendimento das solicitações dos titulares referentes ao tratamento de seus dados pessoais, conforme previsto no art. 18, §§ 3º e 5º da LGPD, nos termos de regulamentação específica; II - na comunicação à ANPD e ao titular da ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares, nos termos de regulamentação específica, exceto quando houver potencial comprometimento à integridade física ou moral dos titulares ou à segurança nacional, devendo, nesses casos, a comunicação atender aos prazos conferidos aos demais agentes de tratamento, conforme os termos da mencionada regulamentação; III - no fornecimento de declaração clara e completa, prevista no art. 19, II da LGPD; IV - em relação aos prazos estabelecidos nos normativos próprios para a apresentação de informações, documentos, relatórios e registros solicitados pela ANPD a outros agentes de tratamento. Parágrafo único. Os prazos não dispostos neste regulamento para agentes de tratamento de pequeno porte serão determinados por regulamentação específica.

[28] EBC – Brasília. Micro e pequenas empresas aumentam participação na economia brasileira. Disponível em: < https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-10/micro-e-pequenas-empresas-aumentam-participacao-na-economia-brasileira> Último acesso em: 10.09.2023.

4.3 LEGÍTIMO INTERESSE DA EMPRESA: CONTORNOS MÍNIMOS PARA A UTILIZAÇÃO DA HIPÓTESE AUTORIZATIVA

Assim como o Regulamento Europeu, a Lei brasileira segue o modelo *ex ante* de proteção. Nas palavras de João Ricardo Bet Viegas:

> Característica típica do modelo europeu, a indicação das bases legais como forma de autorizar o tratamento de dados pessoais denota a escolha do legislador pelo que vem se denominando de racionalidade *ex ante* de proteção de dados, a qual pode ser compreendida, inclusive, como a grande inovação trazida ao ordenamento brasileiro sobre a matéria (BIONI; MENDES, 2019). O ponto central é, justamente, optar, diante do fato de que inexistem dados insignificantes, por proteger o tratamento desde momento anterior a seu início, impondo ao controlador condição para que ocorra.[29]

Partindo desse pressuposto, os agentes de tratamento de dados precisam fazer uso de uma das bases legais constantes nos artigos 7º ou 11, ambos da LGPD, sendo este para dados pessoais sensíveis e aquele para dados pessoais, para que o tratamento possa ser iniciado. Conforme os ensinamentos de Chiara de Teffé,

> ainda que seja possível utilizar mais de uma base legal para determinado tratamento de dados, é preciso buscar a base mais adequada e segura para a situação concreta, levando em conta práticas de mercado, orientações de especialistas, guias de autoridades responsáveis pela proteção de dados em âmbito estrangeiro e o equilíbrio entre os direitos dos titulares e as melhores opções para o desenvolvimento dos negócios. [30]

Sem almejar debruçarmos sobre o tema, o rol dos artigos mencionados é taxativo, mas passíveis de complementação pelos artigos 14 e 23 do mesmo diploma legal. Além disso, é pacífico o entendimento de que as hipóteses legais autorizativas possuem o mesmo grau de importância[31]. Enquanto para o tratamento de dados pessoais sensíveis, o legislador optou por duas hipóteses legais[32]; se os dados pessoais não forem sensíveis, há dez fundamentos legais[33].

[29] VIEGAS, João Ricardo Bet. LGPD: Modelo de proteção e limites de aplicação. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/xb85z780/an00JaaZSU7KqT67.pdf Último acesso em: 10.09.2023. p. 7.

[30] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 127.

[31] Corroborando com este entendimento, temos o Enunciado 689 da IX Jornada de Direito Civil do CJF, que dispõe que "Não há hierarquia entre as bases legais estabelecidas nos artigos 7º e 11 da LGPD".

[32] Art. 11. I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

[33] Art. 7º. I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação

Dentre os fundamentos legais permitidos, o legítimo interesse do controlador ou de terceiro, previsto no artigo 7º, inciso IX, da LGPD, ainda está pendente de definição pela Autoridade Nacional[34]. Contudo, seguindo a experiência estrangeira, é possível traçar parâmetros iniciais para a aferição do legítimo interesse.

Analisando a semântica da expressão "legítimo interesse", Márcio Cots e Ricardo Oliveira endentem que esta deve ser analisada de forma literal. Assim, pode-se entender por "interesse" como um objetivo ou propósito, enquanto por "legítimo", entende-se como uma razão que embasará legalmente, ou através da razoabilidade e do bom senso, aquele interesse[35].

Antes da promulgação do GDPR, a Diretiva preconizou o legítimo interesse como uma das bases legais aplicáveis para o tratamento de dados. Bruno Bioni entende que esta base, naquele momento, era vista como uma das mais flexíveis, mesmo que estando em nível hierárquico igual às demais.[36] A Diretiva não detalhava os critérios para a aplicação deste fundamento legal, visto que o intuito da norma era estabelecer objetivos gerais, que deveriam ser, posteriormente, internalizados no direito doméstico de cada um dos países-membros da União Europeia[37]. Por conseguinte, o entendimento dos países europeus, integrantes do bloco, acerca da sua aplicação não foi harmônico e o mercado entendia que o legítimo interesse era, naquele momento, a base legal menos restritiva que as demais.

Nesse contexto, o Grupo de Trabalho do Artigo 29[38], órgão de aconselhamento criado pela Diretiva, editou o Parecer nº 6/2014 que trouxe parâmetros para a aplicação do conceito e serviu de molde para o texto do Regulamento Europeu. O Grupo indicou a necessidade de verificar o preenchimento do requisito de legítimo interesse através do teste chamado de *legitimate interest assessement (LIA)*.

legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ; VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

[34] No momento de elaboração do presente trabalho, estava aberta a consulta pública sobre Estudo Preliminar a respeito do legítimo interesse através da plataforma Participa Mais Brasil. Para mais informações, acessar: < https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/aberta-consulta-a-sociedade-sobre-estudo-preliminar-a-respeito-do-legitimo-interesse> .

[35] OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio. O legítimo interesse e a LGPD. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 65.

[36] BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 321

[37] Ver. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil*:* Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13.

[38] No âmbito do Regulamento Europeu, o órgão foi substituído pelo *European Data Protection Board*.

Este teste é composto de quatro fases, iniciando pela (i) avaliação dos interesses legítimos; seguido da análise de (ii) impacto sobre o titular do dado pessoal; da avaliação de (iii) equilíbrio entre os interesses legítimos do controlador e o impacto sobre o titular; e, por fim, (iv) edição de salvaguardas para proteger o titular de dados e evitar qualquer impacto indesejado[39]. Assim, temos que o objetivo do teste é ponderar os direitos da empresa em tratamento de dados para a persecução de seu objeto social com os direitos do titular de dados.

Conforme nos recorda Bruno Bioni, "[t]ão importante quanto aferir se há um interesse legítimo é verificar se as legítimas expectativas e os direitos e liberdades fundamentais do cidadão serão respeitados".[40] Assim, o teste de legítimo interesse é composto por conceitos jurídicos indeterminados - o legítimo interesse da empresa e a legítima expectativa do titular de dados – e, por isso, ainda considerado como uma cláusula aberta.

Utilizar este fundamento legal para o tratamento de dados torna imprescindível demonstrar que a empresa ou terceiro alcançará um benefício ou resultado claro e específico e, portanto, deve-se pensar detalhadamente no que se está tentando alcançar com a operação de tratamento específica. Importante ressaltar que, embora determinado objetivo possa ser relevante, ele deverá ser "legítimo". Qualquer interesse ilegítimo, antiético ou ilegal não está abarcado na LGPD. Em adendo, quanto mais invasivo, inesperado ou genérico for o tratamento, menor será a probabilidade de que seja reconhecido o legítimo interesse.

Neste diapasão, o LIA foi espelhado no artigo 6º e considerando 47 do Regulamento Europeu e, inspirado na normativa europeia, além da necessidade do teste, a lei brasileira forneceu parâmetros exemplificativos para auxiliar o intérprete acerca dessa base legal. De acordo com o artigo 10, da LGPD, o legítimo interesse pode ser utilizado quando o tratamento de dados promover ou apoiar as atividades do agente ou para a proteção do exercício regular dos direitos do titular ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitando-se sempre as legítimas expectativas e os direitos e liberdades fundamentais.

No mesmo artigo, a LGPD, incluiu a necessidade da técnica de ponderação ao dispor acerca da possibilidade de a Autoridade Brasileira solicitar o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, observados os segredos comerciais e industriais. Este relatório deve ter, no mínimo, a descrição dos dados coletados, a metodologia de coleta de dados e para a garantia da segurança das informações, e a análise do responsável com relação às medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos adotados.

Importante ressaltar que no caso do legítimo interesse de terceiro, "isto é, de alguém

[39] Segundo o professor Bruno Bioni, esta divisão permanece no cenário brasileiro, a partir de uma interpretação sistemática dos artigos 6º, inciso X, 10 e 37, todos da LGPD. Em contraposição, temos a corrente da professora Fernanda Maia, a análise do LIA deve ser dividida em três etapas: detectar a presença de um interesse legítimo (teste de propósito); demonstrar que o tratamento é necessário para atingir aquele interesse (teste de necessidade); e ponderar o propósito e a necessidade com os direitos, interesses e liberdades do titular (teste de equilíbrio). MAIA, Fernanda; YUN, Remilina. Base legal "Legítimo Interesse" e seus desdobramentos. In: PALHARES, Felipe. Temas Atuais de Proteção de Dados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020. Cap. 7.

[40] BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais*:* a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 324.

que não mantém uma relação já preestabelecida com o titular dos dados. (...) a noção de legítima expectativa mostra-se mais difícil de ser demonstrada e o risco da aplicação dessa base legal é ainda maior".[41] Nas palavras de Marcel Leonardi:

> O legítimo interesse de terceiros engloba não apenas os terceiros em uma relação negocial, mas também a própria sociedade amplamente considerada, ou seja, o legítimo interesse de categorias de pessoas ou mesmo de toda a população, conforme o caso. No universo das atividades empresariais, a utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento de dados pessoais pode ser, em tese, justificada por múltiplas perspectivas: do controlador, de terceiros e do titular. No entanto, cada situação demandará uma análise específica, o que varia conforme o caso.[42]

Conforme o exposto, o teste de legítimo interesse objetiva auxiliar o agente a averiguar se realmente existe um legítimo interesse e se nenhuma outra base legal poderá ser utilizada no caso concreto. Portanto, entende-se que o agente deverá aplicar o teste para cada atividade de tratamento de dados baseada neste fundamento legal. Mesmo assim, ainda há possibilidade de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados entender que o resultado do teste foi equivocado ou que o potencial lesivo ao titular de dados supera o interesse econômico.

Desse modo, por ser um conceito em construção, caberá principalmente a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e ao Poder Judiciário preenchê-lo no caso concreto. Além disso, o art. 10 da LGPD faz referência apenas ao controlador, devendo a doutrina e a ANPD esclarecerem se sua interpretação deverá ser ampliada para os demais agentes de tratamento.

4.4 TRANSFERÊNCIA DE DADOS: REQUISITOS PARA O COMPARTILHAMENTO À NÍVEL NACIONAL E INTERNACIONAL.

Outro ponto pendente de regulamentação é a transferência de dados entre pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a Lei não trata expressamente sobre a transferência de dados entre empresas, mas aborda aspectos de transferência internacional de dados e de uso compartilhado. Transferência internacional de dados e uso compartilhado são definidos, respectivamente, como "transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro" e "comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autori-

[41] BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 326.

[42] LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, MACIEL, Renata Mota. (Org.). Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin. Acesso em: 24.09.2023., 2019. Capítulo 14, p. 327.

zação específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados".

A partir das definições, entende-se que a "transferência internacional de dados" é espécie do gênero "uso compartilhado". Enquanto a transferência internacional possui um capítulo específico na Lei – arts. 33 a 36 -; o uso compartilhado está espalhado ao longo da normativa.

A orientação legal para o uso compartilhado por entes privados é restrita, sendo somente abordado a vedação do uso compartilhado de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, salvo para as empresas de prestação de serviço de saúde (art. 11, §4º, LGPD) e a indicação de que a ANPD poderá regulamentar o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores em geral. Assim, cabe ao intérprete da lei encontrar os limites para o compartilhamento.

Pensando nisso, faz-se necessário analisar tais balizas, sem a intenção de esgotar o tema, para quando estamos frente a um compartilhamento entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo ou que possuem um acordo comercial e quando o compartilhamento será entre terceiros. Para fins deste artigo e indicando a complexidade do tema, não o analisaremos sob o ponto de vista concorrencial; frente às operações de reorganização societária; e tampouco enfrentaremos o uso compartilhado entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado.

Por definição, estamos frente a um grupo de empresas quando falamos de sociedades coligadas e grupo de sociedades. Nas palavras de Sérgio Campinho:

> Os conceitos de sociedades coligadas e de sociedades controladora e controlada são formulados a partir da existência ou não de relação de controle. Havendo relação de controle entre uma sociedade e outra, temos sociedades controladora e controlada; inexistindo essa subordinação de comando, estabelecendo-se a relação não em um plana de verticalidade, mas sim de horizontalidade, caracteriza-se a coligação de sociedades. Entre sociedades coligadas não há comando, mas sim uma relação de coordenação. [43]

Antes da edição da Lei nº 11.941/2009, entendia-se que a sociedade coligada era aquela em que a pessoa jurídica possuía dez por cento ou mais do capital social da outra, sem controlá-la. Após a promulgação, o percentual permaneceu para sociedades limitadas, mas foi substituído pela expressão "influência significativa" para sociedades anônimas[44]. Indo além, para estas, influência significativa ocorre quando a investidora exerce o poder de participar nas decisões financeiras e/ou operacional da investida e há a presunção quan-

[43] CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: sociedade anônima. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 424.

[44] CC/02, Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.
CC/02 Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.
LSA Art. 243. § 1o São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. § 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. § 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la)

do a investidora for titular de vinte por cento ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida[45].

A Lei n. 6.404/76, inspirada na lei alemã das sociedades anônimas de 1965, disciplina duas espécies de grupo econômico: o de fato (*faktische konzerne*) e o de direito, esse último se estabelecendo por meio de "contrato de empresas" (*unternehmensvertraege*), cujo instrumento deve ser levado ao registro de empresas para a produção de seus efeitos. Nos termos do artigo 265 da referida lei, a sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

Ademais, o grupo de sociedades de direito deverá ter sua convenção aprovada e só será constituído a partir da data do arquivamento desse documento no registro de comércio da sede da sociedade de comando. Nas palavras do professor Sergio Campinho:

> Apresentam-se como uma técnica de exploração racional da atividade empresarial, na busca do atingimento de um processo de investimentos, pesquisa, produção e comercialização mais eficientes. (...) Rubens Requião apresenta bem elaborado conceito sobre as duas modalidades, a partir da lei brasileira, que passamos a adotar e reproduzir. Para o citado autor, são grupos de fato as sociedades que mantêm, entre si, laços empresariais por meio de participação societária, sem necessidade de se organizarem juridicamente. Relacionam-se segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, no sentido de não terem necessidade de maior estrutura organizacional.
>
> Diversamente são os grupos de direito que importam em uma convenção, formalizada no Registro Público de Empresas Mercantis, tendo por objeto uma organização composta de sociedades, mas com disciplina própria. São, por isso, grupos de direito.[46]

Por outro lado, será um compartilhamento com terceiros quando falamos sobre consórcio. Este também é um contrato entre sociedades, porém, tem como objetivo a execução de um empreendimento determinado. Além disso, "[o]s membros do consórcio serão quaisquer sociedades, não exigindo a lei que se achem ligadas por relações de participação". [47]

Independentemente do motivo econômico para a formação do grupo de empresas ou do consórcio, os princípios e regras que regem o tratamento de dados devem ser aplicados quando do uso compartilhado de dados pessoais. Atualmente, questiona-se quais seriam os critérios para a legitimidade da livre circulação de dados entre as sociedades empresárias do grupo; se este seria um ente autônomo; e o impacto aos titulares de dados quando do compartilhamento.

---

[45] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III – 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 295.

[46] CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: sociedade anônima. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 423 e 424.

[47] BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 8 ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.528

Os artigos 9º, inciso V e 10, inciso VII, ambos da LGPD, determinam que o titular de dados tem direito facilitado às informações acerca do uso compartilhado de dados pessoais pelo controlador e a finalidade do compartilhamento. Assim, em um primeiro momento, temos que compartilhamento deverá ter um objetivo específico. Seguindo o princípio da necessidade, entende-se que os dados compartilhados devem ser aqueles essenciais a finalidade pretendida.

Além disso, nos termos do princípio da transparência, o titular deve entender que seus dados serão compartilhados com outras pessoas jurídicas, corroborando com a necessidade de obter o consentimento específico do titular para o compartilhamento, conforme os artigos 5º, VXI e 7º, §5º, ambos da LGPD. Assim, mesmo entre os integrantes do grupo, é requisito essencial a obtenção do consentimento do titular[48].

Raul Murad e Rodrigo Requena nos recordam que

> Aqui a tese de Pietro Perlingieri" sobre as teorias das relações jurídicas se amostra particularmente útil: deve se falar em vínculos entre núcleos de interesse, e não apenas entre pessoas jurídicas. É extremamente comum que, dentro de uma mesma pessoa, haja mais de um sujeito de direito (a exemplo de uma sociedade de capital disperso), havendo, ainda, uma disparidade e até conflitos de interesses. Reflita-se sobre a hipótese de o grupo controlador optar por uma estratégia ousada, lucrativa e ilegal no trato do tráfego de dados pessoais, enquanto os acionistas minoritários de uma das sociedades do grupo econômico sequer têm ciência a respeito dessa prática. A titularidade dos dados obtidos pode ser da sociedade, mas o controle e o bom manuseio de tais dados podem escapar aos demais sujeitos de direito do na intrassocietário. Adicionalmente, resumir-se-ia também à compatibilização da expressa previsão do art. 5°, VI, da LGPD com a do art. 266 da Lei das S.A., preservando-se a personalidade jurídica de cada integrante de grupo empresarial.[49]

Imperioso mencionar que o consentimento específico, a observação ao princípio da transparência e da necessidade e a finalidade delimitada são requisitos mínimos extraídos a partir de uma análise sistemática da lei. Nos termos do já mencionado artigo 30 da Lei Geral de Proteção de Dados, a autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais; assim como o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis com objetivo de obter vantagem econômica também poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da Autoridade Nacional, conforme o artigo 11, §3º, do mesmo diploma legal.

Sobre a possibilidade de o grupo empresarial ser entendido como um ente autônomo, Raul Murad e Rodrigo Requena entendem que a ideia não seria impossível, uma vez que "em termos sociais e econômicos, o grupo de empresas pode agir com único ente empresarial, com interesses próprios, distintos dos interesses próprios de cada componente

[48] MURAD, Raul; REQUENA, Rodrigo. Fluxo de informação no âmbito dos grupos societários e proteção dos dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 637.
[49] *Ibid*., p. 639.

do grupo"[50]. Contudo, enquanto não há posicionamento da ANPD e do judiciário sobre o tema, pode-se fazer uso da figura de co-controlador, onde todos os integrantes do grupo seriam considerados como responsáveis conjuntos pelo tratamento de dados pessoais.

Quando analisamos a questão frente a grupos empresariais compostos por empresas nacionais e internacionais, a norma brasileira trouxe requisitos mais robustos, inclusive com um rol taxativo de situações em que o compartilhamento é permitido[51]. Tais hipóteses de transferência necessitam de regulamentação pela ANPD. Contudo, considerando a similaridade entre a lei brasileira e o regulamento europeu, pode-se inferir que países integrantes do bloco europeu serão aptos a receber dados de suas coligadas ou parceiras comerciais brasileiras. Além disso, bebendo da experiência europeia, é possível importar o chamado *Biding Corporate Rules*, contido no artigo 63 do Regulamento Europeu para grupos econômicos, ou o *Intra-group Sharing Agreement*, documentos que destrincham as políticas do grupo ou do consórcio acerca do tratamento de dados pessoais.

Por fim, ressalvamos que dados anonimizados não são objeto da Lei Geral de Proteção de Dados, nos termos do artigo 12. Desse modo, estes dados podem ser compartilhados sem a observância dos ditamos legais. Todavia, "se possuírem valor econômico e se tratadas como sigilosas, passariam a compor segredo de comércio do controlador ou do grupo empresarial, tutela prevista no ordenamento nos arts. 195, XI e XII, e 206 da Lei de Propriedade Industrial"[52].

[50] *Ibid*., p. 635, nota de rodapé 30. Os autores indicam a seguinte passagem: "Ora, essa perda da autonomia de gestão empresarial traduz-se, frequentemente, senão sempre pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo. Os patrimônios sociais tendem a confundir-se, e tudo se passa nesse campo, como frisou um autor, analogamente ao princípio dos vasos comunicantes (COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO, Calixto Filho, *Op. Cit*. p, 357-358).".

[51] Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos: I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei; II - quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos nesta Lei, na forma de: a) cláusulas contratuais específicas para determinada transferência; b) cláusulas-padrão contratuais; c) normas corporativas globais; d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos; III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional; IV - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência; VI - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional; VII - quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei; VIII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades; ou IX - quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.

[52] *Ibid*., p. 647.

4.5 CONCLUSÃO

O direito fundamental à proteção de dados pessoais visa proteger o titular de dados pessoais frente os riscos potenciais de controle e manipulação pela parcela do mercado que performam sua atividade social nos termos da economia baseada em dados. Pensando nisso, a norma brasileira trouxe uma série de direitos e deveres que devem ser observados pelas pessoas jurídicas.

Ocorre que, como demonstrado ao longo do presente trabalho, alguns aspectos foram indicados para regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, como o enquadramento da pessoa em agente de tratamento de pequeno porte; os critérios para a configuração do legítimo interesse do controlador e de terceiro; e os limites para o uso compartilhado de dados pessoais. Neste diapasão, buscou-se analisar os requisitos já estipulados em normas e guias orientativos editados pela ANPD e aqueles extraídos a partir da experiência estrangeira.

As três matérias explicitadas ao longo do trabalho foram utilizadas com o objetivo de expor alguns pontos pendentes de regulamentação. Demonstrando a necessidade de um aprofundamento ao redor da Lei Geral de Proteção de Dados por parte do intérprete do direito, de modo a conferir ao mercado um cenário de segurança jurídica tanto para os titulares de dados pessoais quanto para o agente de tratamento de dados.

5. TRANSIÇÃO ENERGÉTICA, MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO HUMANO, SOCIAL E ECONÔMICO - ODS 7 AGENDA 2030 DA ONU – POLÍTICAS ESG

Bernardo Gicquel[1]

RESUMO: O mundo está em um momento de transição energética. A descarbonização e o empoderamento humano/social são um movimento irreversível que provocam, em uma das pontas, uma eletrificação da economia com a substituição de combustíveis fósseis por fontes renováveis. Um novo modelo energético, limpo, seguro, eficiente e inteligente é essencial para o desenvolvimento social, humano e econômico em nível mundial. O setor energético mundial precisa, portanto, observar as novas tecnologias, ser eficiente e ter menor custo, permitindo um maior nível de inovação e progresso tecnológico, com inclusão social e respeito ao meio ambiente. Todavia, a transformação do sistema global de energia precisa acelerar, a fim de atender aos objetivos do Acordo de Paris. Em 2050, a eletricidade pode se tornar o principal fornecedor de energia (de 20% para quase 50% do consumo final), e a energia renovável fornecerá a maior parte da demanda global (86%). Estima-se, assim, que o sistema de energia precisaria de um investimento total de USD 110 trilhões até 2050 (cerca de 2% do PIB médio anual para o período). Diante de tudo isso, novos mercados, produtos e serviços estão surgindo a cada dia, acompanhados de investimentos. Sendo assim, é necessário um ambiente adequado, promovido por políticas públicas e regulamentação, com a participação das instituições, empresas e governos. O debate das questões legais e éticas é, consequentemente, essencial.

PALAVRAS-CHAVE: Transição; Energia; Desenvolvimento; Acesso; Sustentabilidade.

5.1 INTRODUÇÂO

A energia, seja como se produz ou se é consumida, está em constante evolução desde a revolução industrial, mas, nas últimas décadas, a descarbonização e o empoderamento humano/social, incluindo-se nisto o ambiental, vêm promovendo um movimento irreversível, provocando, em uma das pontas, uma eletrificação da economia com a substituição de combustíveis fósseis por fontes renováveis.

Se antes a energia fóssil, como o petróleo e carvão, costumava ser a única fonte elétrica que mantinha o mundo funcionando, hoje, isso evoluiu, pois estamos em uma passagem de uma condição para outra.

Não é mais sustentável continuar consumindo recursos naturais na velocidade atual.

[1] Advogado. Sócio do escritório Bernardo Gicquel Advogados Associados. Diretor de Tecnologia e Inovação do Instituto dos Advogados Brasileiros. Presidente da Comissão de Energia e Transição Energética do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Logo, a geração e o consumo de energia encaminham-se para ser de baixo carbono, como também é necessária a otimização da utilização de bens e serviços.

Enfatiza-se ainda que a busca por fontes energéticas mais limpas, renováveis e sustentáveis tem se tornado uma das principais preocupações de governos e sociedades ao redor do mundo.

Nesse sentido, segundo a Agência Internacional de Energia[2], a capacidade de energia renovável total do mundo deve aumentar 50% já em 2024. Um novo modelo energético, limpo, seguro, eficiente e inteligente é essencial para o desenvolvimento social, humano, ambiental e econômico em nível mundial.

O setor energético mundial precisa, portanto, estar atento às novas tecnologias, ser eficiente e ter menor custo. Essas ações permitirão um maior nível de inovação e progresso tecnológico, com inclusão social e respeito ao meio ambiente.

De acordo com relatório emitido em 2022 pela Agência Internacional de Energia (IEA), em 2021, as emissões de CO2 no mundo chegaram a 36,3 bilhões de toneladas, sendo que a economia global dependeu fortemente do carvão para se recuperar da pandemia de COVID-19.[3] Segundo este mesmo Relatório, "o aumento das emissões de CO2 relacionadas à energia empurrou as emissões globais de gases de efeito estufa para seu nível mais alto em 2021".[4]

Seguindo essa progressão de elevadas emissões de efeito estufa, é absolutamente urgente e imprescindível rever os modelos de produção, econômicos, institucionais, além dos modelos, sistemas e usos de energia no que tange ao uso de combustíveis fósseis.

Para tanto, é preciso alcançar e implementar soluções mais sustentáveis e que possam equilibrar e garantir, ao mesmo tempo, a segurança energética *vis-à-vis*, as necessidades da sociedade e o resguardo ambiental para o planeta. Nesse contexto, a palavra de ordem do momento é descarbonizar, o que somente será factível a partir de uma revisão e reprogramação da matriz energética mundial.

Assim, a produção e o consumo de energia, a partir de fontes renováveis, é um aspecto importante da transição energética, mas o acesso à energia também.

Conforme o Banco Mundial[5], a Agência Internacional de Energia (AIE), a Agência Internacional de Energia Renovável (IRENA), a Divisão de Estatísticas das Nações Unidas (UNSD) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), em relatório de junho de 2023, a projeção é de que 660 milhões de pessoas não terão a acesso à energia elétrica no mundo, em 2030, por exemplo.

Os progressos dos últimos anos, de fato, reduziram paulatinamente o número de

[2] AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA. Renewables, 2023. Disponível em: https://www.iea.org/events/renewables-2023. Acesso em: 18 dez. 2023.

[3] FERRIANI, Fabrizio; NATOLI, Filippo. ESG risks in times of Covid-19. Applied Economics Letters, v. ol. 28, n. 18, pp. 1537-1541, 2021. Disponível em: https://ideas.repec.org/a/taf/apeclt/v28y2021i18p1537-1541.html. Acesso em: 14 dez. 2023.

[4] AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA. *Op. Cit.*

[5] BANCO MUNDIAL. Acesso à energia básica fica defasado em meio a oportunidades renováveis, mostra novo relatório. Disponível em: worldbank.org. Acesso em: 18 dez. 2023.

pessoas sem acesso à energia elétrica, contudo, no ritmo atual de eletrificação, cerca de 8% da população mundial permanecerá sem acesso à eletricidade em 2030.

Na América Latina, os dados mostram que a região está avançando, todavia os impactos negativos na economia, causados pela pandemia da COVID-19, limitaram os progressos. No geral, o acesso à eletricidade na região é de 97,4%, entretanto, em muitos países, mais de 10% da população ainda não tem acesso a combustíveis adequados para cozinhar.

No Brasil, o acesso à energia elétrica nos domicílios atingiu cobertura praticamente universal, contudo a Região Norte registrou o menor percentual especificamente para a rede geral (96,7%).[6]

Na análise por situação do domicílio, observou-se elevada cobertura de energia elétrica, tanto em áreas urbanas (99,9%) quanto rurais (99,0%). Na Região Norte, o percentual de domicílios rurais que dispunham de energia elétrica, por meio de rede geral ou fonte alternativa, era um pouco mais baixo (96,3%), sobretudo, aqueles com acesso à rede geral (85,0%).[7]

Os dados, como apontado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através da PNAD[8], continuam os mesmos de 2022 e mostram que a maior participação de domicílios na Região Norte era apenas de fonte alternativa de energia, quando comparada às demais.

É importante assinalar que a manutenção da redução dos números acima é um enorme desafio diante da previsão de que a população mundial possa atingir um patamar de 9,3 bilhões de pessoas em 2050, diante de uma taxa de crescimento anual de 0,8% em média no período de 2000 a 2050, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU).[9]

5.2 TRANSIÇÃO ENERGÉTICA, O ODS 7 DA AGENDA 2030 DA ONU E AS POLITICAS ESG

Compreende-se, pelo exposto acima, a necessidade de que a transição seja acelerada, mas, justa e responsável, com planejamento e viabilidade econômica, social, técnica e jurídica, já que nem sempre é possível equilibrar o sistema e desenvolver o acesso à energia, de forma eficiente, estável e segura, somente com fontes renováveis.

Um combustível intermediário, como, por exemplo, o gás natural, que é de origem fóssil, porém, com menor emissão de CO2, se comparado a outros combustíveis fósseis, não pode ser desconsiderado, especialmente, para o uso industrial.

[6] BRASIL. Casa Civil. A energia elétrica no Brasil chega a 17 milhões de pessoas. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/agosto/acesso-a-energia-eletrica-no-brasil-chega-a-17-milhoes-de-pessoas. Acesso em: 18 dez. 2023.

[7] EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Plano Nacional de Energia – 2050. 2020. Disponível em: https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050. Acesso em: 18 dez. 2023.

[8] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/. Acesso em: 18 dez. 2023.

[9] NACÕES UNIDAS BRASIL. Relatório estima que 8% da população não terá acesso à energia em 2030. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/184580-relat%C3%B3rio-estima-que-8-da-popula%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-ter%C3%A1-acesso-%C3%A0-energia-em-2030. Acesso em: 18 dez. 2023.

No caso brasileiro, como apontado, em termos de descarbonização de suas matrizes energética e elétrica, o país está muito à frente dos demais ao redor do mundo e da OCDE, tendo, inclusive, elevado a participação das energias renováveis nessas matrizes nas últimas décadas.

Entretanto, considerando a posição de destaque do Brasil em renováveis, o desafio recai sobre o acesso da eletrificação na Região Norte do país e sobre a capacidade de o país desenvolver e aperfeiçoar os demais processos que são a base do que hoje chamamos de "transição energética" que não figuram na vanguarda mundial.

Não é admissível que ainda haja sistemas isolados e microrregiões sem nenhum acesso à eletrificação. A cobertura precisa ser universal, porque ninguém ou nenhuma região pode ficar para trás.

Em 2020, foi lançado o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica na Amazônia Legal – Mais Luz para a Amazônia (MLA), com o objetivo de levar energia para 219.221 unidades consumidoras (principalmente residências, além de postos de saúde e escolas) até 2022. No entanto, apenas 5% da meta foi atingida no fim do prazo, o qual fora prorrogado para 2030.

Dos nove Estados da Amazônia Legal, o Acre tem o maior percentual de pessoas sem energia em relação ao total da população do Estado (10%). É o Pará, contudo, com a maior demanda de pessoas sem acesso ao serviço público de energia elétrica, com quase 155 mil pontos, seguido pelo Amazonas (33 mil).[10]

O programa Mais Luz para a Amazônia especifica que a lacuna deve ser atendida por energia renovável, sendo a energia solar, via painéis fotovoltaicos, a que ganhou destaque. O sistema considera o painel fotovoltaico uma bateria para armazenar a energia e um inversor, que controla e distribui a energia gerada entre a casa e a bateria.

Assim, além disso, o Brasil precisa evoluir em vários processos, não esgotando o presente tema, tais como:

i. integração de maiores volumes de FRV, RED e UHE, reversíveis por meio de digitalização; automatização e investimento na infraestrutura de transmissão e distribuição que eleve a flexibilidade e eficiência da operação e otimização do custo;
ii. redução do uso de térmicas no S-ISOL por FRV, com soluções de armazenamento;
iii. massificação dos medidores inteligentes, dando flexibilidade à operação e à capacidade de absorção da infraestrutura de distribuição dos RED;
iv. armazenamento a partir de baterias (potência, confiabilidade e prestação de serviços ancilares), UHEs reversíveis e Hidrogênio Verde (H2V) = mitigação da 'curva de pato'.

Destaca-se que é uma transição, mas não, um rompimento. Dessa forma, é essencial que essa transição seja evolutiva e positiva, acelerada e sem abandonar as garantias de segurança e eficiência.

[10] CHIARETTI, Daniela. Amazônia tem 990 mil pessoas sem acesso à eletricidade mostra estudo. Jornal Valor Econômico – Globo, 4 de maio de 2023. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2023/05/04/amazonia-tem-990-mil-pessoas-sem-acesso-a-eletricidade-mostra-estudo.ghtml. Acesso em: 18 dez. 2023.

Contribui, também, com o desenvolvimento de programas sociais, tecnologia, segurança jurídica e gestão, buscando maior eficiência energética, ou seja, diminuindo perdas técnicas e não-técnicas, especialmente, diante do crescimento populacional em áreas menos desenvolvidas, onde o investimento precisará ser maior e consciente.

É preciso lembrar ainda que o ODS 7 da Agenda 2030 da ONU[11] prevê perspectivas em um tempo justo, sem abandono abrupto de fones tradicionais, mas priorizando a energia renovável, em particular, a eficiência e o acesso à energia, incentivando a modernização e a tecnologia.

A energia renovável fornecerá a maior parte da demanda global (86%). Nesse sentido, estima-se que o sistema de energia precisaria de um investimento total de USD 110 trilhões até 2050 (cerca de 2% do PIB médio anual para o período).

Obviamente, diversos fatores não previstos poderão acelerar ou retardar todos esses números e perspectivas, como a pandemia da COVID-19 e os acirramentos nas relações políticas entre os países, como recentemente verificamos entre Rússia x Ucrânia, Rússia x EUA e Europa, China x EUA, entre outros, os quais não afetam exclusivamente os envolvidos, mas, sim, todo o mundo.

Entretanto, as metas da Agenda da ONU para 2030 não poderão ser excluídas ou esquecidas dos planejamentos dos países, visto que o acesso à energia é desenvolvimento, juntamente com o agravamento das condições climáticas que se asseveram negativamente a cada dia, em todos os continentes.

O desafio, por conseguinte, reside na integração entre os setores produtivos e o poder público pela construção de políticas e práticas que viabilizem a transição justa, conciliando a inovação tecnológica e atendendo às demandas sociais, especialmente, de forma contínua, indo além de interferências.

Sendo as mudanças climáticas o maior risco global, segundo o Fórum Econômico Mundial, torna-se premente a transição energética para a economia de baixo carbono, porém não se pode exclusivamente, por esse ângulo, romper e provocar impactos econômicos e sociais negativos, criando riscos ou tornando a necessidade em uma pretensão utópica.

Para além da geração, a partir de fontes renováveis, impõe-se uma visão mais ampla, estratégica e sistêmica, visando à máxima eficiência no aproveitamento dos recursos, com universalização e garantia de um acesso eficiente diante da diversificação da matriz.

Em razão disso, novos arranjos, marcos regulatórios e mecanismos de mercado estão surgindo gradativamente, a fim de dar os incentivos corretos, para que a transição ocorra de forma justa.

Os investidores não podem ficar no campo das incertezas, e os governos precisam, desde já, garantir essa transição de maneira efetiva, promovendo políticas e ajustes legais/regulatórios, independentemente de tendência políticas, religiosas ou econômicas.

[11] NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/7. Acesso em: 18 dez. 2023.

Destaca-se que é preciso assegurar e incentivar, no campo social/empresarial, as práticas *Environmental, Social and Governance* (ESG) – ou, em português, ASG, referindo-se à Ambiental, Social e Governança.

O termo "ESG" diz respeito às práticas corporativas que perpassam aspectos ambientais, sociais e de governança sobre a atuação das empresas, as quais podem nortear o fluxo de capital para a construção de uma sociedade mais sustentável. Suas práticas[12] orientam as organizações na construção da confiança, no aumento da consciência e no encorajamento da mudança social.

Sendo assim, os efeitos dessa agenda são múltiplos: impactam a força de trabalho, melhoram a imagem da marca, fomentam a inovação, geram crescimento econômico, estabelecem parcerias estratégicas e impactam positivamente a sociedade.

De forma resumida, as práticas ESG seriam os investimentos que as empresas fazem para subsidiar ações de desenvolvimento sustentável. O termo surgiu pela primeira vez, no final de 2004, em uma publicação do Pacto Global, em parceria com o Banco Mundial, chamada "*Who cares wins"*, da Organização das Nações Unidas (ONU), algo como "Quem se importa vence", em português.

O documento fora um pedido do então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, para que instituições financeiras incorporassem princípios sociais, ambientais e de governança em suas análises de investimento.

Onze anos depois, dois eventos fariam o tema ganhar ainda mais tração no mercado financeiro: a Agenda 2030 da ONU, que estabeleceu os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), e o Acordo de Paris.

Para se ter uma ideia, em 2020, o Diretor-Executivo da *BlackRock*, a maior gestora de fundos do mundo, materializou a virada de jogo do ESG em sua tradicional carta anual, anunciando que a sustentabilidade se tornaria critério para as decisões de investimento da gestora e disse que as empresas não comprometidas com o tema estão fadadas a ficar sem capital.

Com mais de R$ 44 trilhões em ativos sob sua gestão (seis vezes o PIB do Brasil em 2020), o mercado entendeu o caminho: investir em empresas ESG. Portanto, de uns anos para cá, as práticas ESG ganharam muita força.

Segundo o *Google Trends*[13], ferramenta que mostra o volume de buscas sobre um termo no *Google*, o interesse pelo ESG atingiu, em 2022, seu nível mais alto em 19 (dezenove) anos. Há relatórios econômicos apontando que, até 2025, 57% dos ativos europeus estarão alocados em fundos que têm os três princípios como critério, e que 77% dos in-

[12] BETHÔNICO, Thiago. Entenda o que é ESG e por que a sigla virou febre no mundo dos negócios. Jornal Folha de São Paulo, 29 de junho de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-virou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml. Acesso em: 18 dez. 2023.

[13] GOOGLE TRENDS. Sustainability and Climate Trends to Watch for 2024. [s.d.]. Disponível em: https://trends.google.com.br/trends/explore?q=esg. Acesso em: 18 dez. 2023.

vestidores do continente pretendem parar de comprar produtos “não ESG” nos próximos dois anos.

Na realidade, é uma grande oportunidade, pela transição energética, de buscar equilibrar as diferenças sociais e econômicas, existentes hoje no planeta, assegurando que o mundo corporativo também se sinta atraído por manter políticas ESG, como desenvolvedor econômico, ambiental e social.

O setor energético é certamente uma alavanca fundamental na redução das diferenças econômicas e sociais, já que garante insumo para o desenvolvimento dos demais setores da economia.

No campo jurídico, as leis e os regulamentos têm que prever inventivos e adequar os custos. Um conceito que pode ser um grande aliado na transição é o *regulatory sandbox* (caixa de areia regulatória), testado, com sucesso, no setor financeiro de diversos países. No *regulatory sandbox*, o regulador disponibiliza um espaço reservado para que os agentes testem novos produtos, serviços e modelos de negócios. Além de possibilitar o desenvolvimento ágil de novas soluções por parte desses agentes, o modelo permite que o regulador adquira rapidamente a experiência necessária para melhor regulamentar as soluções no futuro.

Além disso, alguns exemplos pelo mundo já são constatados. Na França, desde 2015, foi editada uma lei de “transição energética pelo crescimento verde”. Na Alemanha, após o desastre de Fukushima em 2011, foi lançado o plano *Energiewende*, um dos mais ambiciosos do mundo, ainda que esteja sendo necessária uma grande revisão, devido aos efeitos da guerra envolvendo Rússia e Ucrânia. Na África, na maior parte dos países, os desafios passam pela modernização, expansão e acesso à energia, devido à produção de energia do continente africano, excluindo-se, nesse contexto, a África do Sul. Ressalta-se, entretanto, que alguns países nesse continente estão desenvolvendo seus próprios sistemas de energia e evitando aumentar a emissão de gases de efeito estufa no mundo ao mesmo tempo.

No Brasil, o debate a respeito da geração distribuída é intenso, além do foco também estar no desenvolvimento de uma atualização na regulação e legislação para os negócios nas matrizes eólica e fotovoltaica.

A “geração distribuída” (GD) é uma expressão, empregada para designar a geração elétrica, realizada junto ou próxima do(s) consumidor(es), independente da potência, tecnologia e fonte de energia. As tecnologias de GD têm evoluído para incluir potências cada vez menores, e a GD inclui os cogeradores.

As empresas, inclusive as de petróleo, também estão promovendo investimentos em energias renováveis em nível mundial, porque as petroleiras, no mundo, têm desenvolvido “diferentes estratégias de preparação para um cenário futuro em que a baixa emissão de carbono será cada vez mais discutida e demandada”. Essa é a ideia de diversos executivos, constatada em evento *on-line*, promovido pela *Financial Times*, a respeito das *commodities*.[14]

[14] RUDDY, Gabriela. Petroleiras se ajustam à transição energética. Jornal Valor Econômico – Globo, 29

5.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que estamos em uma nova era, na qual as relações estão sendo alteradas, e a transição energética é um movimento sem volta, sendo fundamental que os Estados, entidades e empresas, diante de um ambiente de grande oportunidade para mudanças sociais, se adaptem de forma ágil, utilizem modelos modernos, cooperativos entre si, e criem um ambiente favorável para o desenvolvimento das novas tecnologias, que trarão inúmeros benefícios para a sociedade, especialmente, a carente de desenvolvimento econômico e social.

Assim, constata-se que o Objetivo 7 da Agenda 2030 da ONU é o cenário e a tradução consciente e com responsabilidade da transição energética. É um momento de assegurar, de forma definitiva, a promoção dos direitos humanos, mediante um desenvolvimento confiável, sustentável, moderno e, sobretudo, seguro e justo, ou seja, energia com preço e qualidade para afastar desigualdades e injustiças sociais, sendo, obviamente, observada a proteção ao tão valioso meio ambiente.

de setembro de 2020. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/29/petroleiras-se-ajustam-a-transicao-energetica.ghtml. Acesso em: 18 dez. 2023.

6. DETRAÇÃO PENAL E A AMPLIAÇÃO DAS SUAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo[1]

RESUMO: A detração penal, prevista no artigo 42 do Código Penal, apresenta como previsão expressa de sua hipótese de aplicação, o abatimento na pena privativa de liberdade definitivamente imposta, do tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. No entanto, com o advento das penas restritivas de direitos e das medidas cautelares alternativas à prisão, mostra-se importante a aplicação da analogia *in bonam partem* para possibilitar a sua utilização também para os casos nos quais o acusado permaneceu em liberdade cumprindo medidas cautelares alternativas à prisão e, ao final, teve sua condenação convertida em pena restritiva de direitos, na medida em que as cautelares legalmente previstas muitas vezes se confundem com a própria pena restritiva de direitos imposta. Outro ponto que merece destaque é o abatimento das cautelares alternativas em relação ao prazo da suspensão condicional do processo, também em razão da semelhança entre as suas condicionantes.

PALAVRAS-CHAVE: Detração; Penal; Direito.

6.1 INTRODUÇÃO

O instituto da Detração Penal, previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 3º do Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, hoje consagrado no artigo 42 do Código Penal, estabelece a possibilidade de abatimento, na pena privativa de liberdade, do tempo em que o condenado esteve preso cautelarmente ou submetido a internação em hospital de custódia durante o processo.

A doutrina sempre admitiu a possibilidade de detração na pena restritiva de direitos imposta com o trânsito em julgado da condenação, do período de prisão cautelar.

Neste sentido, vale trazer o entendimento de Paulo Queiroz:

> Não obstante a lei faça referência à pena privativa de liberdade, dando a entender que somente incide nessa modalidade de pena, em verdade, a detração deve ser também aplicada às penas restritivas de direito. Por isso que se o agente ficou preso em flagrante durante dois meses e vem a ser condenado a prestação de serviços à comunidade por doze meses, terá que prestar serviços por dez meses apenas. Não fosse assim, dar-se-ia uma inversão do princípio da proporcionalidade: penas mais brandas teriam um tratamento mais rigoroso, é dizer, condenados em tese mais perigosos te-

[1] Doutor em Direito Penal – UERJ. Professor de Direito Penal e Prática Jurídica dos cursos de graduação da Faculdade IBMEC - Rio e da Universidade Candido Mendes. Advogado criminalista, sócio do escritório Libano, Rebelo & Goes advogados.

> riam um tratamento mais suave. Também por esse motivo é de se admitir a detração inclusive quando houver aplicação de pena de multa, substitutiva ou autonomamente, para reduzir a quantidade de dias-multa. (QUEIROZ, 2008, p. 365)

O questionamento que ora se pretende enfrentar é acerca do cabimento ou não da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que passaram o processo inteiro ou parte dele em liberdade, mas cumprindo cautelares alternativas., bem como nos casos de acusados que tiveram suas prisões substituídas por cautelares e aceitaram a suspensão condicional do processo quando do oferecimento da Denúncia.

As cautelares alternativas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2011, por força da Lei nº 12.403, que alterou o texto do artigo 319 do Código de Processo Penal, admitindo a substituição da prisão cautelar por uma série de medidas que serão analisadas mais à frente.

Uma vez que tais medidas representam inequivocamente o cerceamento de direitos daquele que responde a uma ação penal, surge a indagação acerca da possibilidade ou não de ser descontado, na pena restritiva de direitos imposta ao condenado ao término da ação penal, o tempo em que ele esteve cumprindo as restrições de natureza cautelar a ele impostas em substituição à pena de prisão.

A semelhança entre as cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal e as penas restritivas direitos é, inclusive, destacada por Renato Brasileiro e Lima:

> Como se pode perceber pela leitura dos incisos do artigo 319 do CPP, não se trata de medidas desconhecidas da legislação penal e processual penal, porquanto, em sua grande parte, tais medidas já são previstas como penas restritivas de direitos ou como condições para a suspensão condicional da pena. (LIMA, 2011, p. 1425)

Para solucionar essa dúvida, faz-se necessário discorrer sobre os institutos.

6.2 DA DETRAÇÃO PENAL

Etimologicamente, a palavra detração decorre da palavra detrair, que significa desvalorizar o mérito, a importância de (HOUAISS, 2015, p. 332).

Em apartada síntese, é isso que o instituto faz com a pena privativa de liberdade imposta após o trânsito em julgado, na medida em que subtrai dela a quantidade de pena que o condenado já teria cumprido a título cautelar durante o processo.

As hipóteses que admitem a prisão no curso do processo e que, diante do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, possuem caráter cautelar são três: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal. Ela se caracteriza por não ter um prazo determinado para a sua duração, mas é certo que o artigo 310 estabelece que tão logo receba os autos da prisão em flagrante, a

autoridade judicial deve, no prazo máximo de 24 horas, realizar a audiência de custódia onde deverá decidir pelo seu relaxamento (caso a prisão seja ilegal); pela sua conversão em prisão preventiva, caso presentes os requisitos para tanto ou conceder ao preso a liberdade provisória com ou sem o arbitramento de fiança.

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7960/89, sendo certo que o seu artigo 1º estabelece as hipóteses nas quais ela será admitida. Diferentemente da prisão em flagrante, a prisão temporária tem prazo certo de duração, estabelecido pelo artigo 2º, que é de 5 dias prorrogáveis por mais 5 em caso de extrema e comprovada necessidade.

No ano de 1990, com o advento da Lei nº 8072, que trata dos crimes hediondos, passou-se a admitir que para tais crimes a prisão temporária pudesse ter a duração de 30 dias prorrogáveis por mais 30, também em caso de necessidade, nos termos do § 4º do artigo 2º da lei.

Além das duas anteriores, também integra a lista das prisões cautelares a prisão preventiva. Encontra-se prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal e pode ser decretada com base em quatro fundamentos, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Tais requisitos também devem ser complementados pelo cumprimento de outras condicionantes, listadas no artigo 313 do Código de Processo Penal. Este dispositivo determina que o cabimento da prisão preventiva fica adstrito aos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; casos de condenações pretéritas a crimes dolosos com sentença transitada em julgado, bem como nos casos de crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Por ter motivos determinantes, a prisão preventiva tem a sua duração atrelada à demonstração, por parte da defesa, de que não mais subsistem as razões que podem ter determinado a sua decretação. Não são raros os casos em que o acusado passa o processo inteiro preso preventivamente, o que, sem dúvida, faz com que se perceba nesta modalidade de prisão cautelar, uma verdadeira antecipação de pena.

Todo esse tempo que o acusado pode ficar preso durante a instrução processual deve ser abatido da pena final imposta, seja ela privativa de liberdade ou mesmo restritiva de direitos.

Até 2011, a detração penal deveria ser empreendida pelo juízo da execução. No entanto, com o advento da Lei nº 12.736/2012, responsável pela inclusão do § 2º do artigo 387 do CPP, a detração deve ser feita pelo próprio juízo do qual emanou o decreto condenatório. A esse respeito vale trazer a lição de Cleber Masson:

> Agora, a detração penal é matéria de competência do juiz de 1ª instância (ou do Tribunal), a ser reconhecida na fase de conhecimento, e não somen-

> te na esfera de execução. Exemplificativamente, se o acusado permaneceu preso preventivamente durante 1 ano, e ao final do processo foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, o magistrado deverá aplicar a detração na própria sentença, fixando o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, correspondente ao restante da pena (8 anos), e não o regime fechado, relativo ao total da pena imposta. O legislador consagrou, explicitamente, o princípio segundo o qual 'pena cumprida é pena extinta'. (MASSON, 2016, p. 706)

A partir do momento em que será competência do juiz do qual emanou o decreto condenatório a análise da detração, a questão objeto do presente estudo ganha ainda mais relevo, diante do fato de que também terá sido ele a aplicar as cautelares alternativas, podendo perfeitamente analisar o cabimento ou não da detração em relação à pena restritiva de direitos ao final imposta.

A respeito das cautelares, como já mencionado acima, no ano de 2011 o legislador houve por bem incluí-las, como forma de obstar a decretação da medida extrema, consistente na imposição da privação da liberdade a alguém. Passemos agora a analisar quais são essas medidas cautelares alternativas à prisão.

6.3 CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO – ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei nº 12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal e passou a prever no artigo 319 do CPP uma série de medidas de caráter cautelar que têm por escopo evitar a segregação da liberdade do agente. A despeito de possuir natureza diversa da prisão, não se pode perder de vista que a imposição das cautelares deve ter por parâmetro a possibilidade de ser decretada a prisão do agente, ou seja, as cautelares alternativas só serão impostas para aqueles casos em que se vislumbre a possibilidade de decretação da prisão, mas que o magistrado perceba que pode evitá-la, através da imposição de cautelares. Nesse sentido, vale trazer a lição de Aury Lopes Júnior:

> Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para a tutela da prova, uma vez que essa foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva.
>
> A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. (LOPES JR, 2014, p. 878)

Percebe-se, assim, a estreita relação que possuem as medidas cautelares alternativas à prisão e a própria prisão de natureza cautelar. Esta relação não é diferente daquela exis-

tente entre a prisão em razão de sentença condenatória transitada em julgado e as penas restritivas de direitos que podem ser aplicadas em substituição.

Como será visto a seguir, as cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal são dotadas de evidente natureza de restrição de direitos daqueles a quem são impostas, sendo certo que isto resta mais evidenciado em umas do que em outras, dotadas de maior restrição àquele que as recebe.

6.3.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades

Amplamente aplicada, esta cautelar não se assemelha às modalidades de penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal, apesar de representar, de forma inequívoca, a imposição de uma obrigação limitadora ao acusado, por trazer uma imposição positiva.

Por não indicar de forma categórica a periodicidade do comparecimento, ou seja, se será mensal, semanal ou diário, ficará a critério do juiz a definição do intervalo de tempo entre um comparecimento e outro. O mais usual é que a imposição se dê de forma mensal, determinando que o acusado compareça uma vez por mês em juízo, alcançando, assim, a finalidade de controle a que se destina.

O comparecimento mensal deve, no entanto, se dar de forma a não comprometer a atividade laboral desempenhada pelo acusado. Nesse sentido, vale trazer mais uma vez a lição de Aury Lopes:

> Esse comparecimento periódico também deve atentar para o horário da jornada de trabalho do imputado, de modo a não prejudica-la. Toda medida cautelar deve pautar-se pela menor danosidade possível, inclusive no que tange à estigmatização social do imputado.
>
> É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal. (LOPES JR, 2014, p. 881)

6.3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

Ao analisar a cautelar acima, Eugenio Pacelli de Oliveira assim dispõe:

> A segunda cautelar, atinente à proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, que tanto poderá impedir a prática de novas infrações, quanto se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, conquanto não se ofereça, nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida. (OLIVEIRA, 2015, p. 697)

Esta cautelar representa, concretamente, uma antecipação de pena restritiva de direitos, na medida em que ela vem prevista no artigo 47 do Código Penal como um dos

exemplos de interdição temporária de direitos, insculpido no inciso IV do artigo em questão, que trata do instituto, posto que o acusado fica proibido de frequentar lugares, o que se revela uma flagrante interdição a um direito.

Daí surge o primeiro questionamento: Será que o acusado ao qual foi estipulada a cautelar em tela, que passou meses cumprindo a restrição imposta poderá, em caso de condenação final a pena restritiva de direitos, descontar o tempo em que esteve solto cumprindo tal medida?

6.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Apesar de não estar listada no rol do artigo 44 nem tampouco do artigo 47, não se pode retirar desta cautelar um evidente condão de restrição de direitos, uma vez que restringe as pessoas com as quais o acusado pode ter contato.

Não resta dúvida que, diante das circunstâncias do caso concreto, esta cautelar pode ser imperiosa no que tange à obtenção de provas ou mesmo para evitar constrangimento de testemunhas. O que também parece alheio a dúvidas é o fato de que, em razão da sua natureza restritiva, subsiste o questionamento acerca da possibilidade ou não de aplicar a detração em caso de condenação final a pena restritiva de direitos.

6.3.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

Esta limitação de caráter cautelar, que impede que o acusado deixe a comarca, apresenta idêntica característica restritiva de direitos enfrentada na análise do item 2.2, por proibir o agente de frequentar lugares, sendo, no entanto, ainda mais grave, na medida em que não determina quais sejam, ou seja, é uma restrição para lugares indeterminados!

A despeito da observação acima, merece comentário o fato de a redação do dispositivo ser, no mínimo, inconsistente, uma vez que se faz desnecessária a manutenção do acusado na comarca com o fito de proteger a investigação ou instrução, diante do fato de que o acusado pode permanecer calado durante todos os atos processuais. Melhor seria que a redação do dispositivo previsse a referida cautelar com o escopo de garantir a aplicação da lei penal em caso de eventual condenação.

6.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado tenha residência e trabalho fixos

O caráter de restrição de direitos na cautelar acima é evidente, por impedir que o agente frequente lugares que funcionem à noite, tais como bares e boates, o que se assemelha à análise feita nos itens 2.2 e 2.4, mas pode ser ainda mais grave, uma vez que poderá fazer com que o agente fique impedido de exercer uma profissão, nos casos em que o acusado trabalhe durante a noite em estabelecimentos comerciais ou não, atingindo as hipóteses elencadas nos incisos II (proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício

que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público) e IV (proibição de frequentar determinados lugares) do artigo 47 do Código Penal, que descreve os casos de interdição temporária de direitos como pena restritiva.

Apesar de guardar semelhanças com o instituto da prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, estamos diante de institutos bastante diversos, como menciona Aury Lopes ao citar Rogério Schietti:

> A primeira, explica SCHIETTI, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga. (CRUZ, 2006, p. 161; APUD LOPES JR, 2014, p. 886.)

6.3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Mais uma vez estamos diante de uma cautelar que possui evidente característica de restrição de direitos, por mostrar-se idêntica ao estabelecido no inciso I do artigo 47 do Código Penal que, como dito acima, descreve modalidades de interdição temporária de direitos, especificamente para a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública.

A flagrante natureza de restrição de direitos faz com que seja possível indagar até mesmo a constitucionalidade da medida, por configurar verdadeira antecipação de pena. A esse respeito, Aury Lopes preconiza:

> Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O inciso em tela bem evidencia o imenso problema desta indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia. (LOPES JR, 2014, p. 887)

6.3.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 Do Código Penal) e houver risco de reiteração

Esta cautelar apresenta caráter ainda mais restritivo, por representar uma imposição prévia de medida de segurança ao acusado.

Revela-se paradoxal, uma vez que se os peritos concluíram ser o acusado inimputável, estaremos diante de uma causa de exclusão da culpabilidade, que conduzirá, no caso

de inimputabilidade, à ausência de crime, ensejando a prolação de uma sentença absolutória imprópria e a consequente imposição de medida de segurança e não de pena.

A própria redação do dispositivo conduz à necessidade de verificação de requisitos para a sua imposição, quais sejam: crime praticado com violência ou grave ameaça (não deixando claro se apenas à pessoa ou também contra a coisa); inimputabilidade ou semi-imputabilidade diagnosticadas por perícia e risco de reiteração criminosa.

No que diz respeito ao semi-imputável, descrito no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, a internação é medida extrema, o que significa dizer que a sua imposição cautelar ao acusado com diagnóstico de semi-imputabilidade se revela como uma imposição patente de restrição ao seu direito de locomoção.

6.3.8 Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

desde a criação do instituto da liberdade provisória sem fiança, a fiança continuava a existir muito mais do ponto de vista teórico do que prático, diante da pouca incidência de sua aplicação, ao menos em juízo.

A cautelar insculpida no inciso VIII do artigo 319 do CPP houve por bem dar novo ânimo ao instituto, posto que trouxe hipótese de cabimento não contemplada anteriormente e que tem feito os juízes a ela recorrerem de maneira mais frequente.

Nessa cautelar especificamente, a natureza de restrição de direitos não se revela de modo claro, por não se assemelhar à prestação pecuniária e nem tampouco à restritiva de perda de bens e valores, pois a fiança poderá ser restituída ao acusado em caso de absolvição, fato que não ocorre em relação às restritivas mencionadas.

6.3.9 Monitoração eletrônica

de todas as medidas de natureza cautelar alternativas à prisão, o monitoramento eletrônico foi a mais inovadora, uma vez que não havia paralelo em nosso ordenamento jurídico (LOPES JR, 2014, p. 890).[2]

A cautelar que submete o acusado ao monitoramento eletrônico reveste-se de caráter de extrema gravidade, pois impõe um controle absoluto sobre os passos dele, sendo patente a restrição ao direito de ir e vir do acusado. Percebe-se, ainda, que a monitoração permite, por via de consequência, o controle de outras medidas cautelares já vistas, tais como a proibição de frequentar determinados lugares e a proibição de ausentar-se da comarca, não havendo vedação expressa à aplicação cumulativa delas.

[2] Em função disso, vale trazer à colação a análise histórica do instituto desenvolvida por Aury Lopes: *"O monitoramento eletrônico é um dispositivo antigo, desenvolvido na década de 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel, já com a finalidade de controle de pessoas envolvidas com crimes e consistia em um bloco de bateria e um transmissor, capaz de emitir sinal para um receptor. Em 1977, o juiz de Albuquerque, Novo México, Jack Love, inspirado por um episódio da série homem-aranha, convenceu um perito em eletrônica a desenvolver um dispositivo similar de monitoramento, tendo utilizado, pela primeira vez em 1983, quando condenou o primeiro réu a usar o monitoramento eletrônico. No final da década de 80, o monitoramento já estava sendo utilizado por outros presos e popularizou-se na década de 90 (em que já havia mais de 95.000 presos monitorados)."*

É evidente, portanto, que a imposição da monitoração possui um caráter de pena restritiva de direitos, constituindo-se em uma interdição temporária, nos moldes do artigo 47 do CP.

Da análise feita acerca das nove cautelares alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal decorre a certeza de que se não todas elas, a esmagadora maioria possui um viés de pena restritiva de direitos, o que permite a reflexão acerca da possibilidade de aplicação, por analogia, do instituto da detração penal para o caso de a pena privativa de liberdade imposta ao final da instrução ser substituída por pena restritiva de direitos.

Acerca das Penas restritivas de direitos, cabe fazer uma breve digressão.

6.4 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

As penas restritivas de direitos foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em 1984, com o advento da Lei nº 7.209, que procedeu à reforma de toda Parte Geral do Código Penal. As hipóteses de incidência foram bastante ampliadas com o advento da Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998.

Previstas entre os artigos 43 e 49 do Código Penal, possuem como suas principais características a autonomia e a substitutividade. Da característica da substitutividade decorre o fato de que não existe, como regra[3], no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de penas restritivas de direitos de forma independente, como preceito secundário dos crimes. Este fato faz com que o juiz obrigatoriamente proceda à aplicação de uma pena privativa de liberdade e, a partir do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44, substitua a pena imposta por restrição de direitos ao agente.

Na lição de Juarez Cirino dos Santos, a pena restritiva de direitos possui um caráter tríplice:

> As penas restritivas de direitos possuem tríplice caráter (arts. 44, incisos e parágrafos, e 54, CP): a) são autônomas, como espécie independente de pena, existente ao lado das penas privativas de liberdade e da pena de multa, cuja execução extingue a pena privativa de liberdade; b) são substitutivas, porque aplicáveis como alternativas da pena privativa de liberdade aplicada (a única exceção é a interdição de direitos nos crimes com violação de deveres de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, em que a pena restritiva de direitos atua como autêntica pena acessória); c) são reversíveis, porque admitem, em determinadas hipóteses, reaplicação da pena privativa de liberdade substituída, como garantia de eficácia da pena restritiva de direitos aplicada. (SANTOS, 2006, p. 532)

[3] A característica da substitutividade sofreu mitigação no ano de 2006, com o advento da Lei nº 11.343, que passou a regulamentar a questão das drogas ilícitas em substituição à Lei anterior (6.368/76). Na Lei nova, o crime de uso de drogas passou a ser previsto no artigo 28 e trouxe, como únicas penas aplicáveis, a advertência sobre os efeitos das drogas; a prestação de serviços à comunidade e a obrigação de frequentar a cursos e palestras sobre drogas. Esta inovação fez com que, na época, se discutisse acerca de se teria ou não havido a descriminalização do uso, na medida em que o artigo 1º da Lei de introdução ao Código penal, ao conceituar crime, determina que nele deva ser cominada pena de reclusão ou detenção, fato que não ocorreu no crime sob análise.

Dentre os requisitos para que possa a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos encontram-se:

a) A pena privativa de liberdade imposta não pode ser superior a 4 anos;
b) O crime não pode ser cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;
c) O agente não pode ser reincidente em crime doloso[4] e
d) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente.

Cabe destacar que o requisito objetivo referente à quantidade máxima de pena fixada em 4 anos para que ocorra a substituição não se aplica para os crimes culposos, pois para eles a substituição não precisa ficar adstrita à referida quantidade. Cumpre salientar, no entanto, que o ordenamento jurídico não contempla casos de crimes culposos para os quais a pena exceda a quatro anos, ficando essa observação válida quando se tratar de hipótese de concurso de crimes.

No que diz respeito à exigência de que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça, na prática tem sido aplicada a substituição para delitos como lesões corporais leves, constrangimento e ameaça, em razão da caracterização de tais crimes como infrações de menor potencial ofensivo, cuja competência de julgamento é do Juizado Especial Criminal. Neste sentido cabe trazer a lição de Paulo César Busato:

> O entendimento a respeito da exigência de ausência de violência ou grave ameaça à pessoa para a admissibilidade da suspensão é no sentido de permitir a substituição em casos de crimes de lesões corporais, constrangimento ilegal e de ameaça. Acontece que estes, embora contem com a situação de violência ou grave ameaça à pessoa, são considerados crimes de menor potencial ofensivo. (BUSATO, 2013, p. 837)

Uma vez preenchidos os requisitos, o Juiz procederá à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, que terá a mesma duração da pena substituída. Conforme mencionado por Juarez Cirino dos Santos, caso o condenado descumpra a restrição de direitos imposta, poderá sofrer a reversão, ou seja, poderá ser instado a cumprir a privativa de liberdade.

Com relação às modalidades de penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, o artigo 43 trata de listar todas elas, quais sejam: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

O rol do artigo 43 do CP, de acordo com entendimento doutrinário, é taxativo. Neste sentido vale trazer a lição de Cleber Masson: “Esse rol é exaustivo. Portanto, não pode o magistrado, no caso concreto, criar outra espécie de pena alternativa.” (MASSON, 2016, p. 774).

Um dos escopos do presente trabalho é demonstrar que as medidas cautelares alter-

[4] Este requisito, previsto no inciso II do artigo 44 é relativizado pelo §3º do mesmo artigo, que estabelece que se o agente não for reincidente específico, ou seja, não possuir condenação anterior pelo mesmo crime e o juiz entender que a medida seja socialmente recomendável, poderá substituir a pena a despeito da reincidência.

nativas à prisão possuem uma natureza semelhante às penas restritivas de direitos e que, a partir daí, poder-se-ia pensar na aplicação, por analogia, do instituto da detração penal.

Tal possibilidade restaria mais evidenciada quando a pena privativa de liberdade imposta ao réu em caráter definitivo fosse substituída por pena restritiva de direitos e ele tivesse passado toda a instrução processual cumprindo as cautelares alternativas.

De todas as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, convém voltar a atenção àquela que demonstra maior semelhança com as cautelares alternativas, qual seja, a interdição temporária de direitos.

A interdição temporária de direitos é regulamentada pelo artigo 47 do Código Penal, que trata das suas modalidades, quais sejam:

i. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
ii. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
iii. Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo;
iv. Proibição de frequentar determinados lugares e
v. Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Da lista disposta acima, percebe-se que muitas delas possuem coincidência com as cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, notadamente as dispostas nos incisos I, II e III do artigo 47 do CP, comparadas com as cautelares dos incisos II, III, IV e V do artigo 319 do CPP.

A analogia com o instituto utilizado na interpretação das normas tem a sua admissibilidade condicionada à verificação de alguma lacuna situada no direito positivo, capaz de ser suprida sem a necessidade de outra norma jurídica, a partir da aplicação integrativa de dispositivos legais e principiológicos.

Em matéria penal, a analogia é um instituto que fica condicionado à verificação de que o seu emprego terá favorecido o réu, sendo vedada a sua utilização em desfavor do acusado. Acerca da analogia em direito penal, cabe trazer a lição de Mayer, em citação de Juarez Cirino:

> Essa teoria remonta à lição de MAYER, hoje generalizada na literatura penal, que definiu as bases da analogia proibida e da analogia permitida em Direito Penal: a) a analogia in *malan partem* – compreensiva da analogia *praepter legem* e da analogia *contra legem* -, é absolutamente proibida pelo Direito Penal: a subsunção de ações ou de omissão de ações nos tipos legais e a aplicação ou agravação de sanções penais em casos concretos excluem a analogia em todas as hipóteses; b) a analogia in *bonam partem* – a chamada analogia *intra legem* – é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações de ações típicas, nas exculpações de ações típicas e antijurídicas e em qualquer outra hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano. (MAYER, 1915, p. 27; APUD SANTOS, 2006, p. 64)

Portanto, a partir do momento em que o emprego da analogia na hipótese aqui destacada poderá, de forma inequívoca, servir para reduzir a punibilidade do comportamento,

a partir da ideia de que o acusado já terá durante a instrução cumprido a título de cautelar alternativa a totalidade ou ao menos parte da pena restritiva de direitos à qual poderá ser submetido em caso de substituição, não há razão para não se poder, por analogia, detrair o tempo cumprido.

O que não deve acontecer, a partir de tal admissibilidade, é a postura de alguns juízes em não aplicarem a substituição da prisão por cautelares, sob o argumento nefasto de que a detração seria um efeito colateral negativo, como foi dito pelo Juiz Sergio Moro, ao proferir sentença condenatória contra executivo de uma construtora e determinar a retirada da tornozeleira eletrônica que estava usando. Este foi o fundamento trazido em sua fundamentação para a revogação da cautelar substitutiva, e, bem citado por Camile Eltz de Lima em artigo intitulado "O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis", publicado no Boletim do IBCCRIM n.º 283, de junho de 2016:

> tem ela o efeito colateral negativo de propiciar a futura detração da pena e a manutenção do recolhimento domiciliar por período recursal ainda incerto pode levar na prática a que o condenado cumpra toda a pena privativa de liberdade em recolhimento domiciliar.[5]

6.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do Processo foi trazida para o Direito Penal brasileiro no ano de 1995, com o advento da Lei 9.099.

O instituto consiste em uma medida despenalizadora, aplicável às infrações penais cujas penas mínimas cominadas não sejam superiores a 1 ano de reclusão ou detenção, sejam eles crimes de menor potencial ofensivo (penas máximas não superiores a dois anos) ou não, sendo relevante, tão somente a pena mínima cominada ao delito.

Do ponto de vista prático, a aceitação do *sursis* processual por parte do acusado em processo criminal importa no cumprimento, por parte dele, de uma série de condições a serem propostas pelo Ministério Público e homologadas pelo Magistrado.

Ocorre que a prática da advocacia acaba por demonstrar que muitas das medidas propostas pelo *parquet* e homologadas pelo juiz como condições para a suspensão do processo são análogas às cautelares alternativas à prisão já demonstradas no tópico 2. Sendo assim, não seria inviável que se pensasse em caso no qual o acusado, preso em flagrante, teve sua prisão substituída por medidas cautelares alternativas e, uma vez denunciado, aceite a proposta de suspensão condicional do processo por parte do Ministério Público.

Caso, dentre as condições para a suspensão do processo estejam medidas análogas às já cumpridas pelo acusado quando da imposição das cautelares alternativas à prisão, é

[5] BRASIL, Tribunal Federal do Paraná. Sentença. 13.ªVara Federal de Curitiba/PR. 03.11.2015. Ação Penal 5083401-18.2014.4.04.7000/PR. *Apud* LIMA, Camile Eltz de. "O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis" – **Boletim do IBCCRIM n.º 283**, Junho de 2016.

perfeitamente possível que se postule, por analogia, a aplicação do instituto da detração, permitindo o abatimento do tempo cumprido como cautelares, no tempo a ser cumprido na suspensão condicional do processo que, por lei, varia de 2 a 4 anos.

Esta hipótese, inclusive, já foi aplicada em caso concreto dotado de certo ineditismo, no qual foi postulada ao Magistrado a aplicação da detração à hipótese acima destacada, tendo o juiz decidido que:

> Ora, no caso em tela podemos exercitar raciocínio análogo, tendo em vista que a execução da cautelar alternativa de comparecimento em juízo é exatamente a mesma que se executa quando da obrigação contida no artigo 89, inciso I, da Lei 9099/95. Onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.
>
> De outro lado, usando-se o argumento "a fortiori", se o STJ admitiu a possibilidade de se aplicar a detração de medidas cautelares alternativas à prisão no tempo de prisão definitiva decorrente da condenação, com muito mais razão podemos aplicar o instituto, detraindo o tempo de cumprimento das medidas cautelares daquele período de prova da suspensão condicional do processo. Quem pode o mais, pode o menos.
>
> No caso em tela, o réu começou o cumprimento do benefício em 18/11/2019 (pasta 106/107), sendo que o termo inicial foi o dia 18/11/2019, o que implicaria em termo final previsto para o dia 17/11/2021, considerando-se o período de prova fixado em dois anos.
>
> Sendo assim, na data de hoje, o réu ainda precisaria comparecer dois meses para integralizar o período de prova. Entretanto, considero o referido bimestre cumprido, aplicando a detração em razão do tempo que ele cumpriu as cautelares alternativas.[6]

A decisão acima mostra-se perfeitamente adequada ao objeto do presente artigo, possibilitando o emprego do instituto da Detração a hipóteses originalmente não previstas, mas que são perfeitamente compatíveis, na medida em que em 1940 (ano da sanção do Decreto-lei 2.848 – Código Penal) ou mesmo em 1984 (ano da reforma da parte geral do Código Penal) não havia previsão legal das penas restritivas de direitos nem mesmo da suspensão condicional do processo.

6.6 CONCLUSÃO

O presente artigo teve o objetivo de fazer uma digressão acerca dos institutos da detração penal, das cautelares alternativas à prisão, das penas restritivas de direitos, bem como da suspensão condicional do processo, com o foco em demonstrar a perfeita viabilidade de se proceder à detração, por analogia, do tempo em que o acusado esteve solto cumprindo cautelares alternativas à prisão, ao tempo que ele terá que cumprir de pena restritiva de direitos, em caso de condenação à pena privativa de liberdade substituída, bem como no tempo a cumprir do sursis processual.

[6] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro. Processo nº 0114232-56.2019.8.19.0001. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0114232-56.2019.8.19.0001 consultado em 10/04/2022

A conclusão em sentido afirmativo decorre justamente de se analisar que os institutos são perfeitamente compatíveis. A partir do momento em que a prisão cautelar possibilita ao condenado o desconto do tempo de prisão no curso do processo da pena definitiva, seja ela restritiva de direitos, seja ela privativa de liberdade, não parece existir razoabilidade para se impedir o fenômeno da detração nas hipóteses em que o magistrado tiver deixado de aplicar a segregação cautelar, mas em seu lugar tiver imposto alguma (s) cautelar (es) alternativa (s) e, ao final da instrução, aplicar ao réu uma pena restritiva de direitos em substituição à privação da liberdade.

O objeto de análise aqui se limitou à possibilidade de detração no caso de substituição da pena final por pena restritiva de direitos e do *sursis* processual, por estarmos diante de sanções de natureza semelhantes, seja em caráter cautelar, seja em caráter definitivo. Não se enfrentou a hipótese de essa detração poder ser aplicada mesmo quando a condenação final for a pena privativa de liberdade, ainda que do ponto de vista teórico não seja absurdo pensar em seu cabimento, sendo certo que já há decisões nesse sentido, inclusive no STJ.

O desconto do tempo de cumprimento das cautelares alternativas nas penas privativas de liberdade já foi inclusive aplicado pelo STJ, conforme se verifica no HC 455.097/PR; no AgRg no REsp 1895641/PR e no HC 631.554/DF.

Sendo assim, é razoável imaginar a sua aplicação, por analogia, também quando da imposição de penas restritivas de direitos ao final, ou mesmo no tempo da suspensão condicional do processo.

6.7 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 6ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, II, II.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**, 21ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Tribunal Federal do Paraná. Sentença. 13.ªVara Federal de Curitiba/PR. 03.11.2015. Ação Penal 5083401-18.2014.4.04.7000/PR. *Apud* LIMA, Camile Eltz de. "O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis" – **Boletim do IBCCRIM n.º 283**, Junho de 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0114232-56.2019.8.19.0001. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0114232-56.2019.8.19.0001. Acesso em: 10 abr 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, São Paulo: Atlas, 2013.

JAKOBS, GÜNTHER. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

LIMA, Camile Eltz de. "**O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis**" – Boletim do IBCCRIM n.º 283, Junho de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1**, Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**, Parte Geral, vol. 1, 10ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2015.

Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa. Instituto Antônio Houaiss de lexicografia. 1ª. ed., São Paulo: Moderna, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**, 8ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro. *Lumen Juris* Editora, 4ª ed., 2008.

ROXIN, Claus. **La Teoría Del Delito en La Discusión Actual**, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, Curitiba: ICPC; *Lumen Juris*, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 3ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

7. DETRAÇÃO PENAL E A AMPLIAÇÃO DAS SUAS HIPÓTESES REFLEXÕES SOBRE OS ILÍCITOS ATÍPICOS

Cláudio Henrique de Castro[1]

RESUMO: O artigo analisa os ilícitos atípicos quanto às categorias do abuso de direito, inclusive nos direitos fundamentais; da fraude à lei; do desvio de poder e do desvio de finalidade; do jeitinho; da omissão na atuação administrativa, visando à ineficácia da norma e dos ilícitos atípicos, decorrentes da ineficácia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ilícitos atípicos; Conceito; Motivação; Categorias utilizadas.

7.1 INTRODUÇÃO

Na presente abordagem, nos limites que o artigo impõe, apresentaremos uma breve superação dogmática para a discussão dos lícitos atípicos, posto que o Direito não se restringe apenas à tipicidade de seus conteúdos, já que a sua dimensão é maior.

Comecemos pelo passado, na Roma antiga, os *mores maiorum* que são um conjunto de regras vetustas, comumente observadas de forma contínua e prolongada pelos romanos. A partir da Lei das XII Tábuas (450 a.C.)[2], há uma positivação de parte dos *mores maiorum*, para proteger os plebeus e o povo romano do arbítrio dos patrícios.

Nesse quadrante, o Direito escrito surge como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e como elemento limitador do poder e em benefício do povo romano. Devemos notar que, além das leis romanas, temos a figura dos magistrados, dos jurisconsultos, dos pretores e de todo um sistema com profunda participação popular que se conjuga nesse cenário.[3]

Quanto à tipicidade no Direito, ela decorreria da certeza de que regra deve ser aplicada ao caso concreto, muito embora os juristas romanos fossem avessos a essa previsibilidade cerrada, fundando os seus direitos em princípios e nas grandes orientações jurisprudenciais.[4]

Saltando para o período Imperial Romano, as fontes populares perderam espaço e surgiram as codificações imperiais[5] que formam a base do que, posteriormente, denominou-se "dogmatismo jurídico".[6]

---

[1] Pós-doutor (FDUL, com distinção e louvor; UFSC e PUCPR), Doutor (UFSC), Professor Adjunto na Universidade Tuiuti do Paraná, Correio eletrônico claudio15dedezembro@gmail.com

[2] PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Introdução ao estudo do direito romano: as questões fundamentais. Lisboa: AAFDP, 2021, pp. 264-265.

[3] CASTRO, Cláudio Henrique de. Os jurisconsultos romanos e a justiça: do direito romano à contemporaneidade. Curitiba: Íthala, 2021, p. 27.

[4] *Ibid*., p. 43.

[5] ORESTANO, Riccardo. *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali: contributo ala teoria delle fonti del diritto nel período classico*. Torino: Giappichelli, 1962, p. 92.

[6] CASTRO, Cláudio Henrique de. Temas de processo civil romano e direito romano clássico. Curitiba:

Evidentemente, partindo-se do Direito medieval, o Direito germânico[7] e principalmente, do Direito canônico[8], podemos afirmar que o dogma religioso fundou o dogma jurídico.[9]

Na visão teológica medieval, teríamos o princípio ordenador supremo, o *principium unitatis*, e a unidade é o bem em todas as coisas; já o múltiplo seria a fonte do ser mal, portanto a luta e a discórdia seriam a expressão da multiplicidade. Assim, haveria a exigência da *ordinatio ad unum*, isto é, da subordinação da pluralidade pela unidade. Essa unidade suprema seria o bem supremo de Deus, a sua fonte primária, e o Direito e a Justiça seriam um bem, logo, fora da vontade divina ou contra ela não haveria Direito.[10]

Esse histórico, no caso do sistema romano-germânico ocidental, trouxe a marcante característica da classificação dos direitos e do mundo conceitual na ciência do Direito e não, propriamente, a possibilidade de pensarmos por *standarts*.[11] Em resumo, criou-se um mundo jurídico de conceitos que foi amplamente cultivado pelo bacharelismo teórico e dogmatismo.

Esse tipo de pensamento tipológico no Direito deita raízes no dogmatismo imperial romano-eclesiástico-medieval e na sua funcionalidade autoritária, por isto é adequado à América-Latina colonial, construída com regimes autoritários e de exceção.[12]

A lição histórica é que esse molde da tipicidade se, por um lado, dogmatiza o Direito, por outro, pode estabelecer garantias e deveres aos órgãos estatais, em face aos cidadãos.

7.2 PARA ALÉM DA TIPICIDADE

A proliferação das escolas do Direito, o franco rebaixamento teórico e a ausência dos grandes temas da justiça nas academias e nas instituições jurídicas dizem respeito às recentes crises educacionais, combinadas com a superficialização do Ensino Superior e a globalização.[13] A massificação, com a mercantilização das escolas do Direito, de conteúdos curriculares, com foco na memorização[14], trouxe a postura manualizada, indiferente e superficial do Direito.

Íthala, 2021, p. 33.

[7] BRUNNER, Heinrich. CHEWERIN, Claudius Von. *Historia del derecho germánico*. *Traducida y anotada por* José Luis Álvarez López. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936, p. 282.

[8] TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de processo civil canônico (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

[9] SURGIK, Aloísio. *Gens Gothorum:* as raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 2002, pp. 135-140.

[10] KELSEN, Hans. A teoria do estado de Dante Alighieri. Tradução de Luiz Felipe Brandão Osório. São Paulo: Contracorrente, 2021, pp. 56-57.

[11] STRACHE, Karl-Heinz. *Pensare per standards: contributo alla tipologia*. *Traduzione di Pasquela Femia e Rocco Favale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 16-20.

[12] CLAVERO, Bartolomé. Constitucionalismo global: por uma história verossímil dos direitos humanos. Goiânia: Palavrear, 2017, p. 121.

[13] SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 2 ed., Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2000, pp. 170-174.

[14] PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Curso de Direito Romano. Programa. Método. História. Actores judiciários (753 a.C.-395). Cascais: Principia, 2010, v. I., p. 105.

O passado colonial-imperial-escravocrata[15] e os curtíssimos períodos históricos de democracia no Brasil[16] também contribuíram para um Direito dissociado do povo e dos grandes temas da contemporaneidade.[17]

Com efeito, o conhecimento jurídico é maior que os tipos legais, não um Direito de professores eruditos, um Direito aristocrático, mas, um Direito dos juristas[18] comprometidos com o seu tempo.[19]

Na Alemanha da década de 1930, a polícia, os acadêmicos e a administração da justiça apoiaram aquele "Estado constitucional de emergência", fundante dos horrores nazistas.[20] Portanto, o molde dogmático, sem a mediação dos juristas, pode conduzir a Estados cujo Direito é um simulacro, uma fachada teórica e, nesse sentido, tem-se um Estado, tipicamente injusto, de exceção, do não Direito.

Nas presentes análises, buscaremos a reflexão sobre os ilícitos atípicos, levando em conta essa libertação dogmática, contudo garantindo a previsibilidade e a segurança jurídica do ordenamento.

7.3 OS ILÍCITOS ATÍPICOS

Há direitos emergentes em discussão social e direitos projetados, em fase de discussão legislativa, ou seja, aqueles que ainda não compõem o ordenamento, mas podem vir a ser estatuídos algum dia. Esse vagar tem marchas e contramarchas, e, nesse ínterim, há o perecimento de direitos e garantias ou o surgimento de novas tutelas. Em resumo, reduzem, inovam, alargam ou desaparecem os direitos.

Desde a morosidade processual, que nega direitos de forma interminável[21], até a demora para se instituir a eficácia de direitos ou de garantias asseguradas constitucionalmente, seja por pressões de lobistas, do mercado rentista ou de segmentos da elite do atraso,[22] por interesses inomináveis e desconhecidos – estas são questões, de suma importância, que precisam ser desveladas pelos juristas.

Nesse quadro, tem-se as novas fraudes não tipificadas, as condutas delituosas ocultas e inovadoras, os procedimentos sorrateiros, os expedientes maliciosos[23], as brechas

[15] GOMES, Laurentino. Escravidão: da Independência do Brasil à Lei Áurea. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022, vol. III, p. 531.
[16] COMPARATO, Fábio Konder. A oligarquia brasileira: visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 63.
[17] CASTRO, Cláudio Henrique de. Referendo popular na democracia sem povo. Curitiba: Íthala, 2020, p. 128.
[18] CASTRO, Cláudio Henrique de. Os jurisconsultos e a justiça: do direito romano à contemporaneidade. Curitiba: Íthala, p. 53.
[19] PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Curso de Direito Romano. Programa. Método. História. Actores judiciários (753 a.C.-395). Cascais: Principia, 2010, v. I, p. 109.
[20] MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror: La "justiça" de Hitler: el pasado que Alemanhia no puede dejar atrás. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueiredo. Bogotá-Colombia: Inversiones Rosa Mistica ltda., 2011, p. 71.
[21] OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 15.
[22] SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 78.
[23] DEMO, Pedro. Intelectuais e vivaldinos. São Paulo: Almed, 1982, p. 42.

ou as lacunas legislativas autorizadoras de condutas que escapam das regulamentações típicas e que se aproveitam delas, ou que não recebem, propositadamente, tratamento normativo, para causarem danos coletivos e individuais, diretos e indiretos, em afronta aos direitos fundamentais ou ao ordenamento jurídico.

Para algumas dessas situações, os endereços doutrinários tradicionais são os tipos abertos, criticados, em certa medida, pelo garantismo constitucional[24] que, muitas vezes, não conseguem dar conta de solucionar esses conflitos.

Um exemplo histórico recente é o da justiça de transição nos regimes autoritários latino-americanos, da qual o Brasil foi o único país a deixar de punir os atores da ditadura empresarial militar de 1964 a 1985, pela autoanistia de 1979[25], ou na esfera da misoginia e do machismo, prevalente em absolvições do tribunal do júri, por legítima defesa da honra de homens que cometeram feminicídio.[26] Esses casos são observados em tantos outros expedientes que ocultam, encobrem, garantem e redundam em impunidade. Em resumo, retira-se a tipicidade e a normatividade de algo que é altamente punível e reprovável.

A retirada póstuma das medalhas de mérito no trabalho, concedidas pelo Estado ao ditador Francisco Franco na Espanha e ainda de possíveis 62 pessoas ligadas à ditadura "com as mãos manchadas de sangue", recentemente, ocorreu em decorrência da Lei de Memória Democrática. Esse é um exemplo de algo que, administrativamente, seria intangível, mas o contexto do regime de exceção obriga a revisão histórica de atos administrativos maculados de vícios atípicos no que se refere aos direitos fundamentais.[27]

Nessa toada de exceções, podemos também incluir o jeitinho,[28] como forma de exercício de poder proveniente de laços familiares, econômicos, políticos ou de amizade em relações jurídicas que deveriam ser genéricas e republicanas, contudo resultam em benefícios patrimonialistas e de exceção, como veremos adiante.

Por outro lado, ilustramos essa situação de exceção, ao ser estatuído um Estado de não direito[29] ou de exceção, com juízes legisladores, procuradores em busca de projeção

[24] FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araújo de Souza et al. A democracia através de direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 61-102.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, a Corte rejeitou o pedido da OAB por uma revisão na Lei da Anistia (Lei n.º 6.683/79) por 7 votos a 2. Portal STF – Notícias, 29 de abril de 2010 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515&ori=1. Acesso em: 07 jul.2023.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento sobre tese da legítima defesa da honra em feminicídios prosseguirá em agosto. Além do relator, cinco ministros votaram pela proibição do uso da tese. Portal STF – Notícias, 30 de junho de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509855&ori=1. Acesso em: 07 jul. 2023.

[27] DIÁRIO DE NOTÍCIAS E LUSA. Retiradas condecorações a Franco e outros dirigentes da ditadura "O único trabalho que suscitaram as pessoas a quem hoje retiramos este mérito é terem trabalhado pela agressão e violação dos Direitos Humanos e da democracia no nosso país", afirmou a Ministra do Trabalho, Yolanda Díaz. 11 de julho de 2023. Disponível em: https://www.dn.pt/internacional/espanha-retira-condecoracoes-a-franco-e-outros-dirigentes-da-ditadura-16674576.html. Acesso em: 11 jul. 2023.

[28] BARBOSA, Lívia. O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 55.

[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, p. 12.

política, ou de magistrados inquisidores de ocasião, em busca de punições infundadas, nas quais o *lawfare* e a experiência de operações policiais-penais midiáticas[30] mostram o caminho para as instituições totalitárias,[31] à margem das leis e do Direito.[32]

A princípio, a expressão "ilícito atípico" não seria a mais indicada para esse modelo, pois há normas envolvidas na análise, as quais preveem condutas e devem ser conjugadas com o caso concreto. O melhor o termo a ser empregado nessa situação seria "ilícitos decorrentes" e não, propriamente, atípicos.

Contudo, a ausência explícita da previsibilidade e da sanção representa um problema metodológico que deve ser resolvido com as consequências da nulidade, da revogação, da indenização por danos e com medidas processuais ou administrativas atípicas.

Da sanção atípica, o preceito secundário é moldável de acordo com as condutas envolvidas e exclui-se a sanção penal propriamente dita, pois é carente do tipo penal, embora haja a reprovabilidade.

Apesar de não dispor de uma norma explícita, há a alta dogmática, na medida em que se refere a um ordenamento positivo[33] a desvelar e interpretar, de forma sistemática e adequada, o caso concreto, examinando-se as categorias que a sustentam, o abuso de direito, a fraude à lei, entre outras.

Por exemplo, no conceito de passageiro indisciplinado, temos que é o passageiro que não respeita as normas de conduta em um aeroporto ou a bordo de uma aeronave ou que não respeita as instruções do pessoal de aeroporto ou dos membros da tripulação e, por conseguinte, perturba a ordem e a disciplina no aeroporto ou a bordo da aeronave. Essa definição possui certo grau de abertura e indeterminação típica, porque não é possível estabelecer, na regra, todas as condutas que ensejam a indisciplina.[34]

As sanções são, *lato sensu*, de natureza constitucional, administrativa e civil, não rigorosamente atípicas, muito embora, no sistema do *commow law,* se admita a criação do tipo penal pela via jurisprudencial.

Pode-se cogitar na licitude atípica, a exemplo de um parque no qual é proibida a entrada de veículos, mas que, em dado horário, sem o trânsito de pedestres, monta-se uma exposição de carros antigos, que adentram nesse espaço; ou da ambulância que transita para atender um paciente[35], ou da proibição de cães em determinados locais, nos quais se excetuam os cães-guias.

---

[30] SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 181.
[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, p. 15.
[32] CONSULTOR JURÍDICO. Sem freios: Lava jato não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. 23 de setembro de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf, Acesso em: 12 jul. 2023.
[33] COLONNELLO, S. Ataoglu. Acto ilícito atípico. Eunomía. Revista em Cultura de la Legalidad, 17, 2019, pp. 289-298.
[34] BRASIL. Decreto 11.195/2022. Dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil contra Atos de Interferência Ilícita – PNAVSEC. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 8 de setembro de 2022. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11195.htm. Acesso em 12 jul. 2023.
[35] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 93.

Haveria, então, uma tolerância jurídica, pois questionável nos referidos exemplos, tanto pelo risco ainda que diminuto dos veículos no parque, da ambulância no atendimento, ou do cão-guia em restaurantes, sem um compartimento asséptico, que poderia macular a norma de saúde pública.[36]

Com efeito, há a criação de uma nova norma proibitiva que surgirá das circunstâncias do caso concreto.[37]

Vejamos a súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, que trata da proibição de nepotismo e demonstra um alargamento principiológico-interpretativo da Constituição Federal, a partir dos casos concretos. Há outras práticas não previstas na referida súmula que podem caracterizar a mesma situação, como, por exemplo, a troca da nomeação em cargos por favores administrativos dos mais variados, da corrupção processual, até a negociação em casos que envolvam benefícios, na esfera privada, aos gestores que nomeiam.[38]

Outro caso interessante é constatado no Direito Desportivo, no qual há a repressão daquelas jogadas em que um jogador ou a equipe, baseando-se nas regras do sistema regulatório esportivo, aproveita-se da boa-fé do rival, como ocorreu na partida entre o FC Shakhtar Donetz da Ucrânia e o FC Nordsjaelland da Dinamarca, em que o jogador da seleção ucraniana aproveitou-se de um saque neutro para marcar um gol. Curiosamente, o árbitro não anulou o gol, mas o corpo disciplinar da UEFA impôs a sanção de suspensão de uma partida ao jogador.[39]

Ou também esses casos ocorrem nas aparentes brechas legais que geraram no Brasil: o MacPicanha, sem picanha; o leite condensado, produzido com um composto lácteo (amido, soro de leite ou água) ao invés de leite puro; a manteiga, misturada com margarina; o óleo de oliva, misturado com óleo de soja[40]; e os pães ou produtos integrais, vendidos sem ingredientes integrais.[41]

---

[36] COLONNELLO, S. Ataoglu. Ilícitos atípicos: uma crítica. 4º Seminário de Teoria del derecho del fin del mundo: Derecho (en teoria). Em 5-6/09/2019, pp. 1-19.

[37] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Para uma teoria general de los ilícitos atípicos,. Unirioja.es, pp. 43-49, [s.d.]. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174836.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

[38] "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 13, Brasília, DF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227. Acesso em: 12 jul. 2023

[39] TRIVIÑO PÉREZ, José Luis; TORRES, Cesar. Abuso del derecho y fair play en el deporte. Revista para el Análisis del Derecho, pp.1-19, 2013. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/39073328.pdf Acesso em: 12 jul. 2023.

[40] CASTRO, Cláudio Henrique de. O mundo da propaganda enganosa. Contraponto, 30 de maio de 2022. Disponível em: https://contraponto.jor.br/o-mundo-da-propaganda-enganosa/ Acesso em 12 jul. 2023.

[41] BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução RDC 493, de 15 de abril de 2021. Dispõe sobre os requisitos de composição e rotulagem dos alimentos contendo cereais para classificação e identificação como integral e para destaque da presença de ingredientes integrais. 22 de abril de 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-493-de-15-de-

No Espanha, o Consórcio da Zona Franca de Barcelona tinha uma concessão administrativa para extrair areia das praias da costa de Barcelona. Uma companhia eléctrica era proprietária de uma central elétrica, situada à foz de uma ribeira e nas imediações de uma praia onde o Consórcio procedeu a extração de areia que produziu o desaparecimento das defesas naturais que protegiam a usina contra o transbordamento do rio e a ação do mar. Nessa situação, ocorreram tempestades particularmente fortes que causaram danos significativos à usina. A empresa proprietária entrou na justiça, pedindo indenização ao Consórcio, pedido que fora acatado.[42]

Com efeito, a natureza injustificada do dano determina o surgimento de uma nova regra que estabelece que, em circunstâncias como nesse tipo de caso, a ação de extração de areia é proibida, e, em consequência, quem a executou deve indenizar os danos causados em consequência disso.[43]

Por conseguinte, nos ilícitos atípicos, surge uma regra de oposição à eventual regra permissiva diante do caso concreto.[44] Sendo assim, apresentaremos a fundamentação dos possíveis casos de ilícitos atípicos, lembrando que este rol é, metodologicamente, aberto.

7.4 O ABUSO DE DIREITO

A categoria do abuso do Direito que consiste em uma ofensa gravosa de um direito sobre o outro direito, proveniente do exercício de um direito, sendo mais adequado se falar de conflito de direitos[45] e ainda ultrapassar, de forma manifesta, os limites normais do exercício do Direito, no Direito Comparado, na dicção do art. 7.º do Código Civil Espanhol.[46]

Nesse diapasão, deve-se comprovar, no caso concreto, o abuso do Direito, que se caracteriza por um exercício abusivo que causa danos, o qual é exercido sem um fim sério, ilegítimo e encontra-se na esfera da anormalidade do exercício desse direito.[47]

O art. 334.º do Código Civil português trata do conceito do abuso do Direito: é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse Direito. Ou, de forma sutil, no Código Civil brasileiro, no art. 187, verifica-se que comete ato ilí-

abril-de-2021-315225504. Acesso em: 15 jul. 2023.

[42] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 49.

[43] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 49.

[44] COLONNELLO, S. Ataoglu. Ilícitos atípicos: uma crítica. 4º Seminário de Teoria del derecho del fin del mundo: Derecho (en teoria), 5-6/09/2019, pp. 1-19.

[45] SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso de Direito. Coimbra: Almedina, 1997, p. 518.

[46] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

[47] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37.

cito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por conseguinte, há espaço para analisar a existência do ilícito atípico, por abuso de direito em conceito jurídico, com grau de determinação[48] que dependente da análise do caso concreto e da motivação justificadora de seu uso.

Existe ainda o abuso de direito no aspecto processual, como, por exemplo, a atuação processual abusiva ou o ajuizamento de caráter abusivo e excessivo, que vai além do caráter normal, com o fito de prejudicar a parte contrária e o desenvolvimento do processo.[49]

7.5 ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se o abuso de direito se caracteriza pelo exercício inadmissível do Direito, o exercício abusivo de direitos fundamentais, como forma de exercício inadmissível, expressa uma situação de fato que se situa fora do referido programa normativo ou do domínio protegido pelo preceito constitucional referente ao Direito em questão.[50]

Podemos citar o pretenso direito à liberdade de expressão ou de opinião, evidentemente extrapolado no ataque às instituições democráticas brasileiras, pela propagação do discurso de ódio em paralisações defronte aos quartéis; na pregação da instauração de uma ditadura; ou do suposto direito de professar uma ideologia totalitário-religiosa.[51] Isto é, o exercício abusivo dos institutos da democracia ou de um direito fundamental não pode combater o próprio regime democrático, porque não é possível a tolerância em face da intolerância.

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, "os inimigos da Constituição não podem lesar ou destruir o ordenamento constitucional ou a existência do estado, invocando liberdades que a Lei fundamental garante e protege" (BVerfGE, 30, 1, 19-20).[52] Essa pretensa liberdade de expressão ou direito de opinião, fundada em direito fundamental, caracteriza-se em ilícito atípico, caso não regulado em lei específica, o que não é o caso do Brasil que possui lei protetora do Estado Democrático de Direito[53] e os tipos penais da calúnia, injúria e do crime de difamação.

---

[48] SOUSA, António Francisco de. Conceitos indeterminados no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 23.

[49] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 72.

[50] OTERO, Paulo. Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento ("litigation funding agreements") De ações Populares indemnizatórias: Um Problema de abuso de direitos fundamentais. Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 2022, Ano 82, v. III/IV, pp. 701-740, Jul./Dez. 2022. Disponível em https://portal.oa.pt/media/138886/paulo-otero.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

[51] FINCHELSTEIN, Federico. Uma breve história das mentiras fascistas. Tradução de Mauro Pinheiro. São Paulo: Vestígio, 2022, p. 63.

[52] OTERO, Paulo. Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento ("litigation funding agreements") De ações Populares indemnizatórias: Um Problema de abuso de direitos fundamentais. Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 2022, Ano 82, v. III/IV, pp. 701-740, Jul./Dez. 2022. Disponível em: https://portal.oa.pt/media/138886/paulo-otero.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

[53] BRASIL. Lei n.º 14.197 de 1.º de setembro de 2021. Diário Oficial da União. Brasília (DF), 1 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

Entre a democracia militante inaugurada pela Alemanha Pós-guerra, percebe-se uma postura ativa no combate ao totalitarismo e a democracia vigilante do *soft law.* O Brasil ainda caminha a passos lentos para um Estado Democrático de Direito pleno. Em poucas palavras, é uma sociedade composta por abismos sociais e econômicos, desindustrializada e o berço do rentismo, cujos juros são os mais altos do planeta. Assim, tem-se o Banco Central como órgão dissociado de controles governamentais, consumado pela recente autonomia de duvidosa constitucionalidade.[54]

Os exemplos mereceriam um estudo aprofundado, mas, pela limitação do presente artigo, são para a ilustração e a compreensão do tema.

7.6 A FRAUDE À LEI

No caso da fraude à lei, temos alguém que se serve de normas jurídicas para finalidades não previstas na norma, ou seja, é um comportamento que viola o conteúdo do ordenamento jurídico, que o viola de forma fraudulenta, mas que, formalmente, respeita a sua disposição de forma aparente.[55]

Há um exemplo recente do Supremo Tribunal da Guatemala que decidiu cassar o registro da Ex-Primeira-Dama como candidata presidencial para as eleições, determinando que houve fraude à lei, ao se divorciar do Presidente em exercício apenas para evitar a proibição de concorrer, mesmo que esse ato não seja classificado como ilegal no ordenamento jurídico.[56]

Ainda, o exercício de poder normativo que extrapola suas atribuições transborda seu poder legislativo, a fim de açambarcar situações ilícitas, seja pela ausência de competência, seja por razões contrárias a princípios do ordenamento jurídico, contrárias à lei ou à regulação. Há, nesse sentido, uma nulidade constitutiva que determina a inexistência do seu resultado.[57]

Com efeito, tem-se a diferença entre a simulação e a fraude: na primeira, o negócio jurídico é simulado, com infração direta à regra; já, na fraude, se produz o resultado pretendido, conforme a regra, mas há uma conexão com o resultado inadequado.[58]

---

[54] STRECK, Lenio Luiz. A autonomia do Banco Central é compatível com a Constituição? Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-fev-16/senso-incomum-autonomia-banco-central-compativel-constituicao Acesso em: 12 jul. 2023.

[55] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 58.

[56] VERGARA, Alejandro Vergara. Projetos de recursos naturais e abuso de direitos como crime atípico. In: MANASEVICH, René Abeliuk. *Los hechos ilícitos*. In: MANASEVICH, René Abeliuk. Los hechos ilícitos. Editorial Juridica del Chile, pp. 199-340, 2019. Disponível em: https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/12981-profesor-alejandro-vergara-proyectos-de-recursos-naturales-y-el-abuso-del-derecho-como-ilicito-atipico. Acesso em: 14 jul. 2023.

[57] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 61.

[58] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons,

7.7 O DESVIO DE PODER E O DESVIO DE FINALIDADE

O esboço da doutrina do desvio de poder pelo Tribunal Administrativo francês pode ser encontrado em *Vernes de May arrêt* de 1858, quando anulou uma decisão do Prefeito de Trouville que, em uso de poderes de natureza policial, proibiu os banhistas de se vestirem e despirem-se em locais que não fossem estabelecimentos municipais. O objetivo não era para fins de proteção da segurança ou da moralidade pública, mas, sim, de favorecer os interesses econômicos do município.[59]

No desvio de poder, no exercício do poder, se exige a intenção diversa da legal, a exemplo dos famosos *arrêts Lesbats*, de 15 de fevereiro de 1864 e de 17 de junho de 1986, nos quais o Conselho de Estado francês declarou que cometia excesso de poder. O prefeito assegurava o monopólio de uma única empresa que tinha um contrato com a Companhia de Trem, cujo propósito era regular a permanência e a circulação de veículos nas praças próximas à estação de trem.[60]

O resultado, visado pelo agente, constitui o objetivo do ato administrativo. Com efeito, os motivos do ato administrativo objetivam a realização de um fim que deve ser público,[61] não, encoberto ou desviado.[62]

No desvio de poder, há uma usurpação do poder, e os fins são incompatíveis com a norma; já, no desvio de finalidade, os fins possuem interesses, eminentemente, privados.

Em resumo, se o agente utiliza o ato administrativo para fim diverso do legal, com interesses privados, além do desvio de poder, há o desvio da finalidade do ato, por exemplo, no processo administrativo ou judicial, utilizado para punir desafetos políticos.

Pode haver desvio de finalidade por perseguir um pretenso fim público, como foi o caso da anulação pelo Tribunal Supremo espanhol que, em 27 de julho de 1986, fulminou o acordo da Comissão Provincial de Urbanismo de Sevilla e qualificou um terreno como não urbanizável quando estava qualificado desde 1972 como solo urbano. A referida desqualificação pretendia pagar valor inferior aos que tinham sido expropriados.[63]

A pretensa faculdade discricionária, própria dos regimes de exceção, da hipertrofia de poderes, sem controle judicial ou *interna corporis* no próprio poder, pode e deve, em um regime democrático, ser aferida quanto à sua motivação e ao seu fim.

2014, p., p. 68.

[59] MENDONZA, José A. López et al. La desviación de poder. Estudios de Derecho Público/Edgardo Tobías Acuña [et. al.], prólogo de Alberto Antonio Spota. Buenos Aires: Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, 2013, pp. 299-315.

[60] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81 *apud* MARIN, Carmen Chinchilla. La desviación de poder. 2 ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 31.

[61] TÁCITO, Caio. Temas de direito público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187.

[62] MENDOZA, José A López. La desviacón de poder. Estudios de Derecho Público/Edgardo Tobías Acuña. [et al.]; prólogo de Alberto Antonio Spota. 1a. ed. Buenos Aires: Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, 2013, pp. 299-317.

[63] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 89.

Assim, a noção de conformidade com o Direito deve implicar, em abstrato, uma aderência plena, perfeita, capilar à norma, isto é, não apenas na existência daquele mínimo de interesse público, cuja falta é detectável, mesmo pelo juízo de mera legitimidade.[64]

7.8 O JEITINHO

O jeitinho, como elemento proveniente de autoridade ou amizade, é constatado em rituais de carteiraço: "Sabe com quem está falando?" ou o pedido ou a quebra legal que deve ser atendida para a parentela ou os amigos em troca de favores. Esse contempla um amplo espectro de atuação nas esferas públicas e privadas, ainda pouco estudado no Direito.

Pode ser definido como a flexibilização da norma, para ajeitar a situação jurídica de forma diversa da prevista em lei, com a prevalência de interesses pessoais, familiares, corporativos ou estamentais.[65]

Nesse conceito, estão abrangidos o abuso de direito, o abuso de autoridade, o desvio de finalidade, o excesso de poder, a fraude à lei e até o cometimento de crimes.[66]

7.9 OMISSÃO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA VISANDO À INEFICÁCIA DA NORMA

A omissão, deliberada em cumprir o mandamento constitucional-administrativo, também pode se caracterizar em ilícito atípico, caso não se constate, de forma flagrante, a prevaricação. Por exemplo, o esvaziamento da fiscalização ambiental, com o intuito de promover invasões, garimpos ilegais ou cortes desautorizados na mata Atlântica ou Amazônica, para expansão imobiliária ou o benefício de determinados grupos.[67]

A deliberada autorização na importação de agrotóxicos, com o propósito de beneficiar determinados países, interesses ou corporações.[68] A alteração de norma orçamentária para beneficiar ou acertar determinada situação de gestor público, com fins à sua aprovação ou fechamento de contas. Também, a criação inconstitucional do orçamento secreto e as emendas sigilosas de repasse de valores milionários por parlamentares em troca de apoio em votações no Congresso Nacional, que caracteriza a quebra da probidade e unicidade orçamentária.[69]

---

[64] ALESSI, Renato. A revogação dos atos administrativos. Tradução da 2 edição, introdução, comentários e notas explicativas de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 101.

[65] CASTRO, Cláudio Henrique de. O jeitinho no direito administrativo brasileiro. Curitiba: Edição por demanda, 2011, p. 49.

[66] COLTRO, Paolo; PERRELA, Nunzio. Oltre Gomorra: I rifiuti d'Italia. Nápoles: Edizioni Centoi Autori, 2021, p. 100.

[67] PAES, Caio de Freitas. Desmatamento em alta, grileiros à solta, crises políticas: queimadas na Amazônia podem ser piores que as de 2019. Instituto Humanitas Unisinos, 12 de maio de 2020. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/categorias/598867-desmatamento-em-alta-grileiros-a-solta-crises-politicas queimadas-na-amazonia-podem-ser-piores-que-as-de-2019. Acesso em: 14 jul. 2020.

[68] BOMBARDI, Larissa. 1.25 milhão de intoxicados por agrotóxicos em 7 anos, estimam Fiocruz e Ministério da Saúde. Instituto Humanitas Unisinos, 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=tIRKoF2GqfY. Acesso em: 14 jul. 2020.

[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF julga orçamento secreto inconstitucional. A decisão limita o

São as chamadas "emendas impositivas" a formalização do toma-lá-dá-cá do fisiologismo, da extorsão política e do clientelismo do Congresso Nacional, que se replica em assembleias legislativas estaduais e em câmaras municipais.

Os congressistas brasileiros possuem atualmente mais de 40 milhões de reais para distribuir nas suas bases eleitorais. Criou-se, assim, um ecossistema de reeleições continuadas, com a quebra da isonomia no jogo democrático e o desvirtuamento da função legislativa.[70]

Assinale-se ainda a gradual corrosão do Estado laico no Brasil, com bancadas partidárias neopentecostais que contribuem para uma nova moral congressual e afrontam o direito à liberdade de pensamento, este direito fundamental que possui escassos mecanismos de proteção.[71]

Enfim, toda situação na qual seja comprovado o dano coletivo ou individual, decorrente da omissão no dever de agir, atuar, fiscalizar, prover e gerir a coisa pública, proveniente de deveres legais impositivos.

7.10 ILÍCITOS TÍPICOS E ATÍPICOS SEM A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL ESPERADA

Nesta categoria, podemos enumerar as normas que são de *soft law* e não preenchem os requisitos mínimos para a defesa dos direitos fundamentais, que possuem obstáculos de eficácia, seja pela inoperância ou leniência estatal, seja porque seu conteúdo é insuficiente para garantir os direitos fundamentais. Por exemplo, as leis de defesa das mulheres no Brasil, nas quais o quadro de violência e feminicídios estão crescendo vertiginosamente[72], e as medidas típicas são, em grande medida, insuficientes e ineficazes.[73]

Em outro passo, em relação à recursos públicos em descompasso com um estado de emergência pandêmica, do então Presidente (2018-2022)[74] que vetou o repasse de 8,6

uso de emendas de relator do tipo RP-9 a erros e omissões. Portal STF – Notícias, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499330&ori=1 Acesso em 11 jun. 2023.

[70] FOLHA DE SÃO PAULO UOL. Governo oferece R$ 40 mi em emendas para deputados que votarem pela reforma: segundo líderes, valor foi oferecido por Onyx e eleva em 65% manejo do Orçamento por congressistas. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-dara-r-40-mi-em-emendas-a-cada-deputado-que-votar-pela-reforma.shtml. Acesso em: 14 jul. 2023.

[71] CASTRO, Cláudio Henrique de. A democracia direta por meio da democracia eletrônica. Curitiba: Íthala, 2023, p. 168.

[72] VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; PINHONI, Marina; FARIAS, Victor. Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas. Número de vítimas cresceu 5% no último ano, mostra levantamento exclusivo do Monitor da Violência. Foram 1,4 mil mortes motivadas pelo gênero. Alta de casos vai na contramão dos assassinatos, que tiveram queda de 1% em 2022. Globo G1, 8 de março de 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-feminicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml. Acesso em: 15 jun. 2023.

[73] No primeiro semestre de 2022, 699 mulheres foram vítimas de feminicídio, média de 4 mulheres por dia. Este número é 3,2% mais elevado que o total de mortes registrado no primeiro semestre de 2021, quando 677 mulheres foram assassinadas. BRASIL. Violência contra meninas e mulheres no 1º semestre de 2022. Fórum de Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/12/violencia-contra-meninas-mulheres-2022-1sem.pdf?v=v2. Acesso em: 13 jul. 2023.

[74] BRASIL. Despachos do Presidente da República. Diário Oficial da União: Brasília, DF. Edição 105, Seção 1, p. 453, 03 de junho de 2020. Disponível em: https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/06/vetobolsonaro.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

bilhões para estados e municípios para compra de equipamentos de combate à COVID--19.[75] Igualmente, o enfraquecimento institucional do Poder Judiciário por parte daquela presidência que proferiu ameaças ao Supremo Tribunal Federal com elogiosas menções a personagens da ditadura militar (1964-85) e ao Ato Institucional n.º 5.[76]

Por conseguinte, a inoperância, a flagrante omissão ou a leniência autorizam medidas judiciais ou administrativas, supletivas e atípicas, para se suplantar um quadro danoso do caso concreto.

Nessa mesma lição, o Procurador-Geral da República (PGR), segundo membros do Ministério Público, teria supostamente se omitido de seus deveres legais[77]que, *ipso facto*, autorizaria a corte constitucional brasileira a proferir medidas atípicas, em defesa do próprio tribunal e das instituições e, por isso, sem a iniciativa exclusiva do PGR.

Ainda, nessa linha, como medida para colmatar omissões, o enquadramento, pelo Supremo Tribunal Federal, do crime de homofobia aos crimes de racismo, ao reconhecer a omissão legislativa.[78]

Outro tema importante é o fenômeno das redes sociais que é instantâneo e não possui mediação adequada para evitar graves prejuízos em imagem e em ações ilegais contra pessoas e instituições. O ordenamento não contempla proteção ou inibe esta instantaneidade midiática. Em poucos segundos, algo certo ou errado, legal ou ilegal é postado nas redes e repercute em milhares e milhões de pessoas.[79]

Com efeito, a ausência de controles legais, uma regulamentação oficial e o cumprimento das regras nacionais desses aplicativos e mídias sociais criaram um estado de coisas paralelo às leis e às constituições dos países, permitindo-se uma jurisdição administrativa contratual privada, sem limites ou parâmetros que respeitem o Direito.[80]

Nesse panorama, as redes sociais, combinadas com *fake News*, elegeram e quase

[75] UOL. CONGRESSO EM FOCO. Bolsonaro veta repasse de R$ 8,6 bilhões para estados e municípios. 2020. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/bolsonaro-veta-repasse-de-r- 86-bilhoes-para-estados-e-municipios/. Acesso em: 13 jul. 2023.

[76] CASTRO, Cláudio Henrique de. As ameaças ao Supremo Tribunal Federal. Aconjurpr, 11 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.aconjurpr.com.br/noticias/as-ameacas-ao-supremo-tribunal-federal-por-claudio-henrique-de-castro/. Acesso em: 13 jul. 2023.

[77] PITTA, Iuri; JUNQUEIRA, Caio. Procuradores cobram ação de Aras por "omissão" de Bolsonaro contra bloqueio de rodovias Documento enviado ao procurador-geral da República pede instauração de inquérito Procuradores pedem que Aras tome providências criminais. CNN Brasil, 1 de novembro de 2022. Disponível em:https://www.cnnbrasil.com.br/politica/procuradores-cobram-acao-de-aras-por-omissao-de-bolsonaro-contra bloqueio-de-rodovias/. Acesso em: 13 jul. 2023.

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa O Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. Portal STF – Notícias, 13 de junho de 2019. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010. Acesso em: 13 jul. 2023.

[79] CASTRO, Cláudio Henrique de. A democracia direta por meio da democracia eletrônica. Curitiba: Íthala, 2023, p. 204.

[80] CASTRO, Cláudio Henrique de. A democracia direta por meio da democracia eletrônica. Curitiba: Íthala, 2023, p. 204.

reelegeram Trump nos EUA[81], além de terem contribuído, decisivamente, para o *Brexit*[82], com profundos desequilíbrios em pleitos pelo mundo afora.

Razão pela qual, sem a regulamentação adequada, nesse contexto de anomia, o Poder Judiciário tem o dever de resolver, de forma atípica e célere, os conflitos de massa advindos dessa autonomia privada, altamente rentável, das *big techs*. Assim, devemos diferenciar e não confundir o chamado "ativismo judicial", expressão vaga e de significação aberta, com o dever do preenchimento de lacunas, das omissões legislativas ou da inação dos poderes, justamente, para o Judiciário garantir os direitos fundamentais. Esses ilícitos atípicos, evidentemente, conflitam com os direitos fundamentais, o direito à personalidade, à intimidade, à liberdade de expressão, entre outros.

Tais situações devem ser tuteladas, ainda que de forma fracionada, monocrática ou colegiada, pelo Poder Judiciário ou na esfera administrativa dos poderes, dentro das suas competências. Aguardar o Poder Legislativo listar condutas cada vez mais complexas é diferir ou dilatar, injustificadamente, a eficácia dos direitos fundamentais.

O ideal é que a construção paradigmática dos ilícitos atípicos seja elaborada, exclusivamente, pelas cortes constitucionais, com o fito de dar-lhes maior legitimidade institucional e ampla publicidade dos seus conteúdos valorativos. Contudo, isso não significa que instâncias de primeiro grau estejam impossibilitadas de adentrarem no tema.

7.11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de concluir, podemos afirmar que a história do Direito no sistema romano-germânico construiu uma visão dogmática tipológica que não impede a funcionalidade teórica viável para os ilícitos atípicos ou ilícitos decorrentes.

A utilização do conceito de ilícito atípico não afasta a segurança jurídica e a previsibilidade no ordenamento jurídico; e a motivação fático-jurídica, no caso concreto, é elemento fundamental para o estabelecimento dos ilícitos atípicos ou decorrentes.

As categorias que podem ser utilizadas nos ilícitos atípicos ou ilícitos decorrentes podem ser as seguintes: o abuso de direito, inclusive dos direitos fundamentais; a fraude à lei; o desvio de poder e o desvio de finalidade; o jeitinho; a omissão na atuação administrativa visando à ineficácia da norma; e os ilícitos atípicos, resultantes da ineficácia constitucional ou legal.

A construção jurídica dos ilícitos atípicos ou decorrentes, portanto, deve também ser ajustada e autorizar medidas processuais ou administrativas, com o intuito de tutelar os direitos e as garantias constitucionais afetados.

---

[81] BBC News. Como a Cambridge Analytica analisou a personalidade de milhões de usuários no Facebook. YouTube (4min13seg), 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=x1SnHHby0wA. Acesso em: 05 ago. 2023. "Segundo denúncias de fraude eleitoral nos EUA na eleição de 2016 de Trump, a empresa Cambridge Analytica, por meio das curtidas dos usuários no Facebook, elaborou perfis psicológicos de usuários. Há um teste de personalidade Big Five ou "Os cinco grandes" que avalia cinco dos traços de personalidades dos usuários. Há evidências de que este algoritmo é, impressionantemente, preciso. Com apenas dez curtidas, ele traça o perfil melhor que os amigos do usuário; com cento e cinquenta curtidas, é mais preciso que os pais do usuário e, com trezentas curtidas, consegue prever o teste de personalidade melhor que o parceiro do usuário."

[82] ESTEVES, Fernando. Como as *fake news* conduziram os britânicos à confusão do Brexit. Polígrafo, 15 de janeiro de 2019. Disponível em: https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit. Acesso em: 18 jul. 2020.

8. OS PRINCÍPIOS DO INSTITUTO CIVIL DO CONTRATO: ESTUDO A PARTIR DE O MERCADOR DE VENEZA

Danylo Rodrigues Santos Alves da Costa[1]

RESUMO

A presente resenha literária busca fazer uma releitura da obra *O Mercador de Veneza*, comédia teatral escrita por William Shakespeare, sob a ótica da história do direito, teoria geral do direito e concluindo-se com a teoria geral dos contratos. A narrativa de Shakespeare tem como ponto central a interpretação do contrato de empréstimo celebrado entre Shylock e Antônio, o qual possui como garantia para o caso de inadimplemento a retirada de uma libra da carne do devedor.

As questões trazidas pela peça revelam aspectos importantes para a compreensão de princípios do direito contratual. Com o presente trabalho procura-se analisar a evolução do direito ao longo do tempo mediante a análise sistemática de suas fontes históricas. São examinados os modelos fechado e aberto de codificação civil e quais seus impactos na aplicação do direito, bem como a legislação civilista e seus conceitos indeterminados, determinados pela função e cláusulas gerais.

Debruçando sobre a teoria dos contratos, abordam-se os consagrados princípios deste instituto mediante sua perspectiva moderna e atualizada ao novo marco inaugurado tanto pela Constituição da República de 1988, quanto pelo Código Civil de 2002. O trabalho alcança a dimensão de que os a evolução da principiológica da teoria geral dos contratos não permite que excessiva abusividade de direito possa prevalecer em detrimento dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, busca-se se fazer um importante diálogo entre ciências jurídicas e literatura, mostrando a complementaridade entre ambos.

PALAVRAS CHAVES: História do Direito; Direito Civil; Direito dos Contratos; Princípios; Direito e Literatura.

[1] Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em dezembro de 2019.
Atualmente é Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, atuando junto à Procuradoria de Pessoal.
É pós-graduando na especialização *lato sensu* de Direito Municipal Contemporâneo pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro em convênio com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduando na especialização *lato sensu* de Sociologia Urbana pela mesma universidade.
O presente artigo, "A evolução dos princípios do instituto civil do contrato: um estudo a partir de O Mercador de Veneza", no ano de 2017, alcançou a terceira colocação, na categoria Estudante, no Concurso Cultural de Monografias Jurídicas para Juristas, em homenagem ao desembargador Aloysio Maria Teixeira, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

8.1 INTRODUÇÃO

8.2 O MERCADOR DE VENEZA

Escrita por William Shakespeare entre 1596 e 1597, *O Mercador de Veneza* (*The Comical history of the Merchant of Venice*, ou também chamado *The Jew of Venice*) é uma obra dramatúrgica que transcende ao período elisabetano (séc. XVI e XVII) e, até a atualidade, é reconhecida como um dos maiores clássicos da literatura mundial.

Pertencente ao gênero teatral, a obra ambienta-se em meados do século XVI, e sua história se passa em meio ao tribunal: Shylock, o judeu, empresta três mil ducados a Bassânio, tendo como garantidor Antônio, o mercador. Bassânio utiliza essa quantia para fazer face ao dote de seu casamento com Pórcia. Antônio cede suas embarcações e os lucros advindos dessa atividade como garantia ao mútuo. Além disso, no contrato entre Shylock e Antônio, em caso de inadimplemento da avença, estava previsto como cláusula penal que credor teria direito a retirar uma libra da própria carne do devedor.

Devido a um imprevisto que o faz perder suas embarcações e sem condições de honrar a dívida, Antônio descumpre o contrato e Shylock recorre ao Deque de Veneza para cumprimento da cláusula penal. Em meio à sessão de julgamento surge, vestida de advogado, Pórcia, atuando em favor de Antônio. Argumentou que a carne poderia ser retirada de Antônio, mas sem derramar uma única gota de sangue, pois o contrato não previra que o credor teria o sangue do devedor. Assim ocorre uma reviravolta no caso, Shylock não consegue ultimar seu intento e se vê, ao final, condenado a doar todos os seus bens, por ser um estrangeiro que atentou contra a vida de Antônio.

8.2.1 Pertinência da obra para o direito

A peça contém muitos elementos atinentes ao direito e, como se pretende abordar neste artigo, ao estudo da teoria do direito privado e dos contratos. Igualmente, pode-se até falar que toca em questões processualísticas, uma vez que o seu clímax dá-se no tribunal, em que Shylock, o judeu, postula seu direito de executar multa em face do mercador Antônio, devido ao inadimplemento das obrigações em que ele figura como fiador. Ademais, cabe ressaltar que temas concernentes à filosofia do direito, à ideia de justiça e de equidade podem ser, em grande parte, extraídos da peça. Por todo o texto, a obra shakespeariana é repleta de indagações acerca de valores éticos, axiológicos e sobre a história da juridicidade.

Pode-se, seguramente, dizer que *O Mercador de Veneza* é uma obra literária importantíssima para o enriquecimento do repertório filosófico, artístico e cultural de estudantes e demais interessados pelo direito, imergindo-os em um contexto histórico e social longínquo, mas que muito pode oferecer para a reflexão acerca de temas atuais. A obra está, para os investigadores e estudiosos das ciências jurídicas, ao lado de consagrados clássicos

como *Antígona*, de Sófocles e *O Caso dos exploradores de cavernas*, de Lon Luvois Fuller, dentre outros. A literatura também contribui para o aprofundamento de debates, novas ideias e reflexões para além da já tradicional e costumeira tríade formada por legislação, doutrina e jurisprudência, fontes que já habitualmente estão presentes no dia a dia dos operadores do direito.

8.2.2 Referencial teórico e metodológico da pesquisa

Para fins de delimitação de trabalho e com vistas a compreender a evolução da teoria geral dos contratos, este artigo aborda temas referentes ao direito privado em uma perspectiva sistemática e analítica.

Utiliza-se do estudo da história do direito e da criação do direito privado a fim de fazer um paralelo com o estado atual da arte no Código Civil. Pelo referencial teórico da obra do jurista Miguel Reale, busca-se a compreensão da evolução do direito ao longo tempo.

Examinam-se os modelos fechado e aberto de codificação e quais seus impactos na atividade jurisdicional e na efetivação do direito. Debruçando sobre a teoria dos contratos, são revisitados os consagrados princípios do instituto contratual mediante sua perspectiva moderna e atualizada ao novo marco inaugurado tanto pela Constituição da República de 1988, quanto pelo Código Civil de 2002.

Muitas vezes o contrato é definido pela doutrina como o acordo de vontades (*pactum, conuentio*) de duas ou mais pessoas que visa constituir, regular, ou extinguir uma relação jurídica em geral. Com o influxo de novas diretrizes de ordem legal e principiológica, este conceito foi ampliado e passou a abarcar, principalmente, a cláusula geral da função social do contrato.

Foi de suma importância para a pesquisa a obra *Contratos,* escrita originalmente em 1959 pelo renomado jurista e mestre do direito civil brasileiro Orlando Gomes. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior, *Contratos* é um clássico atemporal que revela importantes lições de direito civil e disseca o instituto dos contratos de forma magnífica (GOMES, 2001).

8.3 A LEI CIVIL NO CURSO DA HISTÓRIA

8.3.1 Fontes do direito

Na Roma antiga chamavam o direito de arte do bom e do justo (*ars boni et aequi*), uma definição não aplicável na atualidade, entretanto relevante para o estudo da história do direito (CORPUS JURIS CIVILIS, 2010). Foi, primeiramente, a civilização romana a responsável por distinguir as noções que diferenciam o direito (*ius*), religião (*fas*) e moral (*mos*), significando contribuição de tamanha importância que perpassa até a contemporaneidade. Portanto, cumpre afirmar que a definição moderna que se tem acerca do direito

não seria possível sem o conhecimento advindo dos brocados e aforismas herdados da secular sabedoria latina (MONCADA, 1924).

Define-se o direito como um conjunto de normas reguladoras das relações intersubjetivas garantidas coercitivamente pelo Estado (REALE, 2002). Por esta conceituação teórica, encontra-se a divisão entre dois grandes ramos, o direito público (*ius publicum*) e direito privado (*ius privatum*). A essa primeira discriminação entre ramos do direito, o jurista romano Ulpiano (apud MONCADA, 1924) assentou que o primeiro se refere às coisas do Estado (*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*), ao passo em que o segundo seria pertinente aos interesses de determinados sujeitos (*privatum quod ad singulorum utilitatem spectat*).

O direito público visa imediata e prevalentemente ao interesse geral, e suas relações se dão por meio de subordinação. Por meio de demais ramificações, fazem parte da seara do direito público o direito político (também chamado de direito eleitoral), o constitucional, o administrativo, o financeiro e tributário, o internacional público, o criminal, o processual etc.

O direito privado, no entanto, reside no fato de o conteúdo e objeto da relação jurídica dizerem respeito ao interesse particular e aos acordos de vontade estabelecidos. Tais relações jurídicas se dão em forma de coordenação entre as partes, e não em forma de subordinação como acontece no direito público. Fazem parte do direito privado o direito civil, o comercial, o internacional privado, o bancário etc.

8.3.2 O direito costumeiro e o direito legislado

O Direito Romano esteve permeado pelo direito costumeiro, ou também chamado de direito consuetudinário (*ius non scriptum*). Durante todos os períodos históricos da Roma Antiga, realeza, república, alto e baixo império e período bizantino, estiveram os costumes (*consuetudo, mos maiorum*), o uso repetido e prolongado de normas jurídicas tradicionais não proclamadas solenemente pelo legislativo, nas palavras de José Cretella Júnior, colocados como umas das principais fontes do direito. Também se pode falar no direito pretoriano como fonte de direito costumeiro, pois era aquele emanado dos magistrados do pretório. Em meados do período da república a plebe reclama por uma lei uniforme aplicável a todos, uma vez que o direito dos costumes (*ius non scriptum)* é revestido de incertezas e pode ser utilizado com efeitos deletérios por juízes patrícios (CRETELLA JÚNIOR, 1963).

Acerca do direito costumeiro, ensina o jurista Miguel Reale:

> Quanto ao Direito costumeiro propriamente dito, não é possível a determinação do tempo de sua duração, nem tampouco prever-se a forma pela qual vai operar-se a sua extinção. As regras de Direito costumeiro perdem sua vigência pelo desuso, pois sua vigência é mera ocorrência da eficácia. Quando o juiz reconhece a habitualidade duradoura de um comportamento, com intencionalidade ou motivação jurídica, confere-lhe validade formal e

> obrigatoriedade. Na vida normal legal, a vigência é prius; a eficácia é posterius. Em se tratando de regra costumeira, dá-se o contrário, pois a vigência deflui da eficácia. (2002, p. 157)

Durante o período republicano, por proposta do tribuno Tarentílio Arsa, em 462, foi nomeada uma comissão que seria responsável por redigir uma lei para Roma (CRETELLA JÚNIOR, 1963). A partir de então é editada a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim*). Embora muitos outros povos da Antiguidade já tivessem escritos suas normas jurídicas, como o Código de Hamurabi, Código de Manu, dentre outras, a Lei Decenviral cumpre um papel simbólico de representar uma nova fase para o direito, ao reduzir os costumes em texto normativo e iniciar os primórdios daquilo que, mais tarde, seria chamado de "igualdade perante a lei". A Lei das XII Tábuas versou sobre *ius publicum* e *ius privatum*, e muitos institutos do direito civil contemporâneo, como poder de família, casamento, posse, usucapião, depositário infiel etc. já estavam nela contidos, demonstrando a longevidade e relevância do estudo do direito romano, principalmente àqueles que iniciam os estudos jurídicos ou buscam maior aprofundamento.

Com as chamadas invasões bárbaras, houve a confluência entre os povos germânicos e latinos e, consequentemente, a desintegração do direito romano. Posteriormente, durante quase um milênio, do amálgama entre usos e costumes, esteve em voga o direito medieval, considerado também uma forma de direito costumeiro. Entretanto, concomitantemente, havia o direito canônico, um conjunto de normas materiais e processuais que regiam a Igreja Católica, versando sobre assuntos eclesiásticos.

No Renascimento houve um trabalho de volta à tradição jurídica romana, redescobrem-se os textos e o estilo clássico, mas sem deixar de fazer as adaptações necessárias dos valores do cristianismo, agora espalhados por toda a civilização europeia.

Miguel Reale, em suas *Lições preliminares de direito*, ensina que a partir do século XV, com as expedições início das expedições ultramarinas e formação dos primeiros estados-nações moderno, o direito em sua forma costumeira não mais era capaz de harmonizar as relações sociais, resultando no advento do direito legislado. Nesse sentido, acerva Reale:

> Os reis sentiram necessidade de fazer a coordenação ou ordenação das leis dispersas, bem como das regras costumeiras vigentes, que tinham o grande defeito de serem desconexas ou particularistas. Surgiram, assim, as primeiras consolidações de leis e normas consuetudinárias, que tomaram o nome de Ordenações, por serem resultados de uma ordem do rei. (2002, p. 150-151)

8.3.3 A codificação e seus problemas

A fim de conferir regulação às relações sociais, buscou-se por meio da edição de códigos (do latim, *caudex*, caule ou tronco de árvore) dar maior estabilidade e imobilidade dentro de sistemas jurídicos rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômi-

cas e sociais ao longo do tempo (NERY; NERY JUNIOR, 2016). Dentre as grandes codificações do período oitocentista, podem-se citar o Código da Prússia, do final do século XVIII, e o Código Civil francês (*Code Napoléon*) de 1804 (MONCADA, 1924).

Movimento diverso, entretanto, se deu na Alemanha, onde a codificação gerou uma polêmica em torno das posições dos juristas Thibaut e Savigny. O primeiro defendia a codificação do direito civil para o fortalecimento da nação alemã e para propiciar maior segurança às relações jurídicas. Para Savigny, a elaboração de um diploma legal da envergadura de um código civil imobilizaria a evolução jurídica na medida em que a dinâmica da vida social exige. Prevaleceu a posição de Thibaut, levando a formação da comissão elaboradora do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), promulgado em 1896 e entrando em vigor em 1900 (NERY; NERY JUNIOR, 2016).

A codificação alemã resultou em um modelo dotado de maior flexibilidade e de uma base principiológica que permite a solução do caso concreto, em sua diversidade e variedade, levado ao crivo jurisdicional. A despeito de numerosas modificações no decurso do tempo, o BGB permanece até hoje como a Lei Civil da Alemanha, tendo se perpetuado por um longo do tempo. Por suas características de mobilidade, é considerado o mais perfeito diploma civil já elaborado em todos os tempos (NERY; NERY JUNIOR, 2016,).

Neste diapasão, conforme será abordado, a forma de codificar da atualidade não se pode deter no direito costumeiro de outrora. Igualmente, um sistema codificado e com legislação fechada e rígida não é capaz de exaurir todas as nuances e complexidades da vida social e todas as possibilidades com as quais o juiz se deparará diante do caso concreto. Na atual sociedade da informação, as relações entre pessoas de diferentes partes do globo se dão de uma forma extraordinariamente rápida, até mesmo simultânea.

Nas últimas décadas houve grandes mudanças nas relações de trabalho, assinala-se que a criação do denominado teletrabalho, para ficar em apenas um exemplo, extrapola aquilo previsto no ordenamento trabalhista no que se refere às relações de patrão e empregado. Na seara do direito empresarial, o registro e arquivamento dos atos societários de empresas mercantis, de que trata a Lei n° 8.934/1994, em muitos casos passou a ser feito por meio da Escrituração Contábil Digital (ECD), substituindo-se o enorme volume de livros-diário, livros-razão, livros-balancete etc. que abarrotavam as salas das Juntas Comerciais. O Processo Judicial Eletrônico (PJe), lançado oficialmente em 21 de junho de 2011, pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça, Cezar Peluso, é hoje uma realidade nos tribunais de norte a sul do Brasil, seja na Justiça Estadual, Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar, no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Para acompanhar, portanto, as exigências desafiadas pela era do capitalismo informacional, termo cunhado pelo sociólogo espanhol Manuel Castells (1999), o direito não se pode quedar estagnado em rígidos sistemas legais, e se deve despir de certa prepotência em intuir ser suficientemente capaz de tudo prever e regular.

8.3.4 Histórico do direito civil no Brasil

Antes de analisar a forma de codificação no Brasil, cumpre traçar um breve histórico sobre as suas fontes. Dentre os principais diplomas legislativos portugueses, já num primeiro movimento de busca por organização do sistema jurídico, encontram-se as Ordenações Afonsinas, atribuídas a Dom Afonso V, de 1446. Inspiradas nessas, vieram as Ordenações Manuelinas, de 1521, sobre as quais cabe assinalar:

> Logo no começo do século XVI, el-rei D. MANUEL ordenou a três jurisconsultos da sua corte que revissem as Ordenações Afonsinas. Estas não tinham sido impressas: a invenção da imprensa permitia agora uma maior divulgação das leis gerais do reino e por isso o monarca mandou proceder à revisão. (FERNANDES; RÊGO, 1941, p. 286-287)

Vê-se que, de fato, a evolução do direito está atrelada à evolução da sociedade e das novas tecnologias. No caso, a imprensa escrita permitiu que se desse maior publicidade àquelas normas positivadas, o que ensejou a sua revisão. Conclui-se que tem razão Miguel Reale, ao acervar que o problema das fontes do direito através da história deve ser estudado à luz da antropologia cultural, e que a civilização, a partir da Idade Moderna, requeria um direito impulsionado na sua afirmação, ou seja, positivo e racional, suplantando-se o estigma do direito costumeiro.

No período da chamada União Ibérica, em 1603, entram em vigor as Ordenações Filipinas, oriundas dos monarcas espanhóis. Quando da restauração do reino português, Dom João IV confirma a sua vigência até que se fizesse uma nova compilação.

Em Portugal, as Ordenações Filipinas foram substituídas em 1867 por um Código Civil de viés liberal (FERNADES, RÊGO, 1941). Entretanto, o direito filipino, com um vasto arcabouço legal que incluía alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes advindos de Portugal, continuou vigente no Brasil até 31/12/1916. A Constituição do Império, desde 1824, já previa a elaboração de um Código Civil, entretanto, neste período, apenas houve a promulgação do Código Comercial em 1850, abordando normas referentes à atividade comercial, industrial e marítima.

Criou-se a curiosa situação onde, mesmo após a Independência do Brasil em 1822 e a Proclamação da República em 1889, as Ordenações Filipinas, que já haviam sido revogadas em Portugal, continuaram em vigor no Brasil até 1916.

Somente no governo republicano, o presidente Campos Salles nomeia Clóvis Beviláqua para elaborar o projeto Código Civil. Por meio da Lei n° 3.071 de 1916, o Código Civil é sancionado e passa a vigorar no ano seguinte. Sistematizado sob a ótica liberal, a Lei Civil de 1916 tem como corolário a afirmação da liberdade individual.

No Código Civil de 1916, a principal fonte de obrigações civis é a vontade do sujeito de direito. Nesse contexto, o contrato, decorrente da vontade, exerce a importante função de condicionar a existência de direitos e obrigações. Em suma, o direito privado positivo brasileiro ligava-se à inspiração liberal e se apresentava de forma não unificada,

tendo de um lado o Código Comercial e de outro o Civil, mantendo certa autonomia dogmática entre os dois diplomas legais.

8.4 O NOVO MARCO LEGAL INAUGURADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

8.4.1 O Código Civil brasileiro de 2002

Reconhecendo as grandes transformações sociais e econômicas, o governo brasileiro dá os primeiros passos rumo à nova codificação civil, ainda na primeira metade do século XX. Neste ínterim, várias foram as leis que derrogaram o Código Civil de 1916, dentre elas a do divórcio, da união estável, dos registros públicos, do inquilinato, do condomínio edilício dentre outras. A partir de 1969, Miguel Reale passa a presidir a comissão que seria responsável pelo novo Código Civil, sancionado em 2002.

Muitas foram as inovações advindas com Lei n° 10.406/2002, dentre elas a menoridade civil aos 18 anos, ao invés de 21; maior proteção ao direito da personalidade; a mulher, que no Código de 1916 não possuía nenhum direito, passa a ser titular de direitos e obrigações no casamento; no campo dos direitos das coisas, estabelece-se o direito real de superfície em contraponto à vedação ao direito real de enfiteuse; além disso há a introdução do instituto das cláusulas gerais.

Houve, outrossim, a unificação do direito obrigacional dispositivo (com a exceção do direito trabalhista), e o Código Civil de 2002 revogou a maior parte do Código Comercial de 1850, permanecendo regidas por ele apenas as normas de comércio marítimo, revogando-se as partes “Do comércio em geral”, “Das quebras” e um título único, “Da administração da justiça nos negócios e causas comerciais”.

O novel Código Civil exprime os reclamos advindos da ordem política nascida em 1988, em que a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana tornam-se princípios basilares da cognominada Constituição Cidadã. Em suas diretrizes, prevalece o interesse coletivo sobre o privado, como demonstra a função social da propriedade e do contrato.

Dentre as mudanças, observa-se que no Código de Beviláqua a boa-fé não estava positivada, sendo, portanto, um princípio geral do direito, mas, ao trazê-la para o bojo do texto legal do novo Código (CC 422), o legislador assinala, mais uma vez, sua relevância e inescusabilidade, tornando-a cláusula geral, assunto que será abordado adiante.

8.4.2 A técnica legislativa do novo Código

Outra inovação reside, justamente, na técnica legislativa que fora adotada para sua elaboração. Não sendo mais concebível um modelo rígido como nas primeiras codificações, e observadas as mudanças sociais e econômicas cada vez mais aceleradas graças ao impulso dado pelas tecnologias informacionais, dever-se-ia criar um modelo de codifica-

ção aberta e com maior maleabilidade. Esgotaram-se as afirmações que presumiam possível a criação de leis em que todas as hipóteses fossem abrangidas, ou que o juiz poderia agir meramente fazendo a subsunção do fato à norma. Na elaboração do novo Código, portanto, teve-se de buscar uma técnica que não fosse centrada em conceitos fechados e rígidos, mas que também não fosse moldada pelos precedentes, afinal o sistema jurídico brasileiro é romanístico (*Civil Law)*.

Para atingir o intento de criar uma lei com maior elastério, foi seguida a técnica legislativa mista, com base na metodologia da casuística, dos conceitos legais indeterminados, conceitos determinados pela função e das cláusulas gerais (NERY; NERY JUNIOR, 2016). A nova Lei Civil galgou, com a possibilidade de aplicação de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, adequar os institutos civis à evolução social ao mesmo tempo em que garante a necessária segurança e estabilidade das relações jurídicas.

8.4.3 Novos paradigmas na teoria geral dos contratos

À guisa de novos condicionamentos dogmáticos e filosóficos, os mecanismos e funcionalidades imanentes do direito privado sofreram profundas alterações. Ao passo em que busca ser a expressão da liberdade negocial, o contrato, sob essa nova égide, deve se harmonizar com a função social a ele atribuída. Sobre o tema, vale trazer à baila as sempre esclarecedoras considerações de Rosa Nery e Nelson Nery Junior acerca da mudança de paradigma do direito contratual:

> Muda-se o perfil político-ideológico do Código Civil, de liberal (CC/1916) para social (CC/2002), com utilização da técnica legislativa mista, principalmente pela adoção das denominadas cláusulas gerais, como são as da função social da empresa, a da função social e ambiental da propriedade e, por fim, da boa-fé objetiva. Pode-se falar, com Miguel Reale, em solidariedade para caracterizar-se o perfil do novo Código Civil. Essa nova realidade tem grande importância na temática dos contratos. As partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública, medida a partir da incidência obrigatória das cláusulas gerais (CC 2035 par. ún). Isso exige mudança de mentalidade, superando-se o dogma liberal do laissez faire, laissez passer. (2016, p. 37-38)

A partir de então, o contrato engloba a finalidade jurídica, econômica e social, cada uma com sua devida importância. Essa nova formulação permite uma expansão da ideia de contrato, pois não se trata apenas da expressão de vontades intersubjetivas, tampouco da observância cega do princípio conservador de que pactos devem ser respeitados (*pacta sunt servanda*). Devem, agora, ser levadas em conta as cláusulas gerais da função social, a boa-fé, a lealdade e a probidade para que o negócio jurídico tenha sua conformidade no plano de existência e eficácia, sob o risco de judicialmente ser declarada nulidade parcial ou absoluta do contrato.

O contrato não pode levar umas das partes à bancarrota; é dada importância ao equilíbrio econômico e financeiro ao longo de toda a prestação contratual, não apenas no

momento de sua celebração, sob pena de resolução do contrato por onerosidade excessiva e falta de equivalência das prestações; os termos dos contratos das relações de consumo devem ser claros para que o consumidor os entenda e não caia em engodos; questões referentes à problemática do superendividamento passaram a ser uma grande preocupação de juristas, dentre outras. Em suma, dá-se uma nova feição ao instituto dos contratos, a fim de que ele compreenda também a função social do contrato (CC 421), a boa-fé objetiva (CC 422) e ordem pública (CC 2.035, parágrafo único).

8.4.4 Princípios gerais do direito

O arsenal principiológico do novo Código importa em um sistema concatenado entre princípios gerais do direito, conceitos legais indeterminados, conceitos determinados pela função e cláusulas gerais. Por meio destes mecanismos, como mencionado anteriormente, viabilizam-se, de maneira maleável, soluções para os problemas apresentados pelo direito privado.

As lições realianas ensinam que princípios são enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber (REALE, 2002). Para o jurista, os princípios podem ser divididos em três categorias, os omnivalentes, os plurivalentes e os princípios monovalentes, sendo esta última a categoria em que residem os princípios gerais do direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942, que substituiu a Lei de Introdução ao Código Civil n° 3.071/1916, continua vigente sob a nomenclatura de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dada a Lei n° 12.376, de 2010 que o alterou. Tal diploma é considerado lei das leis (*lex legum)*, pois suas normas irradiam-se e são compartilhadas por diferentes ramos do direito, tanto do público, quanto do privado. Por isso não é mais chamada de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma vez que suas normas de sobredireito definem aplicabilidade no tempo e espaço de toda ordem jurídica pátria.

O art. 4º da Lei de Introdução, assim como em outros países de tradição da *Civil Law* (REALE, 2002), permite ao juiz acorrer aos princípios gerais do direito nos casos de omissão ou lacunas da lei. Reale afirma que as enunciações normativas de valor genérico dos princípios gerais do direito condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Tal princípio deriva-se da composição social e política de uma comunidade e faz referência ao início (*substractum*) histórico comum do direito, qual seja, a tradição romano-germânica. O juiz é obrigado a se pronunciar no caso em juízo (*sub judice*), mesmo que a norma seja lacunosa ou omissa, portanto, se valer dos princípios gerais do direito torna-se essencial.

Os princípios gerais do direito, conjuntamente com os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, engendram um modelo que permite que a lei civil não fique estanque diante das perpétuas mudanças de ordem social, econômica e jurídica.

8.4.5 Conceitos legais indeterminados

Conceitos legais indeterminados são modelos abertos estatuídos sem determinação. Referem-se às hipóteses fáticas postas em causa. Cabe ao juiz, ao se deparar com a matéria *sub judice*, preencher o conceito legal indeterminado com seu significado a fim de lhe dar concretude (NERY; NERY JUNIOR, 2016). Vale dizer, cabe ao juiz atribuir as consequências de sua aplicação. Diferentemente das normas com alto grau de determinabilidade, os conceitos legais indeterminados podem ser usados em diferentes casos e hipóteses.

Como exemplos, podem-se citar a ordem pública e os bons costumes para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (CC 122), atividade de risco, caracterizadora da responsabilidade objetiva (CC 927, parágrafo único); necessidade imprevista e urgente, como causa autorizadora da suspensão, pelo comodante, do uso e gozo da coisa emprestada (CC 581).

A título de ilustrar a definição de conceitos legais indeterminados, veja-se o artigo 1.341, parágrafo quarto, do Código Civil, norma sobre realização de obras no condomínio edilício:

> Art. 1.341. A realização de obras no condomínio depende: I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos; II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos.
>
> § 4º O condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum.

Nesse dispositivo a lei assevera que o condômino será reembolsado por despesas que efetuar nas partes comuns do condomínio, desde que tais obras e reparos sejam de caráter necessário. Ora, o que se pode entender, no âmbito dos condomínios, por obras e reparos necessários? O adjetivo *necessário* dá margem a diversas interpretações, pois inúmeras são suas definições na filologia e linguística. Logo, eis que alguns advogarão que a obra empreendida não era necessária e outros que era, caberá, por fim, ao juiz decidir no caso concreto se o condômino terá direito ao reembolso.

8.4.6 Conceitos determinados pela função

Os conceitos legais indeterminados, ao serem aplicados no caso concreto, transmutam-se para conceitos determinados pela função. É quando da valoração, do preenchimento de sentido ao conceito dado pelo julgador. Significa a discricionariedade do julgador na interpretação teleológica de uma norma intencionalmente vaga e aberta.

Conceitos como boa-fé, bons costumes, ilicitude, abuso de direito e estado de perigo, tratando-se de pessoa pertencente à família do declarante (cf. CC 156, parágrafo único), só podem ter o seu significado conhecido se aplicado e confrontado com o caso concreto, averiguando-se as circunstâncias em testilha, com a finalidade de garantir a efetividade das decisões judiciais.

8.4.7 Cláusulas gerais

A nova técnica legislativa do Código Civil de 2002 permitiu o aparecimento das cláusulas gerais, que ao lado dos princípios gerais do direito e dos conceitos legais indeterminados formam a engrenagem motriz do modelo aberto da legislação civilista. Por cláusulas gerais entende-se o texto normativo jurídico que não possui um recorte minuciosamente detalhado, orientando o juiz, sob forma de diretrizes, a ser parte de uma integração concreta (MARTINS-COSTA, 1992). Para Rosa Nery e Nelson Nery (2003), quando um princípio geral do direito é positivado, ele deixa de ser tido como princípio geral e passa a ser cláusula geral com conteúdo normativo. As cláusulas gerais colocam o operador do direito, por mais aguçado seja, em uma situação e imprecisão quanto ao propósito do enunciado da norma. A vagueza semântica é o que permite seu amoldamento às situações fáticas sequer previstas pelo legislador.

Difusas pela Parte Geral e Parte Especial do Código Civil, como exemplos de cláusulas gerais pode-se citar o limite à autonomia privada (CC 421); as partes terem de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade (CC 422); o ato ou negócio jurídico deve ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos (CC 187); exigência feita pelo pai ao filho, em decorrência do poder familiar, relativa a serviços próprios de sua idade ou condição (CC 1634, III); o dever de indenizar, objetivamente, sem dolo ou culpa, quando a atividade causadora do dano, por sua natureza, trouxer risco para o direito de outrem (CC 927, parágrafo único), dentre outras. Ao mesmo tempo em que dão elastério e liberdade para o juiz, as cláusulas gerais o vinculam a decidir sobre o caso da maneira mais adequada à satisfação da finalidade da norma e segundo critérios consistentes de razoabilidade.

Fundamentar uma decisão com base nas cláusulas gerais é julgar dentro da legalidade a fim de buscar a solução que o ordenamento jurídico dá ao caso concreto. Situação ignóbil seria se vigorasse um sistema de normas fechadas e o juiz ao perceber que não há nenhuma previsão legal que se coaduna com o caso *sub judice* tenha que formular um enunciado para dar a devida solução ao litígio.

8.5 TEORIA GERAL DO CONTRATO EM O MERCADOR DE VENEZA

8.5.1 Características fundamentais dos contratos: princípio da autonomia da vontade

É mister ressaltar que a moderna funcionalidade do instituto do contrato não afastou sua natureza de ser a expressão da livre vontade de natureza patrimonial manifesta e emitida, seja por meio verbal ou escrito. O princípio da autonomia privada é capaz de transformar a vontade das partes em lei. Ele regulariza as vontades a fim de criar obrigações no espectro de força de lei privada de oponibilidade pessoal.

Para Orlando Gomes (2001), no direito contratual o princípio da autonomia da vontade residia na liberdade de contratar. Ou seja, trata-se do poder de sujeitos em suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

Abordando esta temática, muito bem arrazoavam e Rosa Nery e Nelson Nery Junior:

> A construção jurídica do contrato – longamente trabalhada na história do direito privado – é consequência direta, inicialmente, do princípio da autonomia da vontade, que inspira a regularidade do nascimento do contrato a partir do mesmo momento das declarações de vontade emitidas pelos contratantes com consciência e liberdade, declarações essas que obedecem, depois, a princípios fundamentais da técnica jurídica, entre eles o princípio da liberdade de contratar e que depois, abrem espaço para solidificar nesses fenômenos os influxos do princípio da autonomia privada, cujo maior feito é agregar a essa manifestação livre da vontade um caráter tal que lhe confere força de lei privada.
>
> [...]
>
> Pode-se dizer do contrato que, apesar de todas as alterações que sofreu durante o curso da história, ainda é uma das conquistas fundamentais de civilidade e "dado primário da ética social". (2016, p. 44-45)

Deve-se também destacar o princípio da livre-iniciativa que, igualmente ao princípio da autonomia privada, está presente na base fundante dos contratos, porém é princípio galgado à esfera constitucional. A livre-iniciativa é cláusula pétrea da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estando consagrada em seu artigo 1º, inciso IV. Ademais, vê-se, novamente, no Título da Ordem Econômica e Financeira da Constituição o princípio da livre-iniciativa. No *caput* do artigo 170 estão postos os princípios da ordem econômica constitucional, tais como propriedade privada, função social da propriedade e a livre concorrência.

8.5.2 Função social do contrato

Não por acaso a doutrina de direito dos contratos aborda primeiro os princípios da autonomia da vontade para depois adentrar na cláusula geral da função social do contrato. O contrato é um meio de circulação, transmissão e alienação de riquezas. Por meio dele as pessoas e empresas exercem suas atividades e colocam em circulação produtos e serviços.

O Código Civil de 1916, como analisado anteriormente, pelo seu forte traço liberal, não continha qualquer referência à função social do contrato ou da propriedade. Contudo, havia limitações à liberdade de contratar com base nos princípios gerais do direito de ordem pública, boa-fé e bons costumes. Ou seja, a despeito da liberdade de contratar, impunha-se o limite intransponível destes três conceitos fundamentais.

Orlando Gomes também acervou sobre as leis coativas de ordem pública como expediente razoável para guisar o juiz a decidir sobre a limitação da liberdade de contratar. Como exemplos de leis coativas de ordem pública, o civilista baiano cita as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e igualdade dos cidadãos e, particularmente, as que estabelecem a liberdade de trabalho, de comércio e indústria; as leis sobre o estado civil; os princípios fundamentais do direito de propriedade; as leis sobre o Estado e a capacidade das pessoas; leis monetárias etc.

Acerca da liberdade de contratar sintetiza Orlando Gomes:

> Os contratos que têm causa contrária à lei de ordem pública e aos bons costumes são nulos. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico estatui, por esse modo, limitações de ordem geral à liberdade de contratar. Em conseqüência, firma-se o princípio de que toda declaração de vontade produz efeito desejado, se lícita por sua causa. (2001, p. 25)

E arremata concluindo com a tendência que estava por vir em matéria contratual:

> Mas essas limitações à autonomia privada, que sempre existiram, não eram suficientes para impedir a prática de abusos. Pois consentiram o exercício da liberdade de contratar com uma desenvoltura que tornava excessivo o poder da vontade, como, afinal, se veio a reconhecer. (2001, p. 25)

A doutrina consagra que a função social do contrato é decorrência lógica da função social da propriedade, insculpida no texto constitucional como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXIII, como princípio da ordem econômica no artigo 170, inciso III e como fundamento republicano no artigo 1º, inciso IV.

Reverberando os novos postulados da Constituição, microssistemas legais anteriores ao Código Civil já traziam com solidez e robusteza a, então, inovadora cláusula geral da função social do contrato. Faz-se referência, principalmente, ao Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que estatui as regras principiológicas fundamentais das relações de consumo.

8.5.3 Relações contratuais em O Mercador de Veneza

A leitura de *O Mercador de Veneza* torna-se mais instigante e enriquecedora pelo fato de Shakespeare ter composto uma trama com uma série de elementos de uma relação contratual.

Dentre estes elementos destacam-se o contrato de mútuo celebrado entre Shylock e Bassânio, tendo Antônio como fiador; a dívida do mutuário tendo como garantia a penhora dos bens e direitos advindos de sua atividade como mercador e exportador; a estipulação de uma cláusula penal; o contrato levado ao notário a fim de que, por meio da escritura pública, a cobrança da obrigação seja certa, líquida e exigível.

Com o vencimento da dívida e consequente inadimplemento das obrigações, pela impossibilidade de execução das garantias, uma vez que as embarcações de Antônio foram perdidas no mar, Shylock pleiteia em juízo a aplicação da cláusula penal prevista no contrato. A multa era uma libra de carne de Antônio, numa referência do autor à Roma antiga e à Lei das XII Tábuas que estabeleciam regras sobre a dissecção, pelo credor, do corpo do devedor que não satisfizesse suas obrigações.

O Mercador de Veneza, além de oferecer interessante enredo dramatúrgico e notável construção lírica típica das obras shakespearianas, encena, ao mesmo tempo, vários aspectos do universo jurídico e aborda questões como autonomia privada, contratos, obrigações, inadimplemento, garantias, registros públicos, processo, execução e mais uma miríade de temas quem são cuidados pelo direito.

8.5.4 O artifício de Pórcia

A parte final da peça mostra Salânio e Salério, amigos de Antônio, indo à cidade Belmonte avisar a Bassânio que o seu amigo perdera toda sua frota de embarcações e mercadorias e Shylock estava exigindo-lhe o cumprimento do contrato. Pórcia, se compadecendo, autoriza Bassânio a tomar a quantia que fosse necessária para pagar a dívida, podendo até ser o dobro ou o triplo do valor emprestado.

No Tribunal de Veneza, perante o Duque, Shylock nega receber de Bassânio o pagamento da dívida, ainda que por um valor maior. O judeu torna-se implacável e exige o cumprimento da execução da cláusula penal prevista no contrato. Do contrário, argumenta que as leis de Veneza não teriam força:

> SHYLOCK
> O meio-quilo de carne, que exijo dele,
> É comprado a alto preço: é meu e quero-o
> Se mo negarem, pior para a vossa lei!
> Não há força nos decretos de Veneza.
> Estou a pedir julgamento. Respondei-me: tê-lo-ei?

O Duque, em dúvidas, pede a opinião de Belário, um sábio jurista da cidade de Pádua, porém, no lugar do jurista chega ao tribunal Pórcia, vestida de advogado.

Pórcia surpreende ao argumentar que o contrato estabelecia como multa a retirada de uma libra de carne, mas não mencionava que Shylock teria direito ao sangue de Antônio. Caso Shylock derramasse o sangue de Antônio ou retirasse mais ou menos do que um libra, o judeu é quem seria condenado e como pena perderia sua vida e as suas posses.

A inversão argumentativa de Pórcia é capaz de livrar Antônio de um final trágico. Quanto à Shylock, por ser um estrangeiro e ter atentado contra a vida de um cristão, é condenado a ter metade de seus bens assenhorada por Antônio e a outra para os cofres públicos, além disso, sua vida fica à mercê do Duque, que acaba, por final, perdoando-o da pena de morte. Antônio renuncia ao direito de receber metade dos bens com a condição de que Shylock doasse todos os seus bens para sua filha Jéssica e que ele se convertesse ao cristianismo.

O artifício de Pórcia merece destaque ao, inicialmente, aduzir que a garantia da retirada da carne deve ser fielmente cumprida, porém ao final faz com todos se convençam é não é possível exigir o seu cumprimento, uma vez que, nos exatos termos do contrato, não estava previsto o derramamento de sangue do credor e a própria estrutura normativa de Veneza impedia a morte de um veneziano por um estrangeiro.

Fazendo esse paralelo, nota-se que a evolução da teoria geral dos contratos ao longo do tempo implicou em um amadurecimento do princípio da força obrigatória dos contratos, que agora deve ponderar uma nova gama de princípios aplicáveis.

O cumprimento da cláusula penal nos moldes desejados por Shylock levaria ao término da existência humana de Antônio, sendo efetivamente uma abusividade de direito e violação à função social do contrato, solução que não é mais admitida.

8.6 CONCLUSÃO

Com presente resenha literária buscou-se traçar a evolução histórica e principiológica do instituto civil do contrato, tendo como inspiração a obra shakespeariana que atravessou os séculos e permanece atual narrando as tramas que envolveram o contrato de empréstimo e garantia estabelecido entre Shylock e Antônio.

Historicamente o direito foi tido como um instrumento de opressão, porém contemporaneamente, observamos o advento de profundas evoluções, muitas delas gestadas a partir de reivindicações de movimentos populares da sociedade civil, as quais podem, agora, colocar o direito como instrumento de emancipação das gentes. Como neste trabalho, nas relações contratuais, constata-se que, com base na evolução histórica e principiológica do instituto civil dos contratos, a aplicação da máxima do *pacta sunt servanda* em casos de excessiva abusividade de direito, não pode prevalecer em detrimento dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, a leitura do clássico atemporal de Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, possibilita o alargamento da visão dos profissionais do direito, sendo um grande exercício de percepção da condição humana, fundamental a qualquer advogado. Tal afirmação também se aplica a outras obras literárias, de modo que a imbricação e proximidade entre o direito e a literatura devem ser sempre incentivadas em todas as instâncias.

8.7 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nª 10.406,* de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*: a era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORPUS JURIS CIVILIS. DIGESTO. *Digesto de Justiniano:* liber primus: introdução ao direito romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. [Trad.: Hélcio Maciel França Madeira.]

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. *História do direito português*. Lisboa: 1941. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreas.asp?Area=BibliotecaDigital>. Acesso em: 6 set. 2017. [Biblioteca Digital da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.]

GOMES, Orlando. *Contratos*.. 25. ed. (atual. Humberto Theodoro Júnior). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HENTZ, André Soares. Ética nas relações contratuais à luz do código civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. [Trad. José Cretella Jr., Agnes Cretella]

MARTINS-COSTA, Judith. *As Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de história do direito romano*. Coimbra, 1924. Disponível em:<http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreas.asp?Area=BibliotecaDigital>. Acesso em: 6 set. 2017. [Biblioteca Digital da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.]

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Instituições de direito civil*: contratos, v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Almada: Água-forte, 2002. [Trad. Helena Barbas.]

SHAKESPEARE, William; TAYLOR, Gary; WELLS, Stanley. *The Complete works of William Shakeapeare*: compact edition. Oxford: Clarendon, 1990.

9. LAVAGEM DE PROVAS DIGITAIS

David Zangirolami[1]

RESUMO: A lavagem de provas é um fenômeno recorrente no Direito Penal e, na contemporaneidade, este conceito expande-se para incluir a lavagem de dados ou provas digitais. Sendo assim, este artigo visa a discutir as implicações dessa prática para o Estado Democrático de Direito e para os cidadãos e a sociedade que enfrentam as consequências dessa ilegalidade. Considerando a lacuna legislativa relativa à punição específica para a lavagem de provas digitais, destaca-se a importância da aprovação da PL 4.939/2020, ainda que com ressalvas, como um esforço para garantir o devido processo legal e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de provas; Dados digitais; Lavagem de provas digitais; Proteção da privacidade.

9.1 INTRODUÇÃO

Pelo uso de método descritivo de pesquisa, apontamos inicialmente um problema recorrente no Direito Penal, ou seja, a lavagem de prova e contemporaneamente a lavagem da prova digital. Assim, destacamos suas consequências para o Estado Democrático de Direito, para o cidadão e a sociedade, vitimados por essa ilegalidade.

Após definirmos o conceito inicial das provas digitais e da lavagem dessas provas, passamos a identificar que o legislador, mesmo que discretamente desde a Lei n.º 9.296/96, as Leis n.º 12.965/2014 c/c os Decretos 8.771/2016, 13.709/2018 e pelo art. 5.º, LXXIX da Constituição Federal, sempre manteve uma preocupação com a proteção da privacidade, da vida privada, da honra, dos dados pessoais e da segurança na rede. Apesar de jamais ter usado a expressão “lavagem de dados”, a partir da PL 4.939/2020, vem-se tratando indiretamente do tema.

Dessa forma, caminhamos apontando que, apesar de o Judiciário reconhecer, em alguns julgados, a nulidade das provas ilícitas, não se interessou por indagar de que forma elas foram produzidas, introduzidas e utilizadas nos autos.

Constatamos que é absolutamente necessário, diante da ausência de punição específica para a lavagem de provas digitais, a aprovação da PL 4.939/2020 (com ressalvas), para a garantia do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

[1] Advogado, professor, palestrante, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal (UNESA), em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra/IBCCRIM), Pós-graduando em Direito Digital (UERJ/ITS), membro do IBCCRIM, membro do TED/OABRJ, Aceito como Membro Efetivo do IAB.

9.2 A LAVAGEM DE PROVAS

Tornou-se uma preocupação constante na defesa do Estado Democrático e do devido processo legal as frequentes violações por parte dos órgãos de persecução da cadeia de custódia das provas. Ocorrem tanto de forma culposa quanto, por vezes, de maneira dolosa em uma ação prejudicial que busca incluir provas ilícitas nos autos. Para isso, muitas vezes, é necessário "esquentá-las" ou, como defendido por Lopes Júnior[1], realizar a lavagem de provas, a fim de conferir a elas a aparência de legalidade necessária para a admissão no processo.

Esses atos dolosos são extremamente preocupantes para a segurança jurídica e, consequentemente, para a credibilidade do Judiciário. Processos que começam com elementos indiciários, em princípio, fortíssimos, acabam sendo anulados, resultando na absolvição dos réus quando se reconhece a lavagem de provas. O que é ainda mais preocupante é que, em alguns casos, os réus são condenados com base em provas ilícitas, o que vai de encontro aos artigos 5.º e LVI da Constituição Federal.

Observamos, por meio de pesquisas em fontes abertas, principalmente analisando julgados dos Tribunais Superiores[2], que a anulação desses processos, por tais motivos, nunca resultou em investigações sobre a lavagem dolosa de provas. Isso perpetua, nos órgãos de persecução, a crença de que qualquer método de produção de provas, por mais questionável que seja, não terá consequências para seus autores, mesmo quando revelado pelo Judiciário.

A nosso ver, trata-se de um crime contra a administração da justiça e deveria haver uma previsão legal para um novo tipo penal dentro desse capítulo, que abranja a conduta de introdução dolosa de provas ilícitas em inquérito policial, administrativo ou ação penal.

O artigo 347 do Código Penal prevê o crime de fraude processual. No entanto, acreditamos que se trata de uma variante desse tipo de crime que ainda não possui previsão legal específica, tornando-se, assim, atualmente uma conduta atípica.

É importante observar ainda que a lavagem de provas não é um tema novo no universo jurídico. Entretanto, com o crescimento da sociedade digital, acompanhamos esse fenômeno há mais de uma década e meia em alguns processos penais, especialmente, a partir das interceptações telefônicas, fundamentadas na Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996.

9.3 LAVAGEM DE DADOS ELETRÔNICOS

Os dados são observações eletrônicas documentadas ou resultados da medição.[3] Quando digitalizados, temos os dados digitais, sendo definidos, segundo o art. 5.º da Lei

[1] LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ARE 1316369/DF, HC 696510/PE. - Rcl. 36734/SP, HC 445088/SC, REsp 1701504/SC, HC 585564/MG, Relator Ministro Humberto Martins, 29 de março de 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=provas+il%C3%ADcitas+processo+penal&p=2&tribunal=stf&tribunal=stj. Acesso em: 11 out. 2023.

[3] UNICAMP. O que são dados. [s.d.]. Disponível etAcesso em: 29 jun. 2023.

n.º 13.709/2018, em dados pessoais, dado pessoal sensível, dado anonimizado e banco de dados.

Com base nessas premissas e definições, percebemos que a proteção de dados e da privacidade tem suas raízes na Constituição Federal, especificamente, no direito à privacidade, estabelecido no artigo 5.º, inciso X. Além disso, a Lei n.º 9.296/96, em seu artigo 10, já previa sanções para aqueles que interceptassem o fluxo de comunicações telefônicas, informáticas ou telemáticas. É importante assinalar que, em 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 115/2022.[4] Nesse sentido, entrou em vigor a necessidade de autorização judicial para acessar e utilizar dados, inclusive os armazenados em meios digitais, garantindo, dessa forma, a proteção deles nos processos.

Quando autorizado pelo Poder Judiciário, pela Lei n.º 9.296/96, para realizar interceptações telefônicas de qualquer natureza ou do fluxo de comunicação em sistemas de informática, o legislador e a maioria dos operadores do Direito desconheciam as formas de burlar, falsificar ou adulterar os dados. Isso inclui a inserção de conversas interceptadas ilegalmente, como se fossem autorizadas a adulteração de *e-mails* – seja inserindo, criando conteúdo ou extraindo conteúdo relevante para a defesa; a captura de informações retiradas do contexto para atribuir outro sentido; a criação de informações supostamente extraídas da nuvem do acusado; e, em resumo, a manipulação dos dados digitais, resultantes da comunicação telefônica, do fluxo de comunicação ou de sistemas de informática e telemática.

Enfatiza-se ainda que o fenômeno da inserção de provas ilícitas é algo conhecido no mundo jurídico. Mesmo em investigações policiais antigas, antes da Era dos Dados Digitais, já era evidente a presença de agentes públicos que, convictos de que os fins justificam os meios, recorriam a "todos os meios de prova", para garantir a condenação daqueles que consideravam culpados, recorrendo à lavagem de provas.

Esse atentado ao processo e à Constituição atinge um grau máximo de gravidade especialmente quando consideramos o potencial danoso e as inúmeras oportunidades oferecidas pelas provas digitais.

Os riscos envolvidos, como a lavagem de provas digitais e suas consequências, podem ser avaliados por meio de dados fornecidos pela *National Registry of Exonerations (NRE)*[5], que tem como objetivo fornecer informações detalhadas sobre as exonerações registradas nos Estados Unidos da América, desde 1989.

Sob suspeitas de manipulação de provas, um estudo, publicado nos Estados Unidos, no final de 2020, revelou conclusões alarmantes para aqueles que valorizam um processo justo e democrático. Das 2.400 exonerações registradas, a má conduta de agentes do Estado contribuiu para a condenação injusta em 1.296 casos (54%) das exonerações co-

[4] Art. 5.º "[...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

[5] NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. Annual Report, 2021. Disponível em: https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/2021AnnualReport.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

nhecidas. Dentre esses 1.296 casos, 1.064 (44%) envolveram a ocultação de provas favoráveis ao réu e, em 709 casos, a evidência ocultada poderia ter comprovado a inocência do acusado. Dos 1.296 casos de má conduta, 35% envolveram policiais e 30%, promotores de justiça.

Ainda, quanto à abundância de ocorrências, agora no Direito pátrio, Viviani Ghizoni da Silva[6], ao tratar do *fishing expedition,* ressalta que, "por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado".

O avanço tecnológico, a ascensão das redes sociais e a ampla disseminação da mídia, para mencionar apenas alguns, são ferramentas que ampliam, de forma exponencial, os estereótipos dos supostos criminosos. A divulgação pública de provas obtidas ilicitamente é uma prática característica do *lawfare*, na qual o acusador utiliza manobras maliciosas e manipuladoras para contornar o sistema jurídico, a fim de obter uma condenação a qualquer custo.[7]

9.4 MÉTODOS DE PROTEÇÃO DOS DADOS

Ao que tudo indica, a lavagem de provas e dados vem tornando-se um instrumento bastante comum. No caso de dados de nuvem e de interceptação telefônica, a complexidade e a volatilidade do conteúdo eletrônico arrecadado exigem restrita obediência às regras de preservação da prova ou não se prestam a fundamentar o complexo acusatório.

O principal objetivo, ao se documentar um determinado fato digital, é poder afirmar que o conteúdo exposto corresponde à realidade no contexto alegado. Para isso, é preciso ter cuidados para que sejam afastados questionamentos em relação à confiança da sua origem; à possibilidade de interferências maliciosas ou não à captação a partir de métodos inadequados; à sua manipulação posterior; e, ainda, à impossibilidade de realizar sua auditoria e verificação pela parte oposta.[8] [9]

A seguir, abordaremos algumas formas de garantir a integridade dos dados. Pelo código *hash,* pelo envio de *link* de acesso ao juízo e à defesa do mesmo material enviado aos órgãos de percussão penal, pelo envio de metadados e pela resposta das operadoras por meio dos ofícios, contendo data do início e fim da interceptação e os metadados do material coletado.

---

[6] SILVIA, Viviani Ghizoni da. Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão – um dilema oculto do Processo Penal. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora, 2022, p. 50.

[7] SILVIA, Viviani Ghizoni da. Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão – um dilema oculto do Processo Penal. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora, 2022, p. 57.

[8] SOUZA, Bernardo de Azevedo; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romulo, Manual prático de provas digitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, p. 54.

[9] Existem diversas situações em que há proteções suficientes contra alteração direta por terceiros, que impedem a parte de alterar o conteúdo antes do procedimento de coleta e preservação. Mensagens no *Facebook*, por exemplo, só podem eventualmente ser editadas ou removidas pelo usuário autor delas próprias. No *Google Drive*, plataforma para armazenamento de arquivos na nuvem, o usuário não consegue alterar as datas de envio e modificações do arquivo. Portanto, podemos afirmar a confiança na origem dessas informações. INICAMP. O que são dados. [s.d.]. Disponível em: https://www.ime.unicamp.br/~hildete/dados.pdf. Acesso em: 29 jun. 2023.

O código *hash*, por exemplo, demonstra que as empresas que enviam os dados garantem, a quem desejar conferir posteriormente, que os dados disponibilizados são íntegros e qualquer alteração de texto (como tirar uma vírgula) alterará o código original e não permitirá que uma nova extração de *hash* tenha a mesma sequência alfanumérica original. O código *hash* está para o Direito Digital como meio de garantia da prova, como o filme estava para fotografia na Era Analógica.

Assim, para garantir a integridade e conformidade dos dados fornecidos pelos órgãos de persecução penal, é necessário exigir que as empresas consultadas pelo Judiciário sempre preservem o *link* para *download* do material original, seus metadados e os códigos *hash*. Após, é necessário fornecê-los diretamente ao Tribunal para imediata inclusão nos registros judiciais e estarem com disponibilidade aberta para a defesa, não se limitando apenas aos órgãos de persecução penal, como é comum atualmente. Isso é importante, devido às recorrentes recusas de acesso à defesa, quando solicitado pelo Judiciário.

Os dados resultantes da quebra de sigilo telemático devem, portanto, ser baixados a partir do *link* enviado pelas empresas provedoras, acompanhados por uma assinatura digital de segurança, conhecida como "código *hash*".[10] Essa assinatura digital garante que as fotos, as mensagens, as imagens, entre outros, permaneçam íntegros, especialmente durante a análise pericial da polícia e posterior confrontação pela defesa.

Por sua vez, os metadados são definidos como informações, marcos ou pontos de referência que permitem circunscrever a informação sob todas as formas. "Metas" é um termo que vem do grego e significa "além de", ou seja, além de uma foto digital ou *e-mail* que se apresenta como prova pelos metadados, ou seja, além do visível, pode-se confirmar a origem, o dia, a hora, o local, o tipo de máquina, o IP, enfim qualquer informação além do óbvio ou aparente que ateste a veracidade do apresentado.

Assim, reiteramos que, em todas as operações que envolvem as empresas provedoras, é imperativo que estas reenviem ao tribunal responsável pela ação os *links*, contendo os arquivos originais para fins de verificação.

O pleito justifica-se não apenas porque a defesa, como se sabe, tem o direito de acessar a mesma informação que a acusação (Súmula Vinculante 14/STF), mas também porque qualquer defesa tem o direito de não reconhecer os arquivos, supostamente constantes na nuvem, existentes em HD dos órgãos persecutórios, como verdadeiros ou fidedignos.

Outra maneira de preservar a integridade dos dados, especialmente para certificar a

[10] "O código HASH é o resultado de um algoritmo matemático que produz uma sequência de caracteres pequena (normalmente de 32ª 256 caracteres), com base no conteúdo de um determinado arquivo. Caso seja feita qualquer alteração desse conteúdo, a sequência de caracteres sofre uma mudança drástica em seu conteúdo [...]". Há diversos algoritmos para o cálculo do HASH, sendo necessário avaliar se têm confiança suficiente para manutenção da integridade do arquivo. Atualmente, os algoritmos SHA256, SHA512, SHA#-512 são suficientes para a maioria das aplicações; já algoritmos, como MD5 e SHA1, não são suficientes se forem usados de forma isolada, pois permitem a geração de um código idêntico para arquivos com conteúdos diferentes. VALE, Sávio. Confira a definição, funcionamento e aplicações do Hash, função popular da criptografia. Voitto, 27 de junho de 2020. Disponível em: https://www.voitto.com.br/blog/artigo/o-que-e-hash-e-como-funciona. Acesso em: 23 jun. 2023.

legalidade da interceptação de chamadas telefônicas, é assegurar que as operadoras sejam obrigadas a fornecer as respostas dos ofícios com informações detalhadas sobre a quebra de sigilo. Isso inclui o registro dos terminais interceptados, com a data de início e término da interceptação. Além disso, é fundamental que os originais das interceptações e seus metadados correspondentes sejam mantidos em arquivo para possíveis verificações futuras.

As indigitadas informações têm caráter *erga ominis*, já que, uma vez juntadas, todos os réus poderão utilizá-las para certificarem-se da correta aplicação da lei no que tange às interceptações, início, fim e veracidade.

Deve-se observar que, por princípio de lealdade processual, informações como essas deveriam sempre ser disponibilizadas em todos os processos, sem sequer a necessidade de serem pleiteadas. Porém, em algumas situações, só são obtidas mediante *habeas corpus*.

A ausência de apenas um desses elementos de segurança jurídica demonstra, por si só, o cerceamento de defesa, fere a cadeia de custódia das provas e o devido processo penal.

A doutrina e a jurisprudência pátrias, apesar de ocasionais e saudáveis dissonâncias, consagraram o entendimento de que as regras processuais devem ser respeitadas sem, contudo, que sua interpretação e aplicação tenham o condão de restringir o exercício da ampla defesa.

Portanto, a aplicação das regras processuais penais não deve ser um artifício para restringir a produção de provas de defesa, pois isto acarretaria a reversão do princípio do devido processo legal em um processo inquisitório severo, ao passo que a garantia da ampla defesa se tornaria uma imposição de ampla e irrestrita acusação.

Vale lembrar que nenhum acusado deve ser condenado sem o devido processo legal que garanta, além da ampla defesa, o contraditório, com todos os recursos inerentes ao exercício defensivo.

Por outro giro, a garantia do contraditório implica a obrigatoriedade do enfrentamento da prova, o que, de certo, vem sendo injustificadamente cerceado pela não exibição dos ofícios de resposta e pelo amplo acesso aos metadados.

O próprio TJRJ já se manifestou sobre a necessidade de existência desses ofícios[11], como forma de garantir a cadeia de cautela das provas, ao declarar cerceada a defesa, quando um magistrado de 1.ª instância não permitiu que as operadoras apresentassem os referidos ofícios a tempo.

No mesmo sentido, no HC 99646/RJ, de 9 de fevereiro de 2010, o Ministro Marco Aurélio, que fora o relator, ponderou sobre o tema[12], devendo ser destacado o seguinte:

[11] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC: 00259302020208190000 202005918691, Relator: Des(a). Maria Sandra Rocha Kayat Direito, Primeira Câmara Criminal, 16 de julho de 2020. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D4FA922D8F42398D9EB3CE5D9EE6C592C5025D34483A. Acesso em: 20 maio 2023.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Documento Informativo. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo574.htm. Acesso em: 13 maio 2023.

> Em seguida, asseverou-se que fora transferida à defesa atividade impossível junto às empresas de telefonia: lograr, por iniciativa própria, os elementos que cercaram a interceptação para constatá-la fiel, ou não, à determinação judicial. Enfatizou-se, ainda, que a situação dos autos revelaria risco de vir à balha sentença condenatória, sem viabilizar-se à exaustão o direito de defesa.

Para darmos continuidade ao artigo, o foco passa a estar na importância da proteção à integridade dos dados.

9.5 IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO A INTEGRIDADE DOS DADOS

Proteger a integridade dos dados, gerados das interceptações telefônicas, ambientais, do sistema de informática e telemática, é proteger a lisura processual e, por consequência, o devido processo legal, o contraditório e a garantia do Estado Democrático de Direito.

A sociedade deveria ter absoluta segurança quantos aos órgãos de persecução e confiança na colheita das provas, o que efetivamente não ocorre hoje. O que se espera do Estado é absoluta lisura nos métodos investigativos. A perda da cadeia de custódia das provas, pelas diversas razões comentadas acima, afronta os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, bem como afronta a Constituição nos mais elementares princípios democráticos.

Para que isso não ocorra, ou ao menos seja evitado, é imprescindível que as partes tenham amplo acesso a todos os dados de armazenamento, que haja preservação da integridade de todas as provas produzidas e disponibilizadas, os seus originais em paridade de armas.

Quando constatada a perda de credibilidade nas provas produzidas, deve se tomar o devido cuidado com essas fontes de prova obtidas, não apenas pela impossibilidade dos réus em contraditar tais elementos, mas também porque, na maioria das vezes, os acusados ficam “nas mãos” do Estado-acusação, já que o elemento probatório, além de produzido pelo órgão acusador, fica sob seus cuidados.

Desse modo, “o tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório; há que ser ‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório.”[13]

A preservação das fontes de prova, pela manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da conexão de antijuridicidade da prova ilícita, consagrada no artigo 5.º, inciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita.

Nesse sentido, como explica Geraldo Prado[14], existe um sistema de controle epistêmico da atividade probatória que assegura (e exige) a autenticidade de determinados

[13] LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.
[14] PRADO, Geraldo. Prova Penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16-17.

elementos probatórios. O cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a contaminação por erros na manipulação das provas, assim como impedir a manipulação indevida da prova, com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova.

No entanto, esse fundamento vai além da mera análise da boa ou má-fé dos agentes policiais ou estatais que lidaram com a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas, sim, de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova, independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independem da prova de má-fé ou 'bondade e lisura' do agente estatal. Do contrário, ficaremos sempre na circularidade ingênua de quem,

> acreditando na 'bondade dos bons' (Agostinho Ramalho Marques Neto), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder, exigindo que se demonstre (cabalmente, é claro) uma conduta criminosa e os 'motivos' pelos quais uma 'autoridade' manipularia uma prova [...] Eis a postura a ser superada.[15]

No meio digital, uma verificação de integridade é uma maneira de medir a consistência de uma coleção de dados (um ficheiro, uma imagem ou um registro de *e-mail* ou qualquer conversa ou gravação). A verificação de integridade executa um processo denominado "função de *hashing*", para tirar uma síntese (*hash*) dos dados em um instante no tempo. A verificação da integridade usa essa síntese para garantir que os dados permanecem inalterados.[16]

9.6 O RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE UMA NOVA TIPICIDADE

Partindo-se, por princípio hermenêutico, da norma geral para a especial, atualmente nossa legislação penal prevê, no Título XI, Capítulo III, os crimes contra a administração da justiça.

O objeto jurídico tutelado é a credibilidade de um dos poderes da república, zelando, assim, por sua credibilidade, integridade e eficiência. Portanto, ao observar o artigo 347 do Código Penal em sua redação, temos o núcleo do tipo "inovar" que tem o sentido de incluir ou excluir elemento ou prova capaz de modificar o estado de lugar (local do crime) de coisa (instrumento usado no crime de forma direta ou indireta) ou de pessoa, com o fim de induzir em erro o juiz ou o perito.

[15] LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. A importância da cadeia na custódia para preservar a prova penal. Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal. Acesso em: 19 maio 2023.
[16] CONTENHUB NETACAD. Legacy. Disponível em: https://contenhub.netacad.com/legacy/CyberEss/1.1/pp/index.html#2.2.2.3. Acesso em: 19 out. 2023.

Além disso, não enxergamos a possibilidade de incluir a alteração de dados como um elemento de proteção primordial da norma, uma vez que o núcleo do tipo "inovar" está estritamente vinculado à modificação do estado de lugar, de objetos ou pessoas.

É importante notar que os artigos 10 e 10-A da Lei n.º 9.296/96 estabelecem que constitui crime a interceptação de comunicações telefônicas, informáticas ou telemáticas, bem como a promoção de escutas ambientais ou a quebra do sigilo da justiça sem autorização judicial. Da mesma forma, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, para fins de investigação ou instrução sem autorização judicial, configura um crime. Nesses dispositivos, não há qualquer menção à inclusão de dados nos autos, com a intenção dolosa de produzir prova.

Analisando a Lei n.º 13.709/2018, notamos que não há qualquer previsão de punição penal para a lavagem de dados. O que percebemos, na referida Lei, é a definição dos dados que podem ser tratados, os fundamentos para a proteção dos dados pessoais, requisitos para o tratamento de dados, direito sobre os dados, entre outros fundamentos.

Igualmente, entre as muitas alterações legislativas, não houve a capitulação desse crime grave de lavagem de dados na Lei n.º 13.964/19, popularmente conhecido como "Pacote Anticrime", nem mesmo na PL 4939/2020, em tramitação, que dispõe sobre as diretrizes do Direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção de provas digitais na investigação e no processo.[17]

Dessa forma, ao estabelecer um paralelo entre as quatro leis mencionadas, notamos que somente a Lei n.º 9.296/96 teria alguma relevância no contexto da lavagem de dados, em sua primeira fase de execução, entretanto não oferece previsões para as etapas subsequentes do processo de lavagem de dados, com o fim específico de ser utilizado como prova.

Consequentemente, no que se refere à lavagem de dados, especialmente por meios telemáticos na nuvem, com a inclusão de informações e dados falsos, a fim de induzir em erro o juiz, perito ou órgão administrativo, com objetivos punitivos, carecemos de uma base legal que permita a punição, devido ao princípio da legalidade.

9.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstramos que a lavagem de provas é um fenômeno histórico, enquanto a lavagem de dados é uma realidade contemporânea, ainda carente de uma previsão legal para punição. Diante das consequências dessas práticas, com impactos diretos na liberdade de pessoas, na perda de patrimônio por terceiros, na correta administração da justiça, bem como na sua credibilidade e no equilíbrio democrático, é imperativo que o Projeto de Lei n.º 4.939/2020[18] seja debatido para criminalizar essa afronta à dignidade da justiça.

[17] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4939/2020. Dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264367. Acesso em: 09 out. 2023.

[18] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4939/2020. Dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e

O artigo 31 da PL 4939/2020 foi assim redigido:

> Art. 31 Falsificar, omitir, introduzir, modificar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir em um tratamento de dados, produzindo informação ou seu registro documental ilícito, no todo ou em parte, para que seja considerado ou utilizado para finalidade juridicamente relevante.
>
> Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.
>
> § 1º Se a informação é gerada originalmente por pessoa jurídica de direito público interno ou estrangeiro.
>
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa.
>
> § 2º Se o intuito for a obtenção de vantagem econômica indevida:
>
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> § 3º Elaborar, produzir, importar, distribuir, vender ou possuir para fins comerciais qualquer dispositivo eletrônico, sistema informático ou código malicioso que permita o acesso a meio de pagamento.
>
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa.
>
> § 4º Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo.
>
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa.

Compreendemos que a redação pode ainda ser aperfeiçoada, para inclusão de um parágrafo quinto no referido artigo, com a seguinte redação.

> § 5º Se, qualquer dos núcleos dos tipos do *caput* deste artigo forem cometidos, com o fim específico de produzir prova junto a processo administrativo disciplinar, inquérito policial ou ação penal.
>
> Pena – Reclusão, de 6 a 12 anos, e multa.

Assim, reconhecida a lavagem de dados como fenômeno contemporâneo, a experiência vem nos mostrando que a ausência de punição desses atos, ou seja, a impunidade dos agentes em ações dolosas de lavagem de dados vem gerando um aumento exponencial nessas ações de "invasão de acervo digitais de indivíduos, escritório de advocacia, aparelhos telefônicos, redes sociais, com posterior busca e apreensão como mecanismo de 'lavagem' da obtenção ilegal",[19] conforme bem assinalado por Alexandre de Morais.

no processo, além de outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264367. Acesso em: 09 out. 2023.

[19] SILVIA, Viviani Ghizoni da. Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão – um dilema oculto do Processo Penal. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora, 2022, p. 94.

10. PONTES DE MIRANDA: À MARGEM DO DIREITO, SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO, INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA E AO TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Ednardo C. Benevides[1]

RESUMO: O presente artigo faz-se necessário na medida em que se constata: é preciso resgatar o legado do mestre dos mestres Pontes de Miranda. Fatalmente, o tempo distanciou as obras de sua autoria da comunidade jurídica. Assim, o presente artigo se presta a ser, verdadeiramente, um convite ao universo de Pontes de Miranda. Diante das mais variadas contribuições do autor, e especialmente da profundidade com a qual tratou os temas que tratou, é mister trazer essa fonte cultural para a formação do operador do direito dos tempos de hoje. Sejamos, com o acervo bibliográfico de Pontes de Miranda à mão, verdadeiros cientistas sociais. Despojemo-nos de preconcepções e subjetivismos para compreensão desse processo de adaptação social do homem chamado direito.

PALAVRAS-CHAVE: Pontes de Miranda; Introdução; À Margem do Direito - Introdução à Política Científica; Tratado de Direito Privado.

10.1 INTRODUÇÃO

É trabalho singular, na menor das hipóteses corajoso ao tempo de hoje, aventurar-se no legado deixado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Após certo tempo de análises, pesquisas, leituras reiteradas, pode-se afirmar que na menor das hipóteses trata-se de um autor oceânico. Diz-se oceânico também pela dimensão, mas especialmente pela profundidade. Nenhum outro antes, nenhum outro agora, foi ou é capaz de materializar com a proeza do alagoano a definição de conceitos, a correlação entre eles nas mais variadas searas do conhecimento. Ávido defensor da ciência, colocou-se objetivamente na diante das relações, diante das várias naturezas.

Lê-lo, em primeiro contato, pode parecer complexo. Ocorre que a complexidade, sustenta-se, é aparente. Haverá complexidade sim, em comparação com outros autores. Seriam eles mais didáticos? Sustenta-se pela negativa.

O fato é que Pontes de Miranda tem a sua própria didática, um modo peculiar de expor suas ideias, de expor sua forma de ver o mundo. Privilegiados somos todos nós brasileiros de poder ter tido expoente de sapiência como outro ainda não se tem conhecimento. É justamente em prol do resgate que se esboçam essas breves linhas, parcas frases que tentam levantar o estandarte no qual se lê Pontes de Miranda. Ele merece, indubitavelmente, é mais do que merecida a homenagem.

[1] Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

Pode parecer um autor ingrato com seus leitores, porque exige deles, logo de início, que tragam consigo uma série de conhecimentos, um verdadeiro arcabouço conceitual, para que o trazendo, o leitor tenha a possibilidade de captar os vários institutos que são apresentados. Há verdadeiramente uma exigência de capacidade cognitiva para processar ao mesmo tempo uma série de elementos, mas não se pode olvidar que essa torrente se compensa com o esmiuçar dos institutos tratados. Note-se, pois, que o autor se preocupa também em manter o leitor nas proximidades, de forma que constantemente fornece uma mão amiga, como que para o caminhante em apuros.

Pois aqueles que não o tiverem, que não se exasperem. Nem mesmo cometam o mortal equívoco de considerá-lo inatingível, verdadeiramente, por ininteligível. Em verdade, o que o autor faz é colocar o leitor em posição, posição essa que reforça e verdadeiramente aproxima o leitor de suas obras: O autor está a exigir que o leitor seja, um cientista de si mesmo. Ser um cientista de si mesmo.

Há que se meditar sobre essa frase, e ao fazê-lo, inicia-se o processo que nos aproxima do Universo de Pontes de Miranda. Despersonalizemo-nos, pois.

O autor pretende que se abandonem as crenças pré-constituídas. Certamente, trata-se de um preâmbulo epistemológico. Pontes de Miranda não se lê questionando-o, comparando-o, exigindo-lhe. Lê-se primeiro para entender como ele coloca as ideias, como constrói as frases. Nesse entendimento repousa a permeabilidade aos seus pensamentos. Há um estilo, sobretudo autêntico. Estilo esse que nos obriga a ter fôlego para uma longa caminhada, longa caminhada essa que não admite atalhos. Cada palavra, cada letra e até mesmo cada vírgula tem a sua razão de ser e de estar.

A pretensão de resumi-lo, robustecida face as enciclopédias feitas por ele literalmente aos montes, é em vão. Tratar-se-ia de verdadeiro aniquilamento. O que o autor pretende é, verdadeiramente, trazer o leitor para o seu Universo, Universo esse que tem toda uma sistemática própria de funcionamento, verdadeiro organismo complexo no qual cada estrutura tem a sua razão de existir. É preciso, pois, perceber o ritmo, e bailar serenamente na cadência dessa marcha que nos leva não apenas para o desconhecido, mas concomitantemente, para dentro de nós mesmos. Poético, assim como também fora o autor em livro que serve como demonstração de sua sensibilidade.

Sob esse aspecto, como apontado anteriormente, Pontes de Miranda escreveu sob a temática de diferentes áreas. Também por isso se presta o presente trabalho, de apresentar alguns títulos os quais acabaram por se desprotagonizar com o passar dos anos, crê-se que em virtude da propagação e influências das obras de cunha eminentemente jurídico. Ocorre que, verdadeiramente, o que se constata fazendo uma análise abrangente sobre a bibliografia do autor é que houvera uma preparação, uma pavimentação que se fizera necessária para a abordagem de outros institutos, o que se pode constatar na fase mais madura do autor. O que se observa, de igual modo, é uma coerência na maneira de pensar. Esse de-

talhe é importante destacar: Em mais de 60 (sessenta) anos é uma trajetória coerente com os basilares, ou seja, um caminho de aperfeiçoamentos.

Aventada a ocorrência de contradição no pensamento de Pontes de Miranda é, em verdade, compreensão parcial de suas ideias, compreensão parcial na forma com que as ideias são expostas.

As ideias expostas quase sempre são acompanhadas com citações das cátedras de seu tempo, e em algumas passagens o autor não apenas cita e transcreve os trechos que entende oportuno, mas também tece seus argumentos fundamentando o porquê de se endossar ou de rechaçar o pensamento trazido na exposição de suas ideias. Observa-se com isso que o autor leu antes e traz para seus leitores os pontos que entende relevante para a compressão dos institutos. Não se trata, pois, de mera exposição conceitual, mas sim de construção enriquecida pela exposição de mais um autor. Isso é, Ponte de Miranda não faz uso apenas do direito comparado, como também de autores comparados.

A seguir, serão citadas algumas obras do autor, as quais foram consideradas indispensáveis para se construir um sólido panorama sobre ele. O objetivo não é esgotar os temas tratados em cada um dos títulos.

A necessidade que se revelou foi trazer para os brasileiros as ideias de Pontes de Miranda para os debates, para as construções de pensamentos ao tempo de hoje. É, em síntese, uma obra de resgate.

O resgate a que se propõe o presente foi a partir da seleção de alguns títulos, os quais foram considerados de extrema importância para se iniciar a caminhada no Universo Pontes de Miranda. Por sabidas razões, o intuito não tem a pretensão de esgotar os temas tratados nos respectivos títulos, mas de maneira breve, expô-los para evidenciar o quão necessários são para a comunidade jurídica, especialmente levando-se em conta que os autores clássicos e suas respectivas obras têm perdido o devido valor que possuem.

10.2 À MARGEM DO DIREITO[1] (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1912)

Trata-se de um ensaio de psicologia jurídica. Nesse primeiro livro de Pontes de Miranda, o autor sinaliza os elementos que vão acompanha-lo por toda caminhada de sua vida. É interessante a perspicácia com a qual ele esboça – esboço esse já demonstrando o fôlego natural com que escreve – o que virá pela frente. É como se fosse um passo a passo necessário para poder se captar com a profundidade os outros elementos que seriam abordados em obras futuras.

Não se pode olvidar que Pontes de Miranda foi influenciado pela escola de seu tempo, motivo pelo qual, o cientificismo – de maneira abrangente – forneceu-lhe o impulso para enveredar o Direito sob um enfoque de igual natureza.

[1] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

A defesa do Direito, como ciência, é voz uníssona em suas obras. Na citada obra, o Direito na verdade é inicialmente uma consequência de um costume, uma prática social reiterada. Há, pois, a tratativa do Direito como elemento de produção eminentemente social, surge pois a partir das interações, das relações estabelecidas em sociedade. Em verdade, antes até, pois vai buscar na psicologia o termo inicial do Direito. O Direito não é, pois, independente, alheio, não se trata de prognóstico, mas de exemplo claro de um fenômeno comum a todas as sociedades, das relações estabelecidas, na mesma esteira do que escrevera Ulpiano.

A sociedade, a mecânica social, a cadência das relações sociais. Não se podem desmembrar esses elementos do Universo de Pontes de Miranda.

É o verdadeiro preâmbulo sobre o qual é erguido o edifício de suas ideias. O costume, nesse ambiente, é o que o autor defende como a causa primeira do Direito. Note-se:

> (...) que a psicologia é para a sociedade o que a química para os seres vivos, ou, melhormente, que o direito é coisa imitativa: copia o modelo antigo, o modelo de hoje e imita-se a si mesmo. A lei, a regra civil, e juridicamente obrigatória, vai buscar fundamento, em todo o curso de sua formação primária, no costume, no modo de operar do corpo social, às vezes modificado nas interpretações judiciárias.[2]

Essa tratativa, por si só, confere a Pontes de Miranda. O Direito como processo de adaptação social. Assim sendo, e partindo desse ponto todos os outros elementos tratados pelo autor adquirem uma vestimenta especial, especialmente quando se pululam teorias que tratam o Direito como um juízo de imputação, com caráter deontológico. Pois não apenas o costume inaugura o pensamento do autor, mas sim, verdadeiramente, os elementos psíquicos que o formam.

Para fins didáticos, criou-se um esquema no qual o passo a passo é feito. Note-se:

Pelo esquema acima, evidencia-se que, mais do que a importância dada ao costume em si, é identificar de que modo ele surge, trazendo para a construção do raciocínio a psicologia. É nessa linha que o autor vai defender que o Direito trata-se de um processo de imitação. Não imitação pura e simplesmente, atente-se, mas uma imitação que se gene-

[2] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

raliza. Diante disso, surge a centelha primeira, que é aquela que investiga as emoções, as origens das emoções. Note-se:

> (...) O que se chama psicologia, entretanto, não é o estudo da "música em si", como pondera elegante escritor, mas "em seus efeitos psíquicos", não é a colheita de leis que obedece a harmonia dos sons e do silêncio, mas a investigação das emoções que a produzem, dos sentimentos que a determinam.[3]

Como o presente trabalho se propõe não a esgotar o título, mas pinçar os elementos os quais se destacam, evidenciam-se na compreensão de Pontes de Miranda, passa-se à parte em que são tratadas as Leis, e direciona-se especialmente àqueles que as fazem. Note-se:

> As leis não são produtos da inteligência individual, cujo mister é fabricar objetos, "de instrumentos fazer instrumentos", variando indefinidamente a fabricação; não é o *homo faber* que as imagina e cria: legislar é muito menos que inventar, e talvez muito mais...Quem legisla, não produz nem cria, não inventa nem constrói, descobre, ao muito, "um processo de ciência social". E assim acontece a todas as formações sociais. O Estado, por exemplo, "pessoa política organizada da nação num país determinado" não é o resultado da vontade construtiva dos juristas: existe nos fatos, manifesta-se sob as linhas essenciais de uma associação bem definida.[4]

A tantas da leitura, o autor, como lhe é próprio, após conceituar os elementos, entrelaça-os, para que os polinômios agregados formem outro conceito, este maior do que a soma dos que o compõe. Note-se:

> (...) O costume, que é lastro basilar na formação da lei, explica-se psicologicamente: o fato mental que se repete ganha em energia social, adquire ação mais intensa, de modo que as sociedades se reservam forças pela repetição sucessiva, que se alonga e se vigora e se retempera e se expande, dando ao costume por fim poderio e obrigatoriedade. É a solidariedade então engendrando normas de proceder, a que os indivíduos obedecem nas relações diretas com a sociedade ou entre si. A idéia rudimentar, o sentimento, que lhe é anterior, e a imitação, que é o processo, são cabedais existentes no psiquismo social, que se encorpam pouco e pouco, até que se manifestem vitalidade nos atos ou na consciência coletiva, - o que equivale a aprofundar progressivamente o seu poder de ação até que se informem e se objetivem no enunciado verbal de uma lei.

Diante dos trechos trazidos, fica claro que a lei só se pode ser genuína quando simpática, afeta, quando verdadeiramente relevadora do corpo social que a produziu. De maneira oposta, o autor trata do que chama de lei falsa. Note-se:

> A falsidade da lei verifica-a sua inaplicação, o fato denunciador do desrespeito popular: não tem função social, por isso mesmo que a mão respeitam os homens. Se não concretiza o uso, se não representa o produto das necessidades existenciais de um povo, por mais enérgica e prontamente que se faça respeitar, sujeitando os indivíduos a seus ditames arbitrários, não

[3] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.
[4] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

> influi nem modifica, não minora nem reanima os males sociais a que aplica: nasceu da lógica racional, e a sociedade não a entende, porque suas regras de conduta são oriundas, em grande parte, de uma lógica mais requintada e mais confusa, a lógica do sentimento.[5]

Desta feita, pelo que se pode inferir, o autor procura fundamentar a sua concepção de Direito tratando-o como um produto, produto do que uma sociedade é capaz de produzir a partir de costumes, estes oriundos a partir de generalizações de ações imitadas, isso é, assimiladas pelo corpo social. De certo, não é frequente essa abordagem, razão pela qual especialmente a leitura das obras deixadas por ele se faz mister na busca por um Direito que lide harmonicamente com a sociedade que o produziu na busca pelo equilíbrio.

Construiu-se, para fins de didática, quadro que exemplifica o que se pode extrair da leitura da obra ora em comento. Note-se:

10.3 SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1922)

Essa obra, publicada no ano das comemorações pelo centenário da independência, marca em contornos profundos a dedicação em se objetivar o processo de revelação do Direito, tratando-se de verdadeiro processo científico. É no mínimo de se espantar, em primeiro momento, constatar o ano da publicação e a interação, bem como a quantidade de elementos trazidos na busca por um processo objetivo de revelação do Direito partindo-se de uma concepção ontológica. Frise-se esse ponto, pois é imprescindível tê-lo sedimentado para valorar como valorou o autor a tratativa do Direito.

Os institutos tratados revelam um imenso instrumental. É assim que se coloca. Instrumental. Antes de ter-se o direito enquanto norma, enquanto texto legal, o autor prepara o terreno. Talvez, no máximo, plante as sementes. Mas se reforça que em verdade o que

[5] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

há é uma verdadeira e extensa preparação do terreno a instrumentar os textos que se hão de surgir. Não é, pois, tarefa fácil.

Se não o é lê-lo, não poderia sê-lo buscar a esmo outra obra qualquer e supor extrair dali os conceitos, conceitos válidos, certamente, mas para com os quais é necessário ter o instrumental, especialmente o que de pretérito se escreveu e como se escreveu, a indicar a exposição de valores que se fazem necessários para o correto trato com o Direito.

A influência da doutrina alemã é algo que se familiarizando com o autor se percebe uma constante. Por isso, a preocupação com os conceitos, com a definição dos conceitos é da mesma forma uma constante. O instrumental revela-se elementar. Ainda que como obras de consulta, sempre é válido ter o autor por perto. O autor comunga várias outras fontes na pavimentação do caminho que constrói e com isso o leitor tem, em que pese as várias ideias que concomitantemente são tratadas, enriquecedor material, fonte sobretudo de elementos que foram não somente conceituados, definidos, mas também da relação entre eles.

"Observar os fatos e descobrir-lhes as uniformidades, tal é a missão do cientista."[6] Como anteriormente apontado, é esse o perfil do autor. Verdadeiro cientista, que não se prende aos subjetivismos, às crenças, ou às paixões. O intento é sempre investigar, mas investigar dissociando-se de apegos.

As possibilidades que existem, as especulações que se formam vão sendo desbastadas, vão sendo postas ao método científico a fim de extrair, sempre que possível; o que lhes é objetivo.

Sempre defendendo uma abordagem sociológica do Direito, o autor no prefácio da obra mais uma vez sustenta, em vezes em tom franco e direto. Note-se:

> O direito tem de ser estudado nas realidades, e não como fazem quase todas as escolas. Nem a estreita e infecunda análise das leis, o que equivale ao absurdo de pesquisar determinado fenômeno fisiológico na secreção de outro órgão; nem a perigosa e vaga estratégia introspectiva, em que se comprazem certos filósofos. [7]

E de igual forma, reiterando a abordagem do Direito como processo de adaptação social do homem.

Note-se:

> (...) Tanto quanto possível, procuramos, com a verdade que nos podem dar os tempos atuais (e quanto tem o homem que investigar e descobrir!), servir à formação da mentalidade que é preciso conseguir-se para acharmos a solução que nos adapte às novas extensões da vida social. Sem o fator-mentalidade, é nenhuma a eficácia do fator-organização. Conhecer para se convencer, e depois atuar.[8]

---

[6] MIRANDA, Pontes de. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO**. Campinas: Bookseller, 2005.1v.

[7] MIRANDA, Pontes de. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO**. Campinas: Bookseller, 2005.1v.

[8] MIRANDA, Pontes de. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO**. Campinas: Bookseller,

O que se observa é a coerência com o escrito em obra anterior já citada, À margem do direito, no qual, no item V. Conclusão: "O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica..."[9]

A tantas do presente trabalho, evidencia-se que não se trata de mera curiosidade lidar com o legado de Pontes de Miranda. Face os percalços, a quase solidão em meio à multidão de outros que não valoram o que é mister valorar, seria muito mais fácil abandonar a empreitada, seguir por caminhos mais fáceis, buscar atalhos. Pois o que se constata é que com o autor não é possível trajetórias tranquilas. As trajetórias são certas, cientificamente objetivas.

A genialidade de Pontes de Miranda está também em apresentar o instrumental objetivo para revelação do Direito. Se o Direito acompanha as sociedades, as mudanças delas, alguns ingênuos poderiam crer que a literatura ponteana estaria superada. Em verdade, essa conclusão não passa de um entendimento parcial do legado deixado por ele. O instrumental, aqui tão evidenciado, ainda se presta a auxílio.

É preciso, como antes escrito, entender a forma com a qual Pontes de Miranda apresenta suas ideias e especialmente, como as desenvolve. A questão não é eminentemente acadêmica, há pragmatismo em suas obras.

10.4 INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA (ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1924)

Curiosamente, essa obra fora publicada em 1924, dois anos após a publicação de Sistema de Ciência Positiva do Direito. Trata-se, em constatação, de um preâmbulo, para divulgação e popularização dos elementos outrora tratados, ainda que publicado posteriormente. Sugere-se, pois, antes de debruçar-se sobre o Sistema, ter em mãos Introdução à política científica.

Nessa obra, é mister tratar dos seguintes elementos: princípio da integração e dilatação dos círculos sociais: A figura geométrica do círculo – não se esqueça a origem matemática do autor – é trazida para a construção das ideias na medida em que é a forma mais simples de se demonstrar envolvimento, relação – uma contínua na obra de Pontes de Miranda. O contato entre dois seres distinto inaugura, ainda que inconscientemente, o universo das regras. Em proporções maiores, o que era indivíduo passa a ser povo. Note-se:

> Assim, ao povo A é possível: aumentar a intensidade e valor da sua cultura, sem se expandir, o que concorre para a *integração* do círculo existente ou intensificá-la a expandi-la, o que o *integra* e *dilata*, ou, ainda, dilatá-la sem novos recursos de *integração*. Na ordem política, integram-se os círculos dos impérios quando estes se formam e organizam, e, simultaneamente ou depois, se expandem nas expressões guerreiras ou pacificamente absorventes dos imperialismos. [10]

2005.1v.

[9] MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

[10] MIRANDA, Pontes de. **INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

O princípio da progressiva diminuição do *Quantum* Despótico é a consolidação da preocupação com a existência das sociedades. É, de certa forma, crê-se, verdadeiro termômetro das democracias.

Se o *quantum* despótico com o passar do tempo vem aumentando, é sinal de que não se está a valorizar as relações sociais, motivo pelo qual é de se constatar haver verdadeira fragmentação social, as relações ficam miseráveis, distantes.

Note-se:

> As sociedades necessitam de certo coeficiente de energia, como, para viver, dele precisam os animais. Não há vida sem gasto de energia. Assim, quando dizemos que diminui o *quantum* despótico, pressupomos classificação das energias, de que a despótica seria a violenta, susceptível de perda *qualitativa*.[11]

A biologia, como visto, é seara que frequentemente é chamada para compor as frentes das exposições das ideias. Tal como um organismo, ou mesmo simples célula necessita de energia, a ser sintetizada via mitocôndrias, uma sociedade também necessita de energia. Essa abordagem é, sobretudo, excêntrica, mas valiosa e se percebe natural face as searas do conhecimento que se juntam em verdadeiro processo científico.

A obra em comento é igualmente valiosa, especialmente em se levando em consideração que surge na trilha do Sistema. Sugere-se, quando em estudo, verdadeiro desvendar objetivo, que se utilizem as duas obras ao mesmo tempo, pois ambas tratam dos assuntos, mas com objetivos diferentes. Afinal, como se lê no título de um dos exemplares, há que se falar em fundamentos.

10.5 TRATADO DE DIREITO PRIVADO (TOMO I ORIGINALMENTE PUBLICADO EM 1954)

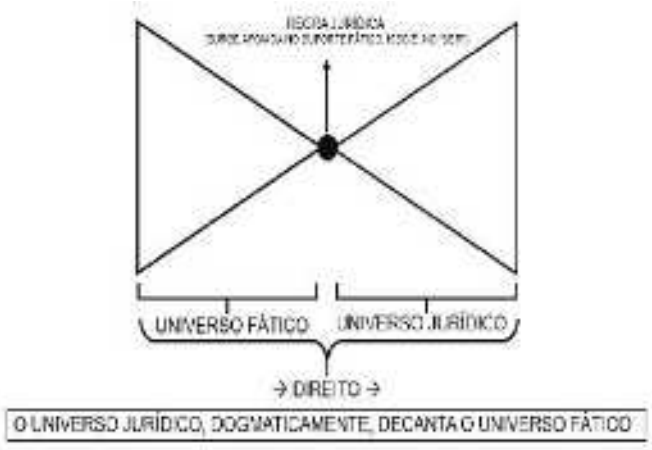
Essa obra é considerada por vários como a grande obra do autor. Tal atribuição se deve a sua extensão. São 60 (sessenta) volumes, de uma biblioteca iniciada no ano 1954. É preciso, diante de mastodôntica coleção, serenidade. Primeiramente, sustenta-se que o Tratado só se presta ao fim para o qual fora criado se antes as anteriores obras mencionadas forem ao menos conhecidas em seus respectivos índices. Iniciar os estudos em Pontes de Miranda já se defrontando com o Tratado demonstra compreensão parcial de sua abordagem, a qual consubstanciará entendimento ínfimo, quando mais parcial, dos elementos tratados pelo autor.

No caso específico de Pontes de Miranda, ocorreu que a forma dele apresentar as suas ideias, altamente descritiva e conceitual, somando-se a isso as várias citações feitas no corpo de suas redações, se por um lado faz dele um autor completo, responsável por enriquecer culturalmente aqueles que o leem, por outro lado acabou por afastá-lo dos operadores do Direito. Mas, sustenta-se, isso foi fato por algum tempo. Atualmente cada

[11] MIRANDA, Pontes de. **INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

vez mais são os que vão se debruçar sobre a obra do autor para encontrar respostas, mas mais do que isso, para encontrar os meios, o instrumental para encontrar respostas. Por isso apenas, a obra é atemporal.

Entenda-se: É a subsunção do fato à norma que foi revelada a partir do fato. De forma simples, porém clara, é uma frase que explicita bem uma mensagem que transmite o que o autor se propôs a apresentar.



O quadro abaixo criado com finalidade meramente didática explana a metodologia utilizada pelo autor. Note-se:

Observe-se: É a subsunção do fato à regra que se revelou do fato. Regra essa não necessariamente escrita atente-se.

O autor no prefácio da obra, já anuncia o que entende como a função do direito. Note-se:

> No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens. Sofre o influxo de outros processos sociais mais estabilizadores do que ele, e é movido por processos sociais mais renovadores; de modo que desempenha, no campo da ação social, papel semelhante ao da ciência, no campo do pensamento. Esse ponto é da maior importância.

E no item 4 do mesmo prefácio aponta os basilares. Note-se:

> 4. A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico;* depois, a de *relação jurídica*; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas.[12]

No item 9 sustenta a exposição das disciplinas da Parte Geral do Direito privado pela primeira vez em ordem lógico-científica. Note-se:

> Primeiro, expusemos o que concerne ao *plano da existência*; depois, o que se refere ao *plano da validade*; finalmente o que somente pertence ao *plano*

[12] MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Parte geral, Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

> *da eficácia*. O fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel, etc.*; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, pôsto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam.[13]

São esses os elementos os quais se fazem imprescindíveis para somente após tratar-se dos institutos e da relação entre os institutos. Ainda que soe repetitivo, faz-se imperioso mais uma vez afirmar que não se pode ler Pontes de Miranda a esmo, indiscriminadamente. É preciso ter a postura de um cientista diante de seu material de estudo. Conceituando, valorando os conceitos revelados, as constatações obtidas, e somente assim, a partir da valoração metodológica, extrair, decantar verdadeiramente o extrato dos elementos em análise.

A presente obra é extensa e isso também se deve ao que se prestou o autor: Enunciar, trazer os detalhes dos conceitos, apresentar os homens pensantes de seu tempo. Partindo ele de que todas as ciências tem a mesma gênese, e desse modo trazendo quando se fizerem necessárias para a compreensão, pode surpreender alguns que ao se deparem com o tomo I, lerão uma citação a Shakespeare, em sua obra tão famosa Romeo e Julieta.

Note-se:

> (...) o nome é sempre o mais belo e mais vivo representante da pessoa. Shakespeare. em Romeo and Juliet, Ato II, Cena 2, 42-44, 48 e 49, faz a Julieta dizer: ...O! be some other name: What's in a name? that which we call a rose By any other name would smell as sweet; … And for that name, which is no part of thee, Take all myself.[14]

Em tradução livre: "Ó! Seja algum outro nome: / O que há em um nome? / O que chamamos de rosa. Com qualquer outro nome, teria o mesmo cheiro; … E para esse nome, que não faz parte de ti, Leve-o sozinho."

É preciso sensibilidade. Mais até, é preciso permeabilidade, aderência, à sensibilidade. É um verdadeiro "permitir-se impregnar". Somente a esses lhes serão conferidos os frutos palatáveis nessa árvore frutífera. Mas, é preciso permitir-se conhecer novos sabores, novas sensações. Aqueles que pré-concebidos que experimentam-os, não lhes degustam o sabor verdadeiro.

A literatura, também ela não era seara desconhecida do autor. Ele também dedicara-se àquela parte. Para fins de citação nesse campo, cita-se *OBRAS LITERÁRIAS: PROSA E POESIA*, obra essa unicamente publicada pela Livraria José Olympio em 1960. Não é objeto do presente trabalho, mas é mister o registro. Os que tiverem acesso àquele conteúdo, poderão se deliciar com o poeta Pontes de Miranda, no mesmo quilate, altíssimo, como de seu costume. São bastantes escassas as edições disponíveis para venda, de modo que, pensa-se, surgindo interesse no título, é capaz de alguma editora ao tempo de hoje se interesse em publicá-lo. A cultura brasileira, em especial, decerto ficará muito agradecida.

[13] MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Parte geral, Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
[14] MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Parte geral, Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

Extensas são igualmente as notas de rodapé, as citações a autores daquele tempo. A constatação da dimensão do trabalho de pesquisa empregado se vê ao examinar-se a bibliografia. Somente no tomo I, o número chega a 454 (quatrocentos e cinquenta e quatro livros), levando-se em consideração apenas os livros jurídicos. O que o autor tem de extenso, ele tem de completo. Não é obra para breves estadas. Costuma-se dizer que na viagem com Pontes de Miranda não se leva apenas a roupa do corpo. É preciso algumas ou algumas malas para o trajeto.

10.6 CONCLUSÃO

O autor em algumas de suas passagens já alertava sobre uma preocupação com a formação do operador do Direito, o qual deveria, antes de qualquer outra pretensão, personificar a ciência. É instigante que essa pleito seja defendido no ano de 1922. E cá estamos, em 2023, e parece que as recomendações dele aparentemente se perderam no tempo. Aparentemente diz-se, pois aqui estamos a ler Pontes de Miranda. Note-se:

> À nova concepção do direito, fundamentalmente científica e coerente com o estado atual do conhecimento humano, deve corresponder nova organização do ensino universitário e das faculdades. É preciso que tenho o jurista formação diferente da que tem hoje: é-lhe mister sério e real preparo de ciência social. De modo que se duplicará p conteúdo do estudo jurídico: não mais se farão juristas no velho sentido, porém cientistas do direito, a que se ministrou o cabedal de sociologia, de economia, de ciência moral e dos costumes etc., necessários ao desempenho da missão que lhes incumbe, muito diversa, aliás, dessa espécie de acrobacia lógica, em que ainda hoje se comprazem.[15]

Traz-se as palavras de Pontes de Miranda, se àquele tempo recomendação, hoje imperativo. Note-se:

> No direito, se queremos estudá-lo cientificamente como ramo positivo do conhecimento, quase todas as ciências são convocadas pelos cientistas. A extrema complexidade dos fenômenos implica a diversidade do saber. As matemáticas, a geometria, a física e a química, a biologia, a geologia, a zoologia e a botânica, a climatologia, a antropologia e a etnografia, a economia política e tantas outras constituem mananciais em que o sábio da ciência jurídica bebe o que lhe é mister. Nas portas das escolas de direito devia estar escrito: Aqui não entrará quem não for sociólogo. E o sociólogo supõe o matemático, o físico, o biólogo. É flor de cultura.[16]

Por ocasião do falecimento do autor, em 22 de dezembro de 1979, o senador Paulo Brossard subiu à tribuna para proferir um discurso[17], sobretudo, como um gesto de constatação e preservação da figura indelével. “Ele dilatou o patrimônio cultural do Brasil”, foram também essas as palavras dedicadas a Pontes de Miranda. Pois se o Brasil se queixa de não ter gênios, ingrato é, pois quando os tem, nem sequer os conhece.

---

[15] MIRANDA, Pontes de. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO**. Campinas: Bookseller, 2005. 3v.

[16] MIRANDA, Pontes de. **INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

[17] BROSSARD. Paulo. **Pontes de Miranda: Homenagem do Senado Federal**. 17 de abril de 1980. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181192/000367341.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 16/08/2023.

Que o presente trabalho, parco e diminuto, contribua para que mais pessoas, inquietas, sobretudo, busquem o legado de Pontes de Miranda. Muito do que ele deixou não apenas aos brasileiros, mas à humanidade, ainda se aproveita. Inclusive na prática forense. Não se trata de entusiasmo meramente acadêmico, longe disso. Pontes de Miranda é autor que lido e compreendido, desperta-nos. Desperta-nos primeiramente de nós mesmos, da mecânica cadência do cotidiano, que nos impõe velocidade sobre humana.

Velocidade sobre humana que nos equipara às máquinas, que ainda que pensantes hoje em tempos de inteligência artificial, não são capazes, nem nunca serão, de transformar a criatividade humana em mero algoritmo (zero ou um).

Que sejamos, nessa descoberta de Pontes de Miranda, invadidos pelo sentimento da humildade intelectual, que estamos sempre imbuídos do sentimento do querer descobrir o desconhecido. Não para mero deleite, por mero capricho. Esses, não permanecerão. Permanecerão aqueles com verdadeiro espírito filosófico, os quais personificam o verdadeiro amor à sabedoria. Sabedoria é o conhecimento envelhecido nos barris de carvalho do tempo. E não se pode apressar o tempo. É preciso, pois, observar. Observar para perceber o ritmo da natureza, o ritmo em que ela opera. Ali tem-se ensino valioso. Mas não há que se sentir culpado aquele que agir diferente. Séculos de antropocentrismo nos legaram essa metodologia. Tenha-se essa constatação, e passe-se, agora conscientemente, a pensar e agir de forma diversa, de forma científica.

Que deixemos de ser meros autômatos. Autômatos sobretudo de normas, desprega-das da ciência social. A lógica da técnica existe, mas é preciso que antes seja calcada no que se observa, no que o corpo social tem em sua existência, nas relações, sobretudo nas relações que, ao fim e ao cabo, são a causa de ser, a causa de existir do Direito. Reflita-se, pois. Caminhemos a longa caminhada, com passos lentos, observando o que nos rodeia. Que os passos lentos sejam, entretanto, passos firmes. Passos firme de uma caminhada que nos levará para o aperfeiçoamento das relações, para o progresso de nossa caminhada civilizatória.

Por via das dúvidas, tenhamo-lo por perto.

10.7 REFERÊNCIAS

MIRANDA, Pontes de. À MARGEM DO DIREITO. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO.** Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **INTRODUÇÃO À POLÍTICA CIENTÍFICA.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRANDA, Pontes de**. TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Parte geral, Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. 543 p.

BROSSARD. Paulo. **Pontes de Miranda: Homenagem do Senado Federal**. 17 de abril de 1980. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181192/000367341.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 16/08/2023.

11. O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO SOB A ÓTICA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Elisabeth Baraúna[1]

RESUMO: O presente texto procura analisar o direito de acesso à justiça sob a ótica da eficácia dos direitos humanos, considerando o sistema dos requisitos protetivos, imbuídos no direito antidiscriminatório, observado pela trajetória de evolução dos direitos humanos na sociedade brasileira e expansão do direito de acesso à justiça no mundo moderno, sua importância e preocupação no âmbito legislativo nacional e internacional, a Agenda ONU 2030. Considera-se que o direito antidiscriminatório é uma forma de ampliação da mediação democrática dos conflitos entre os vulneráveis e constitui-se em um instrumento de perspectiva de pacificação social e de educação para a convivência humana plena, voltada ao fortalecimento do Estado de Direito e respeito à dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito antidiscriminatório; Direitos humanos; Justiça; Dignidade humana; Vulneráveis.

11.1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de dimensão continental, com riquezas ainda imensuráveis, que ostenta diversidades incontáveis em igual proporção, contudo é o seu povo que carece de pluralidade de tratamento, para que não caia no ostracismo sob grande abandono, intensificação de exploração e perda maior de suas riquezas.

Certo é que a vida, em pouquíssimo tempo, mudou completamente. Entretanto, no processo histórico, boa parte das mudanças sociais que se operam no mundo tendem a acompanhar certa coerência para admissibilidade, pontuando-se o impacto das transformações nas expressões da questão social e gerando compromissos com leis de densidade normativa alta que, ao invés de desatravancar a sociedade, tornam complexas as acomodações do sistema político e social do país.[2]

Nessa toada de reflexões, este texto vem expor análises em que a posição da Organização das Nações Unidas (ONU)[3], que integram 193 países, dentre eles o Brasil, propôs

[1] Advogada, Mestre e Doutoranda em Trabalho, Políticas Sociais e Sujeitos Coletivos pela PUC-RIO. Pesquisadora CNPq no grupo TRAPPUS – Trabalho e Políticas Públicas pela PUC-RIO e no NPA – Núcleo de Pesquisa Antirracismo da UFRGS. Membro da Comissão de Promoção da Igualdade – CNPI do CFOAB. Presidente da Comissão da Verdade da Escravidão Negra no Brasil – CVENB OAB/RJ, subseção Barra. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros nas Comissões de Direitos da Mulher, do Consumidor, Criminologia, Igualdade Racial e de Seguridade Social. Membro e Secretária Adjunta da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-RJ. Membro da Comissão Estadual da Verdade da Escravidão Negra no Brasil – CEVENB OAB-RJ e da Comissão da Justiça do Trabalho – CJT OAB-RJ. Diretora Financeira da SBDA – Sociedade Brasileira de Direito Antidiscriminatório.

[2] HENRIQUES, Ricardo. "Desigualdade racial no Brasil: Evolução nas condições de vida na década de 90". Jornal do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), julho de 2001, n. 807.

[3] Nações Unidas é uma organização intergovernamental, criada para promover a cooperação internacional.

a Agenda 2030[4], recepcionada inclusive pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na gestão do Ministro Dias Toffoli, em que se mencionam 17 objetivos, com 169 metas de desenvolvimento sustentável até 2030. Tais Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) estão extremamente ligados aos direitos humanos, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, basilar para a Constituição de muitos países, inclusive, o nosso.

A dignidade da pessoa humana é o norteador de toda e qualquer decisão e direcionamento, seja no campo social ou econômico, e, no sentido de promover a defesa dos direitos que permeiam esse contexto é que este artigo vislumbra a temática da importância do direito antidiscriminatório com o respaldo dos direitos humanos para a sua efetividade.[5]

Sendo assim, veremos, neste trabalho, a relevância de se implementar uma sociedade menos discriminatória para a eficácia dos direitos humanos em favor de si própria e ainda do compromisso em atendimento à Agenda ONU 2030, principalmente, no tocante ao Poder Judiciário que, por meio das Portarias CNJ n.º 133[6] e 148/2018[7], ambas de forma multidisciplinar, estão comprometidas com as metas dos objetivos do desenvolvimento sustentável, preceituado pela aludida agenda.

As mutações sociais e políticas da questão encontram refúgio na abordagem, pelo fato de a motivação da modernização dos diversos setores da sociedade não se concretizar, mesmo após duas grandes Reformas (Trabalhista[8] e Previdenciária[9]), e o que se pode avaliar a respeito do desmonte ocorrido é a intensificação, sem precedentes, de um desemprego, desocupação e desalento avassalador no país, no qual o que mais se propaga é polêmica e pobreza, nada mais.

Uma substituição à Liga das Nações, a organização foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a intenção de impedir outro conflito como aquele. Na altura de sua fundação, a ONU tinha 51 Estados-membros; e, desde 2011, são 193. A sua sede está localizada em Manhattan, Nova Iorque, e possui extraterritorialidade.

4 A Agenda 2030 da ONU é um plano global para atingirmos, em 2030, um mundo melhor para todos os povos e nações. A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, em setembro de 2015, com a participação de 193 Estados-Membros, estabeleceu 17 objetivos de desenvolvimento sustentável.

5 MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 575.

6 Institui Comitê Interinstitucional, destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030.

7 Designa membros do Comitê Interinstitucional, destinados a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário, com as metas e os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030.

8 BRASIL. Lei n.º 13.467/17 altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília (DF), 13 de julho de 2017. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/17728053. Acesso em: 14 maio 2023.

9 A Reforma da Previdência entrou em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional n.º 103, no Diário Oficial da União, em 13 de novembro de 2019. As novas regras valem para segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) da União. BRASIL. Emenda constitucional n.º 103, de 12 de novembro de 2019, altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

Outro aspecto que se ressalta é a formação social brasileira, dada a interseccionalidade[1], gênero e cor, cujo tema nunca é dado conta, desde décadas atrás, do movimento feminista, e confronta-se, em vários pontos, com as normas internacionais, aderidas por meio de tratados e convenções, visto que essas ações objetivam pura e simplesmente a uniformização de direitos sociais entre os múltiplos países e organismos internacionais, para manutenção, de forma holística, de um mínimo existencial e a tutela das condições de trabalho em contextos muito distintos e desiguais.[2]

Com isso, o que podemos observar é que questões mais específicas, como vedações a segregações, empoderamento feminino não branco, proteção ao trabalho da mulher não branca, desvelam a valorização da verdadeira história do Brasil e o seu processo desumano escravagista. Portanto, são assuntos controvertidos no contexto dos direitos e das diretrizes das leis vigentes no nosso ordenamento pátrio que, se recebessem a atenção devida, poderiam reduzir o tanto de mazelas e desigualdades legadas da colonização.[3]

11.2 A RELAÇÃO PROTETIVA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO COM OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A importância geral deste texto está na promoção de um pensamento sistematizado desse campo jurídico para o avanço da cultura democrática desse país, mediante normas protetivas mais avançadas que carecem de efetividade e possam permitir uma formação acadêmica especializada nessa seara e, ainda, de um olhar do Estado nesta perspectiva antidiscriminatória.

Na verdade, o estudo do direito antidiscriminatório acopla os temas das disciplinas de direitos humanos e ainda dos direitos fundamentais, principalmente, se compreendido que a análise sobre a vertente antidiscriminatória tem natureza específica a respeito de reflexões não somente jurídicas, bem como filosóficas, sociológicas e psicológicas acerca do fenômeno da discriminação para parâmetros de políticas públicas, composições legislativas, com vistas a uma melhor organização das relações sociais ao alcance da justiça por meio de um sistema jurídico mais fidedigno à melhor cultura democrática para o país.[4]

A proteção judicial dos direitos humanos deixou de ser vista, por conseguinte, como uma dimensão apenas técnico-jurídica (direito de ação), para se tornar uma garantia essencial de toda a sociedade democrática e um dos elementos constitutivos do Estado Demo-

[1] Interseccionalidade é a interação entre dois ou mais fatores sociais que definem uma pessoa. Questões de identidade, como gênero, etnia, raça, localização geográfica ou mesmo idade, não afetam uma pessoa separadamente.

[2] CARNEIRO, Sueli. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011, p. 128. Disponível em: https://institutoressurgir.org/wp-content/uploads/2018/07/Racismo-Sexismo-e-Desigualdade-Sueli-Carneiro-1.pdf. Acesso em: 29 jun. 2023.

[3] CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. Estudos Avançados USP, v. 17, n. 49, 2003. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948. Acesso em: 4 mai. 2023.

[4] MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 575.

crático de Direito. Por isso é que, nesse contexto, uma das maiores ameaças aos direitos humanos passou a residir na incapacidade de o Estado assegurar a sua efetiva realização, dadas as transfigurações sociais, interpostas no dia a dia. Logo, o direito antidiscriminatório ganha caráter de instrumento jurídico, vocacionado para superar os efeitos das possíveis e já instauradas segregações, sendo assim protetivo.

Essa incapacidade, revelada pela ausência de mecanismos de materialização dos direitos reconhecidos, traduz-se na negação do próprio Estado, constituído como democrático e de direito, cuja natureza de ações e instrumentos antidiscriminatórios em dimensão coletiva se tornam cada vez mais necessárias, haja vista as inúmeras situações de risco e vulnerabilidade que redimensionam os tais elementos constitutivos da democracia pátria, ao minimizar os direitos fundamentais e humanos na esfera prática da vida social.

Dessa forma, vimos que o direito antidiscriminatório agrega características corretivas de privilégios em detrimento de grupos que histórica e recentemente não são visibilizados como deveriam, no resguardar dos seus direitos, em decorrência da própria estrutura social da qual fazemos parte, em que torna a discriminação como regra e não, como exceção.

O caráter protetivo do direito antidiscriminatório pode ser categorizado pela circunstância estrutural, intergeracional e institucional, entre vários outros aspectos. Contudo, para o estudo em tela, cabe-nos analisar por norte temático essas três características, pelas quais se consegue englobar minorias e vulneráveis que se mantiveram em desvantagem ao longo do tempo na sociedade brasileira, causando, assim, a possível observação da aplicabilidade do instrumento antidiscriminatório no tocante às cogentes realizações dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, outrossim os direitos humanos de cunho internacional, desvelando a precariedade dos resultados da efetividade dos exercícios dos direitos, principalmente, em relação ao acesso à Justiça.

11.2.1 O Direito Antidiscriminatório na sua aplicabilidade protetiva consoante A CF/88

Salienta-se que esse esforço de efetivação do mandamento antidiscriminatório intenta resultar inovação e equidade na esfera jurídica, na formulação de legislação e jurisprudências específicas. A litigância, a sistematização e a pesquisa acadêmica nesses campos acabam por demarcar domínios do conhecimento e da prática jurídicas, conhecidos como “direito da antidiscriminação” e “direito de minorias”.

Cumpre frisar também a distinção dos direitos supramencionados no interior da proteção dos direitos humanos, provida pelas Nações Unidas, em que há instrumentos que identificam e protegem, de modo próprio, os indivíduos, em virtude de sua pertinência a determinados grupos étnicos, religiosos e linguísticos, deles excluindo expressamente outros grupos (direito das minorias). Ao mesmo tempo, convivem com eles, no sistema internacional, outros instrumentos normativos que preveem proteção antidiscriminatória,

todavia, vocacionados a proteger todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza (direito da antidiscriminação). Um modo de abordar a relação entre ambos é inscrever o direito das minorias como uma parcela contida no conjunto maior do direito da antidiscriminação.[5]

Situado nesse terreno, o problema sobre a mais adequada proteção jurídica aos grupos discriminados, faz-se necessária a análise das categorias veiculadas pelo direito internacional dos direitos humanos (positivado pela atividade institucional dos sistemas universal e regional de direitos humanos) e pelo direito nacional (em especial e, para os fins deste estudo, no direito constitucional e em sua relação com o acesso à Justiça).

Em seus respectivos domínios, cada um desses campos vem assentando conteúdos próprios, arrolando elementos, princípios, definições e institutos, tendo como objetivo principal o enfrentamento das discriminações.

No Brasil, especificamente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou-se, de forma significativa, o universo de instrumentos normativos antidiscriminatórios – normas constitucionais, infraconstitucionais e tratados internacionais de direitos humanos – visando à proteção de minorias. Porém, somente a vigência das normas não basta, é imprescindível, ainda, letramento sobre essas normas, partindo da compreensão do termo "discriminação".[6]

O artigo 3.º da CF/88[7] é composto por várias frentes e pautas independentes, relacionadas à formação de consciências que sejam antirracistas, que busquem igualdade de gênero e que se oponham a todo e qualquer tipo de discriminação e preconceito. Somadas e alinhadas, todas essas lutas por reconhecimento podem e devem fazer parte da educação baseada na perspectiva dos direitos humanos.

Ao pensar o direito antidiscriminatória, à luz da Constituição Federal, vemos a sociedade em que vivemos, marcada por uma herança de desigualdades, com a qual precisamos lidar, ou seja, com o preconceito e a discriminação, inclusive quando o assunto é o próprio conceito de direitos humanos, visto muitas vezes como direitos para a "marginalidade" ou ainda apenas relacionado a liberdades individuais, sem pensar nos direitos econômicos, sociais e coletivos.

Pensar em direitos humanos, aliados ao escopo do direito antidiscriminatório, é contribuir para a formação de uma cidadania ativa e crítica, a partir da qual as pessoas percebam as consequências individuais e também sociais de cada escolha, com um senso

[5] VARELLA, Santiago Falluh. Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos. 2009. 321f. Tese (Doutorado em Sociologia). Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília (UNB), Brasília, Brasil, 2009, p. 22. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/6425?locale=pt_BR. Acesso em: 4 ago. 2023.

[6] RIBEIRO, Djamila. Quem tem medo do feminismo negro? São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 1.

[7] Determina os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no sentido de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

de responsabilidade. Pode-se propiciar o desenvolvimento de sentimentos e atitudes de cooperação e solidariedade, trazendo um entendimento de que todos somos sujeitos de deveres e direitos, inclusive pela defesa daqueles quanto ao seu acesso à Justiça.[8]

11.3 AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA INTERVENÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Certo é que, ao abordarmos os reflexos sociológicos, filosóficos e psicológicos entronizados no direito antidiscriminatório, sem estar adstrito ao tecnicismo jurídico que igualmente o caracteriza, cabe frisar o "elemento vivencial" como sendo fundamental, para que se fortaleçam as convicções sobre a importância dos direitos humanos para a promoção do bem-estar social e da cidadania plena para todos.[9] [10]

O que se pode compreender é que tudo perpassa pela necessidade de igualdade, e esse termo merece destaque, considerando que, em breve memória histórica, é sabido que, para tanto, atrelamos o conceito aos regimes políticos ao longo do tempo adotados e as concepções dominantes de cidadania em diversas etapas de pensamentos políticos. Todavia, é fundamental abordar a reflexão acerca da igualdade no momento que, repito, historicamente, se adotou a "democracia" como regime político, em que o homem é colocado no exercício de poder coletivo. Nesse sentido, destaca-se foram os gregos que fundaram a noção de cidadania, reportando o homem ao pertencimento jurídico e político na organização social.[11]

Em outras palavras, o que é necessário conhecer são as histórias e as pessoas por trás delas. O que é necessário reconhecer é o sofrimento de quem tem sua dignidade violada. O que é necessário sentir é a empatia em relação ao outro. E o que é necessário aceitar, de maneira convicta, é o valor e a importância dos direitos humanos, sem discriminação, segregação ou preconceito.

Nesse viés de pensamento é que o direito antidiscriminatório pode e deve ser instrumentalizado para ampliar o acesso à Justiça, principalmente, no que tange aos vulneráveis, minorias ou grupos vastamente desprivilegiados por qual seja o motivo.

A perspectiva de inserção do direito antidiscriminatório na pauta estrutural, institucional, educacional e intergeracional da sociedade possivelmente é um divisor de águas na realização de efetiva democracia, considerando a abertura para que os conflitos ou circunstâncias, expostas ao Poder Judiciário, passem a ser analisadas, compreendidas e julgadas de forma coerente e equânime.[12]

A categorização de desprivilégio e vulnerabilidade já significa um desacordo do

[8] MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: Ensaio de hermenêutica jurídica. Revista de Direito Brasileira, v. 18, n. 7, p. 404, 2017.
[9] MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 575.
[10] RIBEIRO, Djamila. Quem tem medo do feminismo negro? São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 1.
[11] JAEGER, Werner. Paidéia: A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
[12] HOOKS, Bell. Feminism is for everybody: passionate politics. Cambridge: South End Press, 2000, p. 1.

aspecto central da cultura democrática, na qual os atores sociais de certos grupos sociais discriminam outros, ligados pela intencionalidade ou arbitrariedade. Dentro desse processo cognitivo discriminatório, somente a Psicologia Social da discriminação poderia, de certa forma, dirimir essa questão, contudo fato é que as categorias sociais das quais o homem se utiliza, na maioria das vezes, é em razão das características gerais básicas, das atipicidades para utilização de um processo de inferiorização para o exercício de um bio poder para uma biopolítica, pelas disposições negativas de um grupo social, relacionado a outros por estereótipos, narrativas culturais, raça, cor, gênero, sexo, poder e dinheiro.[13]

Um exemplo clássico da necessidade de imputação do direito antidiscriminatório, transversalizado com a inacessibilidade à Justiça de forma correta, é o perfilhamento racial, cujas inclinações comportamentais desdobram as circunstâncias desumanas de prisões arbitrárias de pessoas negras no Brasil, fruto de um movimento eugenista[14] e eurocentrista[15] que ultrapassa as razões dos dados demográficas, sociais e econômicos do país, tema objeto de repercussão geral na mais alta Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), haja vista os estudos realizados, nos quais se constata que este é o país com a maior população negra fora da África e é o que mais prende pessoas não brancas. Dessa forma, o sistema penal carcerário do Brasil é caracterizado por cor, ou seja, pela cor preta, e encara naturalmente perigosas todas as pessoas nessa categoria de cor, raça e etnia.[16]

O padrão desse contexto faz com que o direito à Justiça torne-se cada vez mais distante, visto o conceito discriminatório ser marcado pelo processo de formação social brasileira, em que o colonialismo e a abolição recentes deixaram um legado frutuoso e vívido no corpo social brasileiro, pois todas as formas de segregação são vigentes, ocasionando a afastabilidade do acesso e ainda da consciência cidadã desse grupo desprivilegiado a um conteúdo justo praticamente impossível, fadado ao fato de que, uma vez encarcerado, possivelmente, para sempre.

A discriminação direta supramencionada, intencional, é cotidiana principalmente nos casos de criminologia, além disso fazem parte ainda do contexto de realidade dos grupos dos “excluídos”, situações pelas quais agravantes socioeconômicos causam a ina-

[13] IANNI, O. A ditadura do grande capital. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

[14] A eugenia defende que raças superiores e de melhores estirpes conseguem prevalecer, de maneira mais adequada, no ambiente. Por mais improvável que pareça aos olhos de hoje, nas primeiras décadas do século 20, médicos, cientistas e intelectuais participaram do movimento eugênico que, em sua linha mais extrema, defendia práticas para excluir “indesejáveis”, impedindo a sua reprodução.

[15] O eurocentrismo pode ser definido como a visão centralizadora de que os países da Europa são superiores aos demais povos e culturas do planeta. Dentro desse entendimento, é como se o mundo tivesse surgido a partir da Europa.

[16] Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua, publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostram que o número de pessoas negras, ou seja, que se autodeclararam pretas e pardas constitui 56% do total da população brasileira em 2022. O Brasil tem a maior população negra fora da África e a segunda maior do planeta. A Nigéria, com uma população estimada de oitenta e cinco milhões, é o único país do mundo com uma população negra maior que a brasileira. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41. Disponível https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

cessibilidade à Justiça de forma igualitária, seja por incapacidade financeira, seja por falta de instrução, seja ainda por ausência de políticas públicas que efetivem as carências desses vulneráveis e/ou minorias em vários outros aspectos da vida, as quais necessitam de auxílio jurídico ou jurisdicional.

Entende-se, então, que a discriminação direta implica a violação do dever do tratamento simétrico entre indivíduos salientados pelas características de estigmatização cultural como pessoas de menor valor.[17]

Como se já não bastasse a forma mais objetiva de continuidade desse processo de desumanização, a forma que caracteriza o mito da democracia racial e social brasileira encontra subsídios ainda nas formas indiretas de compor o tratamento diferenciado, inferiorizado e desvantajoso para determinado coletivo ou pessoa, sendo que, de forma mais sutil e não justificável jurídica ou moralmente, o modelo disto é a urbanização em locais distintos das zonas mais abastadas financeiramente do centros urbanos, processos seletivos, com altas exigências de qualificação, limitação geográfica para a contratação de serviços e pessoas.

11.4 A RELEVÂNCIA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO ALIADO À EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS: AGENDA ONU 2030

Os direitos humanos fundamentais e o direito antidiscriminatório desempenham um papel crucial na sociedade atual e no cumprimento da Agenda da ONU 2030.[18]

Assinala-se que os direitos humanos fundamentais são os direitos inalienáveis e universais e que todas as pessoas os possuem simplesmente por serem humanas. Eles incluem direitos civis e políticos, como liberdade de expressão e direito à participação política, bem como direitos econômicos, sociais e culturais, como direito à saúde, educação e moradia. Esses direitos são essenciais para garantir a dignidade, a igualdade e o bem-estar de todos os indivíduos, mas a real efetividade disso tudo a quantas anda?!

O direito antidiscriminatório, por sua vez, de forma mais minuciosa, busca combater a discriminação e promover a igualdade de tratamento, bem como oportunidades para todos, independentemente de sua raça, etnia, gênero, orientação sexual, religião, idade, deficiência ou qualquer outra característica pessoal. É fundamental, para garantir que todas as pessoas tenham acesso igualitário aos direitos humanos e combater as desigualdades e injustiças, presentes na sociedade em que vivemos.

No contexto da Agenda da ONU 2030, que estabelece os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os direitos humanos fundamentais e o direito antidiscriminatório são essenciais para alcançar um desenvolvimento sustentável e inclusivo. Os ODS têm

[17] SOUZA, Jessé. A elite do atraso. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.
[18] ESTRATÉGIA 2023. Pacto Global Rede Brasil. Disponível: https://www.pactoglobal.org.br/pg/estrategia-2030. Acesso em: 01 nov. 2023.

como objetivo erradicar a pobreza, promover a igualdade de gênero, garantir a educação de qualidade, combater as mudanças climáticas, entre outros inúmeros desafios globais.

A análise deste texto, portanto, é crucial quando a vertente é a de cumprir a Agenda da ONU 2030, visto que são necessárias a garantia e a proteção das premissas aludidas, sem discriminação. Isso implica políticas e práticas mais que dinâmicas na igualdade de oportunidades e a visualização de não discriminação em todas as esferas da sociedade, incluindo educação, saúde, trabalho e ainda nos campos institucionais mais ariscos e caros para as minorias que são a justiça e a participação política.

A dualidade dos direitos supramencionados é fundamental para a sociedade brasileira atual, após um período de "desgoverno" tão turbulento, em que o tecido social se rasgou de tal forma que se cogitou ser quase impossível a recomposição moral e civilizada dos cidadãos brasileiros, quiçá se pensar em cumprimento da Agenda da ONU 2030.

Os termos "justiça", "igualdade" e "sustentabilidade" foram quase erradicados de determinados indivíduos, restritos de desfrutar de seus direitos e contribuir para o seu desenvolvimento humano e social no governo do mandato anterior, o de Jair Messias Bolsonaro. Houve um aumento de 28% na extrema pobreza, o que colocou mais de 10 milhões de pessoas com renda *per capita* mensal de R$ 105,00 (cento e cinco reais), índice histórico desde 2012, e não se atribuiu a circunstância à crise sanitária mundial de pandemia de COVID-19, uma vez que, desde 2019 e início de 2020, os índices já vinham se alarmando.[19] [20]

11.4.1 A interseccionalidade de gênero, cor e os direitos

A implementação do direito antidiscriminatório tem um impacto significativo no ponto de vista socioeconômico da mulher preta no Brasil, considerando a sua representatividade na força de trabalho e o seu papel no setor consumerista. Destacamos algumas melhorias que poderiam ser observadas:

i. Acesso igualitário ao mercado de trabalho e às instituições públicas: A implementação do direito antidiscriminatório pode ajudar a combater a discriminação racial no mercado de trabalho, garantindo que as mulheres não brancas tenham acesso igualitário a oportunidades de emprego e sejam avaliadas com base em suas habilidades e competências, em vez de sua cor de pele. Também, é possível tornar os espaços públicos de poder mais próximos da realidade brasileira que detém 56% de população não branca no país.
ii. Redução das desigualdades salariais: As mulheres não brancas enfrentam desigualdades salariais significativas em comparação com homens brancos e mulheres brancas. A implementação do direito antidiscriminatório poderia contribuir para a redução dessas disparidades, garantindo que as mulheres pretas possam receber salários justos e iguais por trabalho de igual valor.[21]

[19] BRASIL. Ministério da Saúde. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil. 2021. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 10 out. 2023.
[20] SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.
[21] PELLEGRINO, Antonia; STARLING, Heloísa M. Independência do Brasil: as mulheres que estavam lá. 1 ed. Bazar do Tempo, 2022.

iii. Empoderamento econômico: Ao garantir a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, o direito antidiscriminatório promoveria o empoderamento econômico das mulheres pretas, e isso significa que elas teriam mais autonomia financeira, capacidade de tomar decisões sobre suas vidas e ter maior participação no setor consumerista, contribuindo para o crescimento econômico do país que atenderia a um público consumidor muitas vezes invisibilizado.

iv. Estímulo ao empreendedorismo: Incentivar o empreendedorismo entre as mulheres não brancas, permitindo que elas criem e desenvolvam os seus próprios negócios, cuja autonomia econômica sempre é pleiteada por esse coletivo, mas, como uma segunda renda. Contudo, quando um negócio periférico feminino preto dá certo e ocorre o fortalecimento da economia local, o capital trata de reproduzi-lo e estagnar essa mulher preta de múltiplas jornadas.[22]

v. Maior representatividade no setor consumerista: Com o aumento do poder aquisitivo das mulheres pretas, representantes de mais de ¼ da população do país, haveria uma maior representatividade desse grupo no setor consumerista, o que leva a uma maior diversidade de produtos e serviços, que refletiria melhor a regionalidade brasileira, bem como uma maior atenção das empresas fornecedoras para atender às necessidades e demandas desse público que não é pequeno, impulsionando a economia de forma mais inclusiva.

As mulheres negras no Brasil enfrentam questões e obstáculos que outros grupos da sociedade não enfrentam. O peso histórico do racismo e do machismo formam um sistema discriminatório na sociedade brasileira que faz com que as mulheres negras estejam longe de ser prioridade.[23] [24]

É sempre importante enfatizar que o duplo preconceito, de gênero e raça, sofrido pela mulher não branca é visto nas pequenas e nas grandes atitudes ainda hoje, no século XXI. Críticas ao cabelo e aos traços físicos, uma mídia que ainda exibe um ideal de beleza único, frases que diminuem as suas conquistas e a maior dificuldade em se colocar em evidência são exemplos corriqueiros.[25] [26]

Outro dado devastador é em relação ao feminicídio no Brasil, dados do 15.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública[27], os quais apontam que duas, em cada três vítimas, são mulheres não brancas as vítimas. Infelizmente, essas são apenas algumas das situações que fazem parte da história das mulheres negras no Brasil.

[22] GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo-afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

[23] BENTO, Maria Aparecida da Silva. Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. 2002. 185f. (Tese de Doutorado). Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2002, pp. 57-58. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/publico/bento_do_2002.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

[24] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41. Disponível https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

[25] HOOKS, Bell. Feminism is for everybody: passionate politics. Cambridge: South End Press, 2000.

[26] HOOKS, Bell. O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

[27] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

Em suma, a implementação do direito antidiscriminatório teria um impacto positivo no ponto de vista socioeconômico da mulher não branca no Brasil, promovendo a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, reduzindo as desigualdades salariais, estimulando o empreendedorismo e aumentando a representatividade no setor consumerista. Essas melhorias contribuiriam para o fortalecimento da economia e a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, o que não é prejuízo real para ninguém.[28]

11.4.2 A Agenda ONU 2030 e a reparação da escravidão

Por mencionar prejuízo, o coletivo preto, sim, tem a legitimidade e a necessidade de mencioná-lo, como fonte de reparação, e de reverberar a verdade sobre a escravidão negra no Brasil, o que está intrinsecamente ligado à compreensão do estado dos direitos sociais e antidiscriminatórios da sociedade atualmente.

A fim de que se vislumbre a afetividade de muitas políticas públicas já adotadas no país, precisa-se, com urgência, desvelar que a escravidão negra foi um período histórico marcado por violência, exploração e desumanização, que deixou profundas marcas na sociedade brasileira. Ainda hoje, as consequências desse sistema persistem, refletindo-se nas desigualdades socioeconômicas que tanto se repetem, no racismo estrutural, estruturante e sistêmico, e, ainda, nas várias faces de discriminação que permeiam o nosso cotidiano.[29]

Para toda e qualquer medida de justiça e objetivo do desenvolvimento sustentável, é cogente que os direitos sociais e antidiscriminatórios sejam melhor compreendidos, e é necessário reconhecer e enfrentar essa história de opressão.

A reparação é uma forma de reconhecer e compensar as injustiças históricas, sofridas pelos descendentes de pessoas escravizadas, buscando corrigir as desigualdades e promover a igualdade de oportunidades. Além disso, falar a verdade a respeito da escravidão negra é fundamental para conscientizar a sociedade acerca da realidade vivida pelos negros no passado e de suas consequências no presente.

A temática é cara e envolve educar sobre a história da escravidão, enfatizando a resistência e a luta dos negros por liberdade e igualdade, o crescimento desse país pela força de trabalho desumano, assim como os impactos duradouros dessa opressão.

Ao compreender a história e as injustiças enfrentadas pelos pretos e pardos, intenta-se que, aí sim, talvez a sociedade possa desenvolver uma consciência coletiva sobre a importância dos direitos sociais e antidiscriminatórios, combatidos pela promoção da igualdade racial, a implementação de políticas públicas contra o racismo e a discriminação, e a garantia de oportunidades iguais para todos os cidadãos, independentemente de sua origem étnica.

No caso brasileiro em específico, vale salientar que cumprir a Agenda da ONU 2030 significaria dizer, perfeitamente, reduzir a pauta no que que tange à reparação e à fala da verdade a respeito da escravidão negra deste país, uma vez essenciais para que os direitos

[28] DRUCK, Graça.; SILVA, Jair Batista da. Trabalho, precarização e resistências: as múltiplas faces do trabalho. Salvador. Editora da EDUFBA, 2019.
[29] ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Pólen, 2019, pp. 25- 27.

sociais e antidiscriminatórios sejam melhor entendidos pela sociedade que desconhece a sua história e crê em meritocracia, "democracia racial". A intenção do "pacto da branquitude"[30], que, sem revanchismo, quando se vê ameaçada, por instinto natural de manutenção de seus privilégios, trocam as pautas, falas e diálogos que possam descentralizar o poder e dar sentido à expressão "dignidade humana" a muitos brasileiros.

Certo é que essas ações contribuem para a conscientização, a justiça histórica e a construção de uma sociedade mais igualitária e inclusiva, mas que, antes de tudo, precisa de base de convencimento, a fim de que a concretude resvale.

11.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontua-se, assim, a necessidade de se destacar e trazer à realidade o direito antidiscriminatório para todas as perspectivas do poder público e privado, instituições de ensino e mercados econômicos, compreendendo as questões de gênero, cor, etnia, orientação sexual, pessoas com deficiência e demais fatores e situações que configurem exclusão de direitos e intensificação da desigualdade social brasileira.

Vale confabular que, independentemente do "lado da assembleia que se sente"[31], o capital sentar-se-á juntamente, considerando que ele se reproduz onde convém para ele. Tão logo assentado esse entendimento da sua não reprodução em solidão e sempre em exploração de todos os recursos e vias de trabalho, seria interessante utilizar a ampliação da mais valia em consonância e atendimento ao nosso arcabouço jurídico que também o protege e se compromete a cada dia, porém, sem a eficácia intrínseca do pretendido pelas legislações nacionais e internacionais que regulam as matérias sociais.

[30] Título do livro da Profa. Dra. Cida Bento, no qual ela explica que o termo "branquitude" deriva de um pacto não verbalizado de preservação de um grupo nos melhores lugares sociais. "A branquitude se expressa em uma repetição ao longo da história, de lugares de privilégio assegurados para as pessoas brancas, mantidos e transmitidos para as novas gerações" explica. Nesse livro, a cofundadora do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (Ceert) reúne sua experiência para apresentar evidências desse acordo tácito e nos convida a deslocar nosso olhar para aqueles que, a fim de se manterem no centro, impelem todos os outros à margem. BENTO, Maria Aparecida da Silva. Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. 2002. 185f. (Tese de Doutorado). Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2002, pp. 57-58. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/publico/bento_do_2002.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

[31] Os termos "esquerda" e "direita" entraram no repertório político após a **Revolução Francesa** (1789). Os parlamentos, formados por toda a França entre 1789 e 1799, eram organizados de forma que os **representantes da aristocracia se sentavam à direita, e os comuns, à esquerda do orador.**

12. A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

Érica Guerra da Silva[1]

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a evolução da propriedade privada para ponderar sobre a função social da empresa na perspectiva da recuperação judicial. A Lei 11.101, de 2005 introduziu no ordenamento pátrio a recuperação judicial, comum e especial, instituto que visa permitir a superação da crise econômico-financeira pela atividade econômica organizada. O devedor que se submete ao procedimento da recuperação judicial deve atender a função social da empresa empenhando-se em atender os interesses sociais de incentivar empregos, a circulação de riquezas e serviços e arrecadadora de tributos.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade privada. Função social da empresa. Recuperação judicial.

12.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho concentra-se na análise da função social da empresa à luz do instituto da recuperação judicial, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresa e Falência.

Destacando-se o avanço ocorrido com a Lei 11.101/2005 adaptou a legislação brasileira à visão do direito concursal contemporâneo.

O trabalho apresenta-se da seguinte forma: no item 1 estuda-se a evolução do Estado e a irradiação para o direito privado da ideia de sociabilidade. No item 2 examina-se o conceito de propriedade e a evolução da propriedade empresária que passou a ser observada segundo a abordagem social, passando-se a exigir a observância da função social da empresa. No item 3 analisa-se o enfoque da função social da empresa à luz do instituto da recuperação judicial.

As atividades econômicas organizadas possuem grande capacidade criadora, de geração de recursos, empregos e tributos, num contexto em que o bem-estar comum depende cada vez mais de uma ação cooperativa e integrada de todos os setores da sociedade. Uma vez no exercício de atividade economicamente organizada, a atividade empresarial adquire relevância no ordenamento jurídico brasileiro, eis que o desenvolvimento desta atividade deve obedecer aos ditames da função social da empresa.

[1] Pós-doutora pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais. Presidente da Comissão de Direito Empresarial do IABrasileiros, 2022/2025. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR).

12.2 O ESTADO SOCIAL E O DIREITO PRIVADO

O direito privado, direito civil e direito empresarial, tem passado por modificações nos seus lineamentos nos últimos séculos. A ideia de um direito individualista vem sendo afastada pela ideia de valorização dos interesses sociais. Esta mudança passou a ocorrer nas primeiras décadas do século passado[2] quando, influenciado pelos movimentos sociais e a industrialização, o Estado teve de intervir na economia iniciando-se o Estado de índole social.

No século XX, identifica-se nas Constituições princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. O Código Civil de 1916, que esboçava ideias individualistas e patrimonialistas, foi sendo enfraquecido pela edição de leis extravagantes que já esquematizavam princípios voltados para justiça social.

A Constituição de 1988 traz em seu texto a ideia do pós-positivismo, em que os princípios têm supremacia, ou seja, são "convertidos em pedestal normativo sobre qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais."[3]

Com a fragmentação de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador das relações econômicas e privadas, do ordenamento civil.[4]

O Código Civil de 2002 atende aos valores e finalidades traçados como orientadores de todo o ordenamento jurídico no texto constitucional, pois abandona a visão individualista e baseia-se em ideias solidárias, porém, tal modificação não foi suficiente para torná-lo novamente o centro unificador das relações privadas.

12.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA

O conceito de propriedade acompanhou as mudanças ideológicas do Estado[5], sendo,

[2] Para o historiador Eric Hobsbawm *in* (FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso.** *In* Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013, p. 20): "a Primeira Guerra Mundial assinala "o colapso da civilização (ocidental) do século XIX" e marca o fim do liberalismo econômico que caracterizou aquele século. A partir daí, o mundo passa a ser palco de profundas transformações políticas, sociais e econômicas, produzidas, muitas vezes, no ambiente devastador de grandes conflitos bélicos ou de profundas crises econômicas, mascas da História do Século XX. A queda da Bolsa de Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção e expansão."

[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed., São Paulo. Malheiros, 1999, p. 237.

[4] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro, 2004. Lumen Juris, p.97.

[5] "A queda da Bolsa De Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção e expansão. Ambiente em que a ortodoxia Keynesiana ganha força, une políticos e economistas e passa a exercer grande influência em todo o mundo. Na política, contrapondo-se ao socialismo real e ao fascismo, programas de diversos governos de países desenvolvidos são contagiados pelos ideais da social democracia e do "estado do bem-estar social", o "Welfare-state". Um dos mais notáveis defensores dessa "ideologia" foi o economista suéco Gunnar Myrdal, com o argumento de que o objetivo não era simplesmente reduzir desigualdades e distribuir renda, mas que se tratava de questão

hoje, a visão de proprietário como ser social que tem o dever individual de empregá-la na produção de uma riqueza social, se quiser desfrutar da tutela estatal que protege a posse e o domínio que exerce sobre ela. Deixou-se de lado a visão egocêntrica de propriedade para uma participação direta do proprietário, através do comprometimento consigo próprio e também com o desenvolvimento da sociedade, para que ocorra a satisfação das necessidades materiais de todas as pessoas.

Apesar de 1969 a carta constitucional fazer referência à função social da propriedade coube a Constituição Federal de 1988 assumir uma postura ostensivamente social, no que concerne ao uso da propriedade. A partir de então, inaugura-se uma fase que se relativiza a garantia de que dispõe o proprietário sobre a sua propriedade.

A Carta Constitucional vigente manteve as cláusulas já anteriormente consagradas, tanto no rol dos direitos e garantias individuais, art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIX, XXV, XXVI, como no título destinado à disciplina da ordem econômica e financeira, art. 170, II e III.[1]

A função social da propriedade está inserida na ideia exercício do direito da propriedade, em prol dos interesses de todos e não só para si. Na verdade, a função social da propriedade é uma forma de conjugar fruição individual do bem e o atendimento da sua função social visando que o titular da propriedade não abuse do seu direito.

A função social da propriedade tem previsão legal na Constituição Federal[2], no novo Código Civil[3] e em leis esparsas.[4]

---

fundamental para o desenvolvimento econômico." (FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso.** *In* Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013, p. 20-38)

[1] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

[2] Art. 5º - *omissis*. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Art. 170 – *omissis*. III - função social da propriedade.

[3] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

[4] Lei 6.404/76, Art. 116: *omissis*. Parágrafo único**.** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Lei 11.101/05 – Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise

Verifica-se que o legislador está atento à unidade que deve existir no Ordenamento Jurídico, que garante a certeza e a segurança no campo jurídico. Como ensinava Noberto Bobbio, ao explicar a Teoria do Ordenamento Jurídico:

> A certeza e a segurança no campo jurídico reclamam um ordenamento jurídico baseado em três caracteres fundamentais: a unidade (o direito como um sistema unitário de normas); a coerência (negar que nele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si) e a completude (ordenamento jurídico é completo, significa, pois, negar a existência de lacunas na lei). [5]

No século XX, a ideia de massificação nas operações econômicas, especificamente, nos contratos através dos contratos de adesão, tornando as relações obrigacionais mais vulneráveis, alteraram o objeto da garantia constitucional da propriedade.

Evoluiu-se para conceituar a propriedade em industrial, intelectual e de empresa, em que a propriedade recai sobre bens produtivos, ou seja, nos bens utilizados para o desenvolvimento do objeto social da empresa.

Levando-se em consideração esta concepção de propriedade mais ampla que podemos falar em função social da empresa, que estabelece o poder-dever do proprietário dar uma destinação para a atividade empresarial compatível com o interesse da social.

O interesse social quer significar o empenho da empresa como incentivadora de empregos, da circulação de riquezas e serviços e arrecadadora de tributos, meios pelos quais dá destinação social dos bens que lhe pertencem.

Ao buscar contribuir para que todos tenham uma vida digna para todos, a empresa apenas coopera com o Estado a quem cabe toda política social. Nesse sentido, Fabio Konder Comparato aduz:

> A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

Complementa:

> (...) a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deva atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por

econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

[5] BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 197-210.

> essa razão, a meu ver, que a chamada "propriedade de empresa" não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.[6]

Os direitos fundamentais devem ser objeto de uma política pública destinada a atender aos objetivos fundamentais declarados na Carta Constitucional de 1988 através de mecanismo que permitam a realização da justiça social.

A Constituição ao exigir como finalidade da ordem econômica "assegurar a todos existência digna", fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, mas também à organização econômica que deve ter como foco de suas atitudes o respeito aos padrões universais de direitos humanos, de cidadania e de participação na sociedade.

A empresa deve cooperar para que o Estado cumpra com os seus deveres fundamentais através de medidas internas e externas que garantam a produção de lucros, finalidade precípua da atividade econômica organizada, e o convívio adequado com empregados, os fornecedores, os consumidores, a sociedade e o meio ambiente.

Ademais, a empresa que atende a sua função social, arrecadando corretamente seus tributos, contribui para o financiamento do Estado possa atender aos objetivos da República de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

12.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresa e Falência, reconhece a importância da manutenção da empresa para vida social. Ciente que a reorganização econômica da empresa auxilia na observância de sua função social.

O art. 47 deste diploma legal assim dispõe sobre a Recuperação Judicial:

> "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Jorge Lobo analisando o referido artigo expõe:

> "Recuperação Judicial é um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e

[6] www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html.

> fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia (...).”[7]

O procedimento da recuperação judicial exige uma ação coletiva entre devedor e as classes de credores interessadas na manutenção do organismo empresarial, apesar dos seus interesses serem diversos: I) Empregados: fonte da qual extraem o seu salário; II) Provedores do fator capital (Instituições Financeiras): recompensa pelo uso do capital (juros e demais encargos) e III) Fornecedores de tecnologia e matérias-primas: fazem em função dos preços que cobram. Na recuperação judicial demonstra-se que os custos com a conservação da empresa são inferiores à sua liquidação.

A recuperação judicial é uma espécie do gênero recuperação de empresa que visa superar a crise econômico, financeira e patrimonial do devedor: empresário, da sociedade empresária, do produtor rural, da cooperativa médica que opera plano de saúde, como disposto nos artigos 1º; 6º, § 13 e 48, §§ 1º e 2º da Lei 11.101/2005, conforme alterações promovidas pela Lei 14.112/2020.

Como recuperação judicial entende-se o procedimento em que o devedor, que exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos, apresenta ao Poder Judiciário pedido de recuperação judicial, informando a crise econômico-financeira que está passando e que atende aos requisitos exigidos pelo art. 48 da Lei 11.101/2005.

Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, promover a constatação das condições de funcionamento do devedor e da regularidade da documentação apresentada (art. 51-A da Lei 11.101/2005).

O magistrado deferindo o processamento concederá 60 (sessenta dias) para que o devedor apresente um plano de recuperação. A lei descreve um rol exemplificativo dos meios que o empresário poderá utilizar para recuperar sua atividade. Apresentando o plano, esse deverá ser acompanhado de um resumo para fins de publicação de um edital para ciência dos credores do devedor, que poderão apresentar objeção ao plano.

A assembleia geral de credores só será constituída caso haja objeção ao plano por um credor. Nesse caso, o órgão de deliberação, atendidas as formalidades legais de quóruns de instalação e deliberação, o aprovará ou não. Sendo a deliberação desfavorável ao plano apresentado, o devedor deverá manifestar sua concordância ou não com o decidido pela assembleia, sendo ainda, permitida a apresentação de plano de recuperação judicial pelos credores (art. 56, § 4º da lei 11.101/2005). A lei prevê a possibilidade de o juiz deferir a recuperação judicial mesmo não havendo aprovação da assembleia geral de credores, desde que cumpra o disposto no art. 58, § 1º da Lei 11.101/2005.

Deferido o plano de recuperação, o devedor passa para o status “em recuperação” devendo essa informação constar na Junta Comercial. A lei prevê o prazo de dois anos

[7] LOBO, Jorge. *In* **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 104-105.

para o encerramento do processo e, nesse período, o descumprimento de qualquer das obrigações acarretará a convolação da recuperação em falência. Sendo as obrigações assumidas por prazo superior a 2 (dois) anos, caso haja o descumprimento, será objeto de execução específica ou requerimento de falência.

O legislador não sujeitou à recuperação judicial os créditos tributários e Previdenciários. Também não se sujeitam à recuperação judicial os créditos decorrentes da Alienação Fiduciária; Leasing*;* Adiantamento Contrato de Câmbio; Contrato de venda com reserva de domínio; promessa de compra e venda irretratável, inclusive incorporações imobiliárias.

Já na recuperação da ME e EPP (Lei Complementar 123/2006)[8], o legislador previu apenas um meio de recuperação, o parcelamento das dívidas do devedor em até 36 (trinta e seis) meses, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a (doze por cento ao ano). Sendo certo que o pagamento da 1ª (primeira) parcela deverá ser efetuado no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial. Estarão sujeitos a esse plano todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os créditos tributários e Previdenciários. Também não se sujeitam à recuperação judicial especial da ME e EPP os créditos decorrentes da Alienação Fiduciária; Leasing*;* Adiantamento Contrato de Câmbio; Contrato de venda com reserva de domínio; promessa de compra e venda irretratável, inclusive incorporações imobiliárias. Não haverá necessidade de instalar assembleia de credores e não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções referentes aos créditos não compreendidos pelo processo de recuperação.

Cumpre dizer que o ME e EPP (Lei Complementar 123/2006) poderão optar em não requerer recuperação judicial segundo as regras dos empresários assim qualificados, para tanto o deverá afirmar na petição inicial que não adotará o plano especial.

A Lei Complementar 128, de 19 de dezembro de 2008 alterou a Lei Complementar 123/2006 para fazer constar o Microempreendedor Individual (MEI), quem tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais). Já a Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, alterou a Lei Complementar 123/2006 possibilitou o produtor rural pessoa física e ao agricultor familiar se formalizar como, Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e MEI (MEI Rural), passando a ter os benefícios da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa.

No ano de 2020, a Lei 14.112 introduziu o art. 70-A para permitir a recuperação judicial do produtor rural pessoa natural, desde que o valor da causa não exceda a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

No seu parecer o saudoso Senador Ramez Tebet, relator do projeto de lei na Comis-

[8] Artigo 3º da Lei Complementar 123/2006: I - no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

são de Assuntos Econômicos, que resultou na Lei 11.101/2005, já manifestava o interesse do legislador de trazer para o ordenamento jurídico brasileiro mais um instituto que permitirá a empresa atender sua função social:

> "Em razão da função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. "[9]

Ao regulamentar a recuperação de empresa, através da recuperação judicial (procedimento comum e especial), o legislador estabeleceu que o devedor se voltar a atender a função social da empresa.

12.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O século XX foi marcado por Guerras Mundiais e Crises Macroeconômicas, que corroboraram para evolução do Estado. As Cartas Constitucionais passaram a descrever as regras e princípios voltados para justiça social.

A Constituição Federal de 1988 assumiu uma postura ostensivamente social, no que concerne ao uso da propriedade.

O direito privado, no âmbito do direito civil, abandona as ideias individualistas e patrimonialistas do Código Civil de 1916, para avançar na promulgação do Código Civil de 2002, atendendo aos valores e finalidades baseando-se em ideias solidárias.

Na seara do direito empresarial, especificamente, no direito concursal, a Lei 11.101/2005 promoveu as mudanças voltadas para uma visão de manutenção da atividade empresária. Para tanto, regulamenta as espécies de recuperação de empresas: judicial (comum e especial) e extrajudicial.

A recuperação judicial está em consonância com a ideia de sociabilidade, que impõe um comportamento positivo por parte do empresário em crise econômico-financeira de buscar junto aos credores, sob o crivo do Poder Judiciário, a solução de crise e, consequentemente, a manutenção da fonte produtora de emprego, responsável pela circulação de riquezas e arrecadadora de tributos.

12.6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed., São Paulo. Malheiros, 1999.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Planalto, Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004- 2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 28. set. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.

[9] GUERRA, Érica e LITERENTO, Maria Cristina Frascari (org.) **Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/02/2005**. Campinas: LZN, 2005, p. 298.

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 28. set. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm. Acesso em: 28. set. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm. Acesso em: 28. set. 2023.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Curitiba: Juruá, 2021.

FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso.** *In* Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013.

GUERRA, Érica e LITERENTO, Maria Cristina Frascari (org.) **Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/02/2005**. Campinas: LZN, 2005.

LOBO, Jorge. *In* **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro, 2004. Lumen Juris. www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html. Acesso em 20/09/2023.

13. A PROPRIEDADE EM DEBATE: PROIBIÇÃO CONDOMINIAL DE ALUGUEL POR AIRBNB

Gabriel Dolabela Raemy Rangel[1]

RESUMO: Com as mudanças tecnologicas que o mundo vem sofrendo nas últimas décadas e o desenvolvimento do que passou a ser chamado de "economia compartilhada", tornam-se cada vez mais populares aplicativos para locação de imóveis por temporada, sendo o exemplo mais conhecido o Airbnb. Dessa forma, o presente trabalho visa a discutir a possibilidade de condomínios edilícios proibirem esse tipo de locação, sendo abordados temas, como a função da propriedade e o direito de vizinhança, colocando-se em debate, ainda, a recente posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Locação temporada; Condomínio edilício; Direito de propriedade; Tecnologia.

13.1 INTRODUÇÃO

O mundo, nas útilmas décadas, vem passando por aceleradas mudanças, marcadas pelo surgimento de novas tecnologias, novos meios de comunicação e, até mesmo, novos valores. A pandemia da COVID-19 acelerou esse processo, fazendo com que o teletrabalho tenha virado algo mais presente, e gerou uma percepção de que o mundo está cada vez mais conectado em um modelo de redes. Assim, novas preocupações nascem nesse contexto, até porque, como afirma Gabriel Schulman, "as informações viajam em ritmo acelerado, e as violações ocorrem na velocidade da luz".[2] Hoje preocupa-se muito com a proliferação de *fake news* e a tutela dos dados e informações pessoais nas redes sociais. Fala-se muito de metaverso e do que pode ser feito ou não, nesse ambiente. São muito estudados os meios de prevenção de golpes na *Internet* e fala-se em herança digital. Não faltam exemplos de novas situações nas quais os estudiosos do Direito passam a se debruçar.

É preciso lembrar que uma das coisas que sofreu sensível alteração nesse processo de virtualização e modernização dos novos tempos é o modelo de locação de imóveis por temporada. Hoje, com o surgimento de diversos aplicativos e *sites*, é muito simples para qualquer pessoa anunciar um imóvel ou até mesmo uma parte ou um cômodo da sua própria casa para locação de curto período. Por outro lado, qualquer turista consegue, com um *click*, encontrar acomodações diversas, com excelentes preços. Talvez o aplicativo mais conhecido do mercado seja o americano Airbnb, que fora criado em 2008, na Califórnia e, hoje, disponibiliza imóveis de terceiros em praticamente todo o mundo.

[1] Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF, Mestre em Direito pela UGF, advogado, professor da UCAM e Presidente da Comissão de Direito Civil do IAB.

[2] SCHULMAN, Gabriel. Privacidade em tempos de internet.com: O espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). Direito Civil: entre o sujeito e a pessoa. Belo Horizonte: Fórum. 2016, p. 333.

Com os elevados preços de hotéis em lugares turisticos, a popularização do Airbnb foi triunfal e vem permitindo, a um só tempo, que os turistas viagem com baixos custos e que os proprietáros de imóveis consigam renda de modo simples e agil. Não raras as vezes, um proprietário de imóvel vê-se arcando com as despesas e encargos do bem, sem conseguir inquilino para uma locação duradoura e vê, no Airbnb, uma solução momentânea para obter equilibrio financeiro. Trata-se de parte do movimento que ficou conhecido como "economia compartilhada"[3], o que pode ser entendido como fenômeno da *Internet*, facilitador de que pessoas, possuidoras de capacidades excedentes de bens ou serviços, disponibilizem essas capacidades a interessados, pelas plataformas, a exemplo do Uber[4], DogHero[5], BlaBlaCar[6], entre outros.

Não há uma regulamentação no Brasil específica sobre os serviços de locação por temporada em aplicativos. Há, em nossa legislação, apenas o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) que pode ser aplicado em alguns aspectos para a relação do usuário com a plataforma, e a Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91) que, em pouquíssimos dispositivos, trata superficialmente da locação por temporada, defenindo-a como aquela não superior a 90 dias, destinada à residência temporária do locatário para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel etc. Também existe a Lei n.º 11.771/2008, que trata das Políticas Nacionais de Turismo e menciona o contrato de hospedagem, cuja aplicação é muito discutível no caso do Airbnb.

Encontra-se, em trâmite no Senado, o Projeto de Lei n.º 2474/2019, de autoria do senador Ângelo Coronel, que visa a alterar a legislação vigente para disciplinar as locações por plataformas no âmbito da economia compartilhada. Mas não parece estar próximo de obter aprovação, ocupando estágio incipiente na casa legislativa.

Quando a locação por temporada tem por objeto um imóvel inserido em condomínio residencial edilício, não raras as vezes, ocorre que os vizinhos, pela ampla circulação de hóspedes, queixam-se, alegando riscos à segurança, ao sossego e até mesmo à saúde dos demais condôminos. Estabelecem-se, dessa forma, debates e rusgas entre os condôminos que se transpõem, muitas vezes, em processos judiciais. Alguns sustentam que, em sendo o condomínio residencial, não poderia ser exercida atividade comercial de locação por temporada. Alguns condomínios optam por simplesmente proibirem locações dessa natureza, criando regras em assembleia que são questionadas na Justiça. É, em suma, um amplo debate que tem, como pano de fundo, a função social da propriedade privada.

Sendo assim, o presente trabalho visa a abordar aspectos do direito de propriedade

[3] SILVEIRA, Lisilene Mello; PETRINI, Maria; SANTOS, Ana Clarissa Matte Zanardo dos. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? REGE. Revista de Gestão USP, v. 23, n. 4, pp. 1-8, 2016. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rege/article/view/129033/125686. Acesso em: 29 abr. 2023.

[4] Uber é um aplicativo de mobiliada urbana.

[5] DogHero é um aplicativo para que usuários encontrem hospedagem e passeadores para seus animais de estimação

[6] BlaBlaCar é um aplicativo de caronas.

no Brasil, enfrentando as faculdades atribuídas ao titular desse direito e as suas limitações. Será discutida, portanto, se a atividade de locação de imóveis por temporada é considerada atividade comercial, bem como a possibilidade de proibição por parte dos condomínios edilícios da locação de temporada. Abordar-se-á, ainda, a posição do Superior Tribunal Justiça sobre o tema.

13.2 DIREITO DE PROPRIEDADE EM DEBATE

A ideia de propriedade como direito fundamental de primeira geração[1] decorre da noção de liberdade do cidadão contra o arbítrio do Estado, o que passou a frequentar o pensamento burguês liberal no século XVIII. Desde então, as constituições, em praticamente todo o mundo, reconhecem a necessidade de respeito à propriedade privada, como condição necessária à liberdade e à dignidade humana. Porém, no século XX, em um movimento de emergência de questões sociais e justiça distributiva, surgiram medidas e diplomas legais tendentes a uma perspectiva funcionalizada da propriedade. Tome-se, como exemplo, a Constituiçao Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Por essa perspectiva, aos poucos, foi sendo abolida a ideia de um direito de propriedade absoluto, alheio a questões sociais.

A Constituição da República de 1988 dedicou especial atenção à noção de propriedade, afastando-se, acertadamente, de uma noção individualista e unitária que vigiu no passado. Optou o constituinte por afastar um caráter absoluto da propriedade, apontando pela necessidade de respeito à sua funcção social.[2] Trata-se de uma noção menos excludente da propriedade, impondo um comportamento mais solidário e atento ao interesse social. O proprietário deve ter um comportamento regular, exercendo o seu direito não apenas em atenção aos seus interesses privados, mas também ao interesse de toda a coletividade.[3] Considerando a ideia de função social da propriedade, foi inserida, no artigo 5.°, XXIII, da Constituição da República, na forma de princípio, essa ideia que jamais poderá ser analisada isoladamente, mas sempre, dentro de um sistema harmônico e aplicada aliadamente a outros princípios, tais como a dignidade humana, a livre inidiativa, a justiça social etc.

O italiano, Pietro Perlingieri, bem diferencia a estrutura e a função dos fatos jurídicos, sendo que o “como é?” evidenciará a estrutura, e o “para que serve?”, a função.[4] Saber a função de determinado instrumento é o verdadeiro elemento que deve ser perquerido, a fim de saber o que efetivamente está sendo tutelado e qual é o objetivo final daquela tutela. Outro autor italiano, Stefano Rodotà, vem, desde a década de 60, sustentando que

[1] BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.
[2] NADER, Paulo. Direito das Coisas. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.
[3] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das coisas. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 79.
[4] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 94.

o direito de propriedade, para além de ser um mero conceito jurídico, insere-se na mentalidade de como usufruir dos bens em sociedade.[5] Essas ideias apontam no sentido de que a forma de lidar com a propriedade deve ir para muito além de uma visão individualizada e meramente patrimonial, isto é, a propriedade não é apenas um instrumento de satisfação de interesses econômicos, mas também de concretização e proteção de valores relevantes não só para o proprietário.

Há que se destacar que, nas últimas décadas, o direito privado vem sofrendo um processo de constitucionalização, de sorte que normas constitucionais passam a ser aplicadas nas relações privadas de modo direto, com a constante necessidade de diálogo entre as fontes e uma maior preocupação com questões existenciais do que com apenas situações patrimoniais. Nota-se inclusive a ideia de superação da tradições da dicotomia entre direito público e direito privado.

O Código Civil, no artigo 1228, assegura ao proprietário as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, determinando, por outro lado, no parágrafo primeiro, que a propriedade será exercida, consoante finalidades sociais, preservando o meio ambiente de modo geral e o patrimônio histórico:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1 o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Ao que parece, há uma sintonia entre a redação do Código Civil e os artigos 5.°, XXIII e 170, da Constituição da República. As faculdades supramencionadas, quando juntas, dão ao seu titular a propriedade plena. Caso ocorra o desdobramento de alguma desssas faculdades, estar-se-á diante de uma propriedade limitada, como é o caso do urufruto ou do direito de uso.

O direito de usar corresponde à capacidade de o títular servi-se da coisa, sem modificar a sua substância. Já a faculdade de gozar (usufruir) importa na possibilidade de o proprietário extrair os frutos da coisa, com um proveito econômico, como, por exemplo, os aluguéis. A faculdade de dispor refere-se à possibilidade de se desfazer do objeto, vendendo-o, doando-o, etc. Por fim, a possibilidade de reivindicar a coisa é colocada em prática pela ação reivindicatória, possível de ser movida contra quem injustamente possua o bem.

O que tem serventia para o presente trabalho é a possibilidade de gozo do bem. O proprietário tem o direito de gerar rendimentos com a coisa, gerar frutos (artigo 95, do Código Civil), o que, de modo geral, será realizado no caso de bens imóveis pelo aluguel.

[5] RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in tema di proprietá. Riviste Trimestrale Diritto e procedura, 1960, p. 1252.

Os alugueis são frutos civis e, como dito, as regras de locações urbanas encontram-se previstas na Lei n.º 8245/91, e as regras de locações rurais, na Lei n.º 4504/64 (Estatuto da Terra).

Sucede que, como dito, o exercício do direito de propriedade e a sua faculdade de gozo devem ser guiados não só pelo objetivo individual econômico do proprietário de lucro, como ainda servir à sua função social e respeitar diversos limites estabelecidos pela legislação. Nesse aspecto, encontra-se o direito de vizinhança (artigo 1277, do Código Civil) que restringe as faculdades do proprietário, em prol de uma harmônica e saudável convivência social. Não há dúvida de que o sossego e a segurança, por exemplo, dos imóveis vizinhos precisam ser respeitados. Trata-se de uma velha máxima repetida de que o direito de um termina quando começa o direito de outro.

Nesse sentido, as palavras de Edson Fachin são esclarecedoras:

> No que concerne à propriedade imobiliária, o assunto apreende o novo Código que condiciona o exercício das finalidades econômicas às metas sociais e ambientais, com preservação da flora, da fauna, do ar, das aguas e do patrimônio histórico e artistico.
>
> No Código Civil vigente, os direitos reais e as relações de vizinhança, em suas diversas manifestações, conflitos e modos de composição, alcançaram o regime jurídico das faculdades, do patrimônio e dos direitos fundamentais no Código Civil à luz da Constituição de 1988. Para tanto, se capta o exercício dos poderes inerentes à propriedade, limites e possibilidades dos direitos de vizinhança, inovações, controvérsias, ações e as novas proposições desafiam o Código de 2022.[6]

O que se tem como conclusão parcial é que, por força da noção de função social de propriedade e das regras emanadas do direito de vizinhança, poderá a faculdade de fruição do imóvel pelo proprietário sofrer certos limites de modo proporcional, satisfazendo interesses da coletividade, por exemplo.

13.3 CONDOMÍNIO EDILÍCIO E A ATIVIDADE DE LOCAÇÃO

Somadas às limitações da propriedade, decorrentes da sua função social e impostas por lei, em se tratando de propriedade imobiliária, inserida em condomínio edilício (artigo 1331, do Código Civil), haverá regras outras a serem seguidas, eis que, para além de um direito exclusivo de sua área privada, há o direito incidente sobre as partes comuns do condomínio, sendo que a existência de normas de convivência é fundamental para manutenção da harmonia. É bem verdade, contudo, que o artigo 1335, do Código Civil, diz expressamente que é direito do conômino “usar, fruir e livremente dispor das suas unidades”, deixando claro que o uso e gozo de unidade privada por parte do condômino dizem respeito exclusivamente a ele e à sua autonomia da vontade.

Todavia, o que se tem é que a pessoa que opta por residir em determinado condomí-

[6] FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 58.

nio adere a um microssistema condominial, que abrange convenção, regimento interno, regulamentos, avisos etc. Esse mocrossistema pode estipular regras sobre a convivência, norteando inclusive os condôminos sobre os seus direitos e deveres, estabelecidos nos artigos 1335 e 1336, do Código Civil. Trata-se de um verdadeiro desdobramento da autonomia da vontade, plasmado nas deliberações dos condôminos. Assim, a grande questão do presente trabalho é entender qual o limite dessas deliberações condominiais. Ou melhor, qual tipo de deliberação chegaria ao ponto de ofender o direito de propriedade ou escaparia da razoabilidade e proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em vários oportunidades sobre as limitações e restrições impostas por norma condominial. Por exemplo, entendeu a Corte que é vedado ao condomínio impor restrição à guarda de animais em edifício.[7] Tambem decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de se criar restrições ao condômino inadimplente no uso de áreas comuns.[8]

No caso da proibição de aluguel de temporada por aplicativo em condomínio vertical, o argumento, comumente usado pelos condomínios, é o de que o exercício dessa prática, de modo reiterado e contínuo, poderia caracterizar atividade comercial, o que poderia ser vedado em um condomínio com finalidade residencial. Outro argumento, baseado no direito de vizinhança, é no sentido de que a circulação de muitos hóspedes diferentes colocaria a segurança e o sossego dos moradores em risco.

Sucede que a atividade de locação por aplicativo, por mais reiterada que seja, não parece ser atividade de caráter comercial. A locação de um imóvel inteiro ou de apenas um cômodo pelo Airbnb, na falta de uma legislação específica no Brasil, há de se considerar como uma locação por temporada nos moldes da Lei n.º 8.245. Não parece ser possível imaginar a sua caracterização como "hospedagem" no sentido dado pela Lei n.º 11.771/2008 que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e questões correlatas. É que, por uma simples leitura do texto dessa Lei, ao conceituar hospedagem, vê-se que não é essa a hipótese:

> Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.783.076/DF. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1783076&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 14 maio 2023.

[8] SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.699.022/SP. Reltator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 de maio de 2019. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859214077/inteiro-teor-859214087. Acesso em: 14 maio 2023.

Como se vê do dispositivo, são necessários ao menos dois requisitos para caracterização da hospedagem, a saber: o alojamento temporário de unidades de uso exclusivo de hóspede e a existência de serviços de hospedagem. Ora, o aluguel por Airbnb não é hospedagem ofertada de modo formal e profissionalizado, tampouco envolve serviços anexos típicos de hotéis e pousadas. Ademais, o aluguel por Airbnb não necessita de obtenção de licenças e permissões do Poder Público, tampouco sujeita-se à tributação do setor hotelereio. Assim, por mais que o inquilino, usuário do Airbnb, não esteja alugando o imóvel para fixar a sua residência, não será retirada a destinação residencial do condomínio edilício.

Proibir o aluguel por aplicativo ao utilizar o argumento de que traria prejuízos à segurança e ao sossego do imóvel não parece ser razoável e proporcional. Não parece crível que a simples entrada de hóspedes no edifício chegue ao ponto de incomodar, de maneira excessiva, e justificar uma proibição em abstrato. Além disso, esses riscos invocados poderiam ser tranquilamente minimizados por outros caminhos, tais como instalação de sistema de câmera, exigência de cadastramento prévio dos hóspedes, treinamento de porteiros e funcionários, estabelecimento de um limite máximo de quantidade de ocupantes por unidade etc.

Com efeito, a noção de proporcionalidade reside justamente na concepção de que a restrição do direito ou do bem jurídico seja compensada pela promoção de interesse contraposto em uma análise comparativa de custos e benefícios.[9] No caso ventilado, parece ser desproporcional limitar a faculdade de fruição, inerente ao direito de propriedade, a pretexto de preservar um abstrato direito de segurança e sossego dos vizinhos, mormente considerando a existência de outros meios de controle e organização do fluxo de pessoas no edifício.

O Superior Tribunal de Justiça, há pouco, enfrentou esse tema no Recurso Especial n.° 1.819.075/RS, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão que ficou vencido, sendo designado para o Acórdão o Ministro Raul Araújo. Por maioria, entendou a Corte que seria lícito ao condomínio estabelecer a proibição de locação por aplicativo. Merece a transcrição da ementa:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO RESIDENCIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. LOCAÇÃO FRACIONADA DE IMÓVEL PARA PESSOAS SEM VÍNCULO ENTRE SI, POR CURTOS PERÍODOS. CONTRATAÇÕES CONCOMITANTES, INDEPENDENTES E INFORMAIS, POR PRAZOS VARIADOS. OFERTA POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS ESPECIALIZADAS DIVERSAS. HOSPEDAGEM ATÍPICA. USO NÃO RESIDENCIAL DA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE, COM POTENCIAL AMEAÇA À SEGURANÇA, AO SOSSEGO E À SAÚDE DOS CONDÔMINOS. CONTRARIEDADE À CONVENÇÃO DE CONDO-

[9] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 478.

MÍNIO QUE PREVÊ DESTINAÇÃO RESIDENCIAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem. 2. Na hipótese, tem-se um contrato atípico de hospedagem, que se equipara à nova modalidade surgida nos dias atuais, marcados pelos influxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação e acesso proporcionadas pela rede mundial da internet, e que se vem tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhorios, e, de outro, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo. 3. Trata-se de modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados. 4. Embora aparentemente lícita, essa peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária, nem tem legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, regidas pela Lei 8.245/91, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada (art. 48 da Lei de Locações). 5. Diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado de quartos existentes num imóvel para hospedagem de distintas pessoas estranhas entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias. 6. Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da rede tradicional provisora de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei 11.771/2008. 7. O direito de o proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício. 8. O Código Civil, em seus arts. 1.333 e 1.334, concede autonomia e força normativa à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV). 9. Não obstante, ressalva-se a possibilidade de os próprios condôminos de um condomínio edilício de fim residencial deliberarem em assembleia, por maioria qualificada (de dois terços das frações ideais), per-

> mitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando o uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, querendo, incorporarem essa modificação à Convenção do Condomínio. 10. Recurso especial desprovido.[10]

Para darmos fechamento a esse estudo, passamos as considerações finais acerca do tema.

13.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças, aceleradas do mundo digital em que vivemos, afloram diversas discussões existenciais e novos debates jurídicos. O surgimento de um modelo de economia compartilhada, realizado por modernos aplicativos, capazes de conectar pessoas, coisas e serviços, vem desencadeando debates arrojados e interessantes em nossos tribunais. As locações por temporada pelos aplicativos, como o Airbnb, popularizaram-se, e alguns condomínios edilícios passaram a estabelecer regras, determinando a sua proibição, com o argumento de que disvirtuariam a finalidade residencial do edifício e causariam riscos à segurança e ao sossego dos condôminos.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, entendeu por legitimar as proibições impostas pelos condomínios. Contudo, o que se defendeu, neste artigo, é o desacerto dessa decisão, eis que a atividade de locação por Aibnb não corresponde ao contrato de hospedagem previso na Lei n.º 11.771/2008, tampouco pode ser encarada como atividade comercial. Não parece existir um desvirtuamento do caráter residencial do edifício. É bem verdade que deveria haver uma regulamentação a respeito do assunto, e a omissão gera desconfortáveis dúvidas. Mas, enquanto não for criada legislação específica, é possível buscar socorro nas regras de locação por temporada da Lei n.º 8.245.

Ademais, é desproporcional limitar a faculdade de fruição inerente ao direito de propriedade, sob o argumento de preservação, em abstrato, direito de segurança e sossego dos vizinhos. Há, na prática, outros meios de controle e organização do fluxo de pessoas no edifício. Citam-se, como exemplos, a exigência de cadastramento prévio dos hóspedes, o treinamento de porteiros e funcionários, além do estabelecimento de um limite máximo de quantidade de ocupantes por unidade.

Embora a propriedade privada, na moderna acepção do Direito Civil, à luz da Constituição, não seja absoluta e tenha que exercer sua função social, podendo sofrer limitações, a essência das faculdades do proprietário precisam ser preservadas, e as limitações devem ser razoáveis e proporcionais.

[10] RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.° 1.819.075/RS. Relator: Ministro Raul Araújo, 20 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018110. Acesso em: 26 maio de 2023.

14. A VOZ E O DIREITO

Gustavo Martins de Almeida[1]

Vox occidi non potest
(A voz não pode ser morta)

RESUMO: O artigo narra a história recente da voz, apontando o impulso recebido pela evolução tecnológica da criação do audiolivro e armazenamento de conteúdo nas nuvens. Após apontar os riscos do uso ilícito da fala, destaca a sua referência em textos legais e o crescente protagonismo na difusão de obras literárias e manifestações de vontade em contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Voz; Vontade; Audiolivro; Contrato verbal.

14.1 INTRODUÇÃO

Um dos destaques da Feira do Livro de Frankfurt de 2023 é o internacionalmente conhecido *audiobook*, doravante chamado aqui "audiolivro". A maior e mais famosa feira de livros do mundo – criada em 1462, após a assunção de parte dos negócios de Gutenberg por seu credor, Johann Fust – se rende ao aprimoramento da tecnologia da transmissão de conhecimento por voz, sendo Embaixador do Audiobook, no evento, o consultor editorial brasileiro, Carlo Carrenho.[2]

É um sinal do crescimento desse mercado que permite "ler" um livro sem o manuseio do objeto físico, hábito disseminado principalmente nas novas gerações. Nos transportes, na ginástica, no lazer, o audiolivro consiste em uma ferramenta de recepção de conhecimento, que vai das nuvens aos ouvidos pelos *podcasts* e servidores – o *Spotify* aderiu, e a *Amazon* lançou o *Audible* – aumentando o alcance da informação. Os fones de ouvido são a nova *longa auris*, um acessório de audição do ser humano, pelos quais transitam não somente os sons de músicas do *Spotify* e outras plataformas, mas também, o conteúdo falado de audiolivros e *podcasts*.

Essa amplitude chama a atenção para o meio de transmissão desse conhecimento – a voz! Dela emanam não apenas emoções, como ainda, direitos e deveres.

14.2 BREVE HISTÓRICO

Hoje podemos provar os pratos saboreados por Luís XIV, pela elaboração da receita pesquisada e registrada[3]; ver a pintura de Pedro Américo; tocar na escultura de Rodin; e

[1] Advogado, Pós-doutorando na USP, membro da Comissão de Direito Digital do IAB e de Direito Autoral do IAB e da OAB, Consultor Jurídico do SNEL, Conselheiro do MAMRIO.
[2] SOBOTA, Guilherme. Carlo Carrenho será o embaixador de áudio da feira do livro de Frankfurt. Publishnews, 23 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2023/08/23/carlo-carrenho-sera-o-embaixador-de-audio-da-feira-do-livro-de-frankfurt-2023. Acesso em: 4 out. 2023.
[3] PARTY LIKE 1660. Recipes from the time of Louis XIV. [s.d.]. Disponível em: https://partylike1660.

sentir o cheiro do perfume usado na corte de Napoleão.[4] Tato, olfato, gosto e visão podem ser reproduzidos, mas não sabemos como era a voz de Dom Pedro I. Como teria sido o grito de Independência, ou a voz de D. Pedro II nas sessões do IAB, ou, ainda, o timbre vocal de Eça de Queiroz?

No entanto, somente, a partir do registro sonoro de Graham Bell, Thomas Edison e outros, em uma máquina com agulha e cilindro de cera, é que pôde ser ouvida a voz registrada de personagens. Posteriormente, a eletricidade permitiu o surgimento da indústria fonográfica em larga escala, com discos de acetato, vinil, CDS e a desmaterialização dos suportes, contendo sons.

Os livros em áudio começaram basicamente em gravações feitas em fitas cassete, para pessoas deficientes visuais ou para aprendizado de línguas, com a possibilidade de se ouvir a pronúncia de outro idioma. Antes disso, disquinhos coloridos tocavam histórias infantis nos anos 60 e 70.

14.2.1 Uso recente

O individualismo, no mundo contemporâneo, se exacerbou pela concentração de mídias, que permitem o acesso ao conhecimento por simples telefone celular, agravado pelo crescente hábito do trabalho remoto, decorrente da pandemia da COVID-19.

Nesse ambiente, o audiolivro ganha espaço, impulsionado pela facilidade de criação, compressão e alteração de arquivos de voz, permitindo a rápida e precisa conversão de texto escrito em palavra falada. Se a geração Alpha, nascida após 2010, tem apego ao visual, surge um movimento de refluxo na educação, de maior atenção à palavra.

O diretor de ciência aplicada da *Amazon*, Ruhi Sarikaya, em 2018, falou sobre a Alexa, assistente pessoal, um "faz quase tudo", comandado por voz[5], e preconizando o fim da fricção, do contato com os aparelhos. Para ele, o "atrito é qualquer variável que impede seu progresso em direção a uma meta, seja comprar um produto ou navegar no tráfego para chegar na hora certa à reunião das 9h. A Amazon está obsessivamente focada em reduzir ou eliminar o atrito".

Na estrada do tempo, a evolução tecnológica do momento dá espaço, sem precedentes, para a voz, como é o caso dos programas de orientação de tráfego *WAZE* e *Google Maps*, com mapas e direções sempre orientadas por voz. Assim, a fala tem ampliado seu potencial gerador de efeitos jurídicos nas mais diversas relações sociais, principalmente, nos contratos.

Também, em 2018, Markus Dohle, CEO da *Penguin Random House*, declarou que "Audiolivros são o futuro. Em menos de sete anos, mais de 50% das vendas digitais da

com/recipes-from-the-time-of-louis-xiv/. Acesso em: 14 out. 2023.

[4] PERFUM LONDON. The History of Perfume – The Ages & Iconic Fragrances. [s.d.]. Disponível em: https://www.pairfum.com/history-of-perfume/. Acesso em: 14 out. 2023.

[5] SARICAYA, Ruhi. Making Alexa more friction-free. Amazon Science, April 25, 2018. Disponível em: https://www.amazon.science/blog/making-alexa-more-friction-free. Acesso em: 14 out. 2023.

Penguin Random House virão dos audiolivros".[1] Ainda, nesse mesmo ano, a gravadora alemã, *Deutsche Grammophon*, comemorou 120 anos de sua fundação em Hannover e completaram-se 140 anos (1878) da primeira apresentação do fonógrafo no Brasil, no Rio de Janeiro, no Edifício da Escola da Freguesia da Glória, para fins pedagógicos.[2] Tecnologia recentíssima, se comparada à descoberta dos tipos gráficos.

Nesse contexto, destaca-se que "*broadcast*" é um termo da língua inglesa, originariamente significando plantio, dispersão das sementes com a mão, que evoluiu para a transmissão de sons e imagens por rádio e televisão. O nome ligado ao termo é da *British Broadcasting Company* (BBC), fundada em Londres, em 1922, por Guglielmo Marconi, inventor do rádio e outros transmissores de rádio amadores, conforme explicação do *site* da BBC.[3] Daí veio "*podcast*" que seria a união do IPO, aparelho de recepção de produtos de áudio, com o termo "*cast*", significando ampla disseminação, palavra logo registrada pelo jornalista, Bem Hammersley, em um artigo no jornal *The Guardian*.[4]

Em 2008, fora criada a plataforma de execução musical, gratuita, *Spotify* que, pelo novo conceito de escuta de música, o *streaming*, fere mortalmente o *compact disc* e hoje atinge cerca de 550 milhões de ouvintes no mundo. Os subprodutos rapidamente são desenvolvidos e surgem *playlists* de músicas, escolhidas pelos usuários ou criadas pela plataforma e disponíveis, com a opção de escuta das músicas sem anúncios comerciais, mediante pagamento de pequena taxa mensal.

Já, em 2018, a *Google* lançou o *Google Podcasts* e, mais recentemente, o *Spotify,* o programa de escuta de audiolivros, com uma lista gratuita de milhares de títulos.[5]

No mercado brasileiro, o crescimento de vendas do mercado digital de livros é significativo (35% de 2012 para 20222), contudo ainda predomina o *ebook*, sendo que o audiolivro, embora seu crescimento em vendas seja percentualmente grande, sua participação no mercado ainda é muito pequena. A pesquisa de produção e vendas do setor editorial brasileiro, encomendada pelo Sindicato Nacional dos Editores de Livros (SNEL) a Nielsen BookData[6], mostra esses dados.

Recentemente, em outubro de 2023, foi lançado o *Audible*[7], sistema de audiolivros

[1] MOLINERO, Bruno. Onda de podcasts cria aposta por crescimento dos audiolivros no Brasil. Folha Uol, 18 de outubro de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/10/onda-de-podcasts-cria-aposta-por-crescimento-dos-audiolivros-no-brasil. Acesso em: 20 out. 2023.

[2] FRANCESCHI, Humberto. Registros sonoros por meios mecânicos no Brasil. Rio de Janeiro: Studio HMF, 1984.

[3] BBC. History of BBB. [s.d.]. Disponível em: https://www.bbc.com/historyofthebbc/timelines/1920s/#:~:txt=The%20British%20Broadcasting%20Company%2C%20as,%2C%20on%20November%2014%2C%201922. Acesso em: 10 out. 2023.

[4] POLITI, Cassio Politi; ROSA, André Rosa. História do Podcast no Mundo. Comunique-se, 27 março de 2017. Disponível em: https://www.comunique-se.com.br/blog/conheca-a-historia-do-podcast-no-mundo. Acesso em: 2 out. 2023.

[5] OPEN SPOTFY. Free Audiobooks. Disponível em: https://open.spotify.com/playlist/4qHzXnfnefrc40v5F4ctsw. Acesso em: 20 out. 2023.

[6] NIELSON BOOK DATA. Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro. Disponível em: https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2023/05/apresentacao_imprensa_completa_OK.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

[7] AUDIBLE. Disponível em: https://www.audible.com.br/. Acesso em: 3 ago. 2023.

da *Amazo*n, oferecendo, segundo o anúncio, "acesso ilimitado a um catálogo com mais de 100 mil títulos, em diversos idiomas". O ingresso da gigante de comércio no mundo é um enorme passo para o crescimento do setor de audiolivros. Chamam a atenção as singularidades do mercado editorial em um país com cerca de 70 milhões de analfabetos[8] ou analfabetos funcionais[9], com decréscimo na venda de livros e aumento do ensino a distância nas universidades.

14.2.2 A voz

Chegamos, então, aos audiolivros e às suas nuances em relação à voz. E as vozes, qual sua proteção? Primeiramente, uma sensível referência de Esteban Buch[10] sobre a voz como fator de identificação, de singularidade do ser humano:

> De todos os timbres, a voz é sem dúvida o mais carregado de afeto, o mais capaz de suscitar emoções. (...) a voz permanece o lugar de uma individuação sensível, um pouco como o rosto. Daí o suporte expressivo de um exercício singular da liberdade. Há a voz *de* Callas, a voz *de* Billie Holiday, a voz *de* Dietrich Fischer-Dieskau, as *de* Carlos Gardel ou *de* Janis Joplin, e todas essas grandes vozes são, à sua maneira, ícones da individuação moderna. (grifo do autor)

Essa individualidade é objeto de proteção na Constituição brasileira. Incluída nos direitos fundamentais, "art. 5º, XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e **voz** humanas, inclusive nas atividades desportivas" (grifo nosso), constitui elemento dos direitos da personalidade e que ganha destaque também no mundo jurídico.

Desde logo, é bastante pertinente a lição de Antônio Carlos Morato[11], segundo o qual:

> o fundamento constitucional do direito à voz (art. 5º, XXVIII) assinalou, em termos normativos, a relevância de sua inserção entre os direitos da personalidade de forma autônoma, em decorrência da superação da ultrapassada concepção de que constituiria mero elemento do direito à imagem, vez que, mesmo ausente do rol de direitos da personalidade do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, tal rol seria meramente exemplificativo e complementado, no próprio texto constitucional, pelo dispositivo mencionado inicialmente.

Assinalo, no encadeamento lógico que protege o registro, a fixação da voz e sua in-

[8] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021. 22 de julho de 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste#:~:text=No%20total%2C%20eram%209%2C6,2022%2C%20divulgada%20hoje%20pelo%20IBGE. Acesso em: 4 out. 2023.

[9] GLOBO. Analfabetismo funcional atinge 29% da população brasileira. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/prefeitura-municipal-de-jaragua-do-sul/viver-jaragua/noticia/2021/11/12/analfabetismo-funcional-atinge-29percent-da-populacao-brasileira.ghtml. Acesso em: 10 out. 2023.

[10] BUCH, Esteban. A escuta musical. In: CORBIN, Alain, COURTINE, Jean-Jaques; VIGARELLO, Georges. História das Emoções (Orgs.) Petrópolis: Vozes, 2020, v. 3.

[11] MORATO, Antonio Carlos. Direito do autor em obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2007, p.12.

serção no audiolivro, a lei brasileira de direito autoral (Lei n.º 9.610/98, doravante LDA) que estipula a independência de formas de expressão das obras, no seu art. 31. "As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização, concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais."

Assim, a autorização, concedida para a publicação de livro físico, não se estende automaticamente ao audiolivro, sendo necessário contrato específico para sua edição, já que a regra de interpretação da LDA determina a restrição: "Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais".

Conclui-se que a autorização para a publicação de livro físico não necessariamente permite a sua edição em livro eletrônico ou audiolivro. Geralmente, as editoras inserem cláusula nos contratos, autorizando a publicação dos livros em todos os formatos, para evitar competição entre formatos diversos de uma mesma obra, o que não é produtivo, a meu ver.

Portanto, a fixação da voz humana é protegida pela Constituição Federal, o que lhe dá ampla gama de proteção jurídica.

14.2.3 Hábitos de leitura

É preciso fazer uma referência aos hábitos de leitura, decorrentes do uso de aparelhos eletrônicos, principalmente, pelas novas gerações.

Estamos, no Brasil, em um estágio de costume em que o hábito de leitura do livro físico ainda suplanta o do livro digital, muito embora ler, em telas de aparelhos celulares e *tablets*, cause alterações ergonômicas aos usuários. Um estudo, publicado na Inglaterra, verificou que

> como cirurgiões de mão, notamos uma maior incidência de dores no polegar que coincide com o uso de dispositivos portáteis inteligentes. Acredita-se que o polegar para enviar mensagens de texto esteja relacionado ao uso anormal do polegar causado por movimentos finos e repetitivos em uma postura irregular ao usar um dispositivo próximo ao corpo.[12]

Também, as costas sofrem com essa nova forma de leitura, segundo estudo médico realizado no Brasil. "Em um raio-X, o pescoço normalmente se curva para trás, e o que estamos vendo é que a essa curva está sendo invertida, como acontece quando as pessoas olham para baixo focadas em seus telefones, por horas durante o dia [...]".[13]

As mutações ergonômicas, o sedentarismo, o olhar para a luz de telas de computador vai remoldando os hábitos humanos.

[12] O'SHAUGHNESSY, Maureen. Texting thumb real – there are ways to find relief. UK Health Care, November 21, 2021. Disponível em: https://ukhealthcare.uky.edu/wellness-community/blog/texting-thumb-real-there-are-ways-find-. Acesso em: 3 out. 2023.

[13] CENTRO MÉDICO ORION. O uso do celular pode estar modificando a curvatura da sua coluna. Centro Médico Orion, [s.d.]. Disponível em: https://www.centromedicoorion.com.br/o-uso-do-celular-pode-estar-modificando-curvatura-da-sua-coluna/. Acesso em: 3 out. 2023.

14.3 O DIREITO

Com o crescimento do mercado, começam a aparecer as variações e os detalhes na utilização da voz em audiolivros. Em um recente contrato, celebrado entre uma editora norte-americana e brasileira, foi determinado, quanto à narração da obra, que o direito transmitido era o de leitura sequencial reproduzindo (*emulating*) o texto impresso. Leitura não sequencial, dramatizada ou enriquecida, melhorada (*enhanced*) não era objeto do contrato. Pelo jeito, deve vir por aí algo equivalente a uma "radionovela" ou "audioteatro", com várias vozes interpretando o texto.

Em outro contrato, é especificado que a edição digital deve corresponder a uma versão homotética da edição impressa (*an homothetic version of the printed edition*), no sentido de reprodução fiel do texto principal (cf. homotetia) ou "*verbatim*" (palavra por palavra), salvo termos decorrentes da adequação da tradução. É o rigor com a não introdução de alterações na obra, em última análise, o direito moral de integridade (LDA, art. 24, IV).

Mesmo que ainda não existam notícias de questões judiciais referentes a audiolivros, usa-se como referência o caso dos dubladores de obras audiovisuais, abordado em artigo de Joaquim Knoor, publicado pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI).[14] Ali é analisada a proteção da voz dos dubladores e intérpretes, sendo que estes têm direito conexo, podendo autorizar ou proibir a fixação e reprodução de suas interpretações, como expressamente prevê a lei.[15]

O mercado para narradores se beneficia, como, por exemplo, da plataforma AHAB – que congrega narradores de livros para possível contratação por renomadas editoras.[16] A poderosa *Screen Actors Guild – American Federation of Television and Radio Artists* também atua no setor de orientação de contratação de narradores, assim como a *Booklava*[17] que se expande no mercado árabe de audiolivros.

Mais especificamente em relação aos livros, o conceito de intérprete da LDA é esclarecedor, pois inserem-se, nessa categoria, todos os que "representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore." (art. 5. °, inc. XII). Dessa forma, a proteção à voz do intérprete é inequívoca, assim como o seu direito de licenciar sua criação para a dublagem de filmes, palestras ou fixação da leitura de livros.

[14] KNOOR, Joaquim. Direitos conexos ao autor, dubladores e seus direitos. Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI), 23 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.gedai.com.br/direitos-conexos-ao-autor-dubladores-e-seus-direitos/. Acesso em: 13 out. 2023.

[15] Lei n.º 9.610/98. "Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir: I – a fixação de suas interpretações ou execuções; II – a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;"

[16] AHAB. Ahab redefines voiceover collaboration. [s.d.]. Disponível em: https://www.ahabtalent.com/. Acesso em: 4 out. 2023.

[17] SOUND CLOUD. Booklava. [s.d.]. Disponível em: https://soundcloud.com/booklava. Acesso em: 4 out. 2023.

No campo da interpretação musical, surgem as variáveis e sofisticações. Como explica Antonio Carlos Morato, com argúcia e sensibilidade musical,

> na música, a *Motown Records*, especializada em *soul music*, direcionou o trabalho de seus músicos (muitos famosos até hoje) para um estilo mais *palatável* para classe média norte americana, 'pasteurizando' a tal ponto os seus trabalhos que estes passaram a ser conhecidos como 'o som da Motown. (grifo do autor)[18]

É claro que a proteção legal alcança os audiolivros, tanto no aspecto do conteúdo editado quanto na forma da expressão, no caso a de uma voz humana. Por ora, a eventual restrição se limitaria ao uso indevido de fixação da narração de obra literária, utilização de idioma diverso ou imprecisão na tradução do texto.

Novas tecnologias, novos problemas. A inteligência artificial, conceito disruptivo tão discutido recentemente, permite a transformação de arquivos de texto em voz criada artificialmente, com escolha de timbre e gênero da voz com tipo humano, inclusive em outros idiomas, com variações a respeito de entonação, velocidade, sotaque, respiração e também a expressão de sentimentos vocais, como alegria, ira e frustração. No *site* Resemble AI[19], é possível criar voz semelhante à sua e passar mensagens em grupos, alterar discursos (parênteses para a lembrança da cena final d'O Grande Ditador e o discurso de Chaplin), simular conversas, enfim fazer uma inquietante cirurgia plástica sonora.

Por outro lado, a tecnologia interfere positivamente na história. O discurso, encontrado no bolso do Presidente norte-americano, John F. Kennedy, que estava escrito para ser lido na noite do fatídico 22 de novembro de 1963, data de seu assassinato, recebeu a voz do autor quase 60 anos depois. A companhia CereProc registrou 831 discursos, proferidos por Kennedy, e o computador "leu", com entonação, durante 20 minutos, as 2.590 palavras do discurso. Ouça o resultado da notícia em "*John F Kennedy speech brought to life*".[20]

Enfatizo aqui um aspecto de direito do consumidor. Essas alterações devem ser informadas no produto final, seja para que se saiba qual o conteúdo do produto, seja para preservar a história, informando o fato e o que foi alterado pela tecnologia.

Outro presidente norte-americano não teve a mesma sorte, e a voz de Barack Obama foi falsificada em discurso, veiculando conteúdo que por ele jamais fora escrito, como se vê em "*A.I. Obama' and fake newscasters: How A.I. audio is swarming TikTok*".[21] O programa recria a voz, insere conteúdo falso, altera movimentos labiais e ainda pode traduzir

[18] MORATO, Antonio Carlos. Direito do autor em obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2007.
[19] RESEMBLE AI. Resemble's AI voice generator lets you create realistic human–like voiceovers in seconds. [s.d.]. Disponível em: https://www.resemble.ai/. Acesso em: 6 out. 2023.
[20] BROWN, Angie; WATSON, Calum. *Two rescued as explosion destroys Edinburgh house*. [s.d.] Disponível em: https://www.bbc.com/news/uk-scotland-edinburgh-east-fife-43429554. Acesso em: 30 nov. 2023.
[21] STUART, Thompson A.; MAHESHWARI, Sapna. 'A.I. Obama' and Fake Newscasters: How A.I. Audio Is Swarming TikTok. ASUS Software Portal. Oct. 13, 2023. Disponível em: https://www.nytimes.com/2023/10/12/technology/tiktok-ai-generated-voices-disinformation.html. Acesso em: 6 out. 2023.

o texto, criando um avatar, um novo personagem, um alter ego da pessoa. É um problema sério para o mundo audiovisual e com graves reflexos em campanhas eleitorais.

Voltando aos aspectos positivos, outro ponto surge – que somente o audiolivro comporta – o de permitir a quem escreva biografias, baseadas em entrevistas feitas com o biografado, "transcrever" a voz registrada na gravação original, como "citação auditiva".

Assim, é possível que o audiolivro conte determinada passagem a respeito de um biografado ou de um personagem, e ela seja complementada por uma "citação" em áudio original do protagonista. O livro fica mais atrativo com o realismo sonoro, decorrente da presença vocal do biografado ou da pessoa em torno da qual gira o enredo da obra.

14.3.1 Audiências judiciais

No Código de Processo Civil, a voz tem relevância nas provas produzidas em juízo, como pode ser visto no art. 367.

> Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.... § 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica. (grifo nosso).

Assistir a um depoimento, poder aquilatar eventual hesitação, tom de voz, olhar, expressão corporal são ações que podem facilitar o julgamento, principalmente, em grau de recurso de processo forte em prova oral. Ouvi de uma Desembargadora – que resistiu ao máximo a ser promovida para o Tribunal de Justiça – que preferia a primeira instância, eis que, no Tribunal, a seu ver, só julgaria o papel e não, a pessoa, como audiência que lhe permitia fazer.

14.3.2 Manifestação da vontade

Se a tecnologia facilita o registro da voz, de fato, auxilia no registro da manifestação de vontade. Seguindo as regras contidas nos arts. 107, 110, 112 e 113, §1.º do Código Civil, o registro de áudio e vídeo de manifestação de vontades – ou até mesmo só em áudio, como uma gravação em *WhatsApp* – quando não depender de forma especial, constitui forma perfeitamente válida e eficaz de contrato. Não me refiro a contrato de produção de uma obra audiovisual, mas, sim, a contrato, cuja forma seja só em áudio ou em formato audiovisual.

Além de Serpa Lopes[22], Maria Helena Diniz[23] e Fabio Ulhoa Coelho[24], trago a lição de Caio Mario[25] e San Tiago Dantas[26]:

[22] LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos Editora, 2001, v. 3.
[23] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.
[24] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.
[25] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
[26] DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

> Quando se fala em declaração de vontade, emprega-se a palavra em sentido lato [...] A riqueza do entendimento admite, então, grande variedade de formas para a manifestação da vontade. A primeira, a mais comum, é a declaração pela palavra falada ou escrita, como veículo da manifestação do pensamento, e traduz a expressão intelectiva superior do homem. (grifo nosso)
>
> A manifestação de vontade por palavras é a usual; é a que constitui a grande maioria dos casos ou pela palavra falada ou pela palavra escrita é que o homem faz chegar ao conhecimento dos demais a sua declaração de vontade.
>
> Os romanos chamavam a declaração de vontade feita oralmente - *verbis* - pois nos contratos diziam que estes se formavam – *verbis* – e nas declarações de vontade feitas por escrito diziam que os atos se formavam – *literis*. Contratos que se formam *verbis* e contratos que se formam *literis* eram as duas categorias que correspondem bem aos autos verbais ou escritos.

Logo, uma troca de mensagens de voz por *Whatsapp*, entre partes capazes, sem aparência de nenhuma coação nem de conteúdo ilícito ou abusivo, pode representar um contrato que permita forma verbal. A tecnologia atual possibilita a todos serem não só receptores, como ainda emissores de conteúdo, e o Direito absorve essa nova dimensão de alcance da manifestação de vontade.

Uma gravação de voz em sentido contrário – ou meneio de cabeça em um registro audiovisual – pode simbolizar um comportamento contraditório de parte após a celebração de ajuste, nos termos do art. 113, § 1.º do Código Civil.

Mesmo um registro não autorizado de voz claudicante, poderia ser utilizado como prova de coação, suficiente para viciar a declaração da vontade nos termos do art. 151 do Código Civil.

Se a expressão corporal da vontade da parte em uma escritura, embora assinada, não corresponder ao teor do ato nos termos do art. 215, §1.º, IV e VII, poderá ser objeto de questionamento? Fica a provocação.

14.3.3 Confirmação de atos civis

Outro ponto de grande relevância consiste na prevenção "de abusos contra pessoas idosas, especialmente vulneráveis", como referido na Recomendação n.º 47, de 12.03.2021, do Conselho Nacional de Justiça[27], que motivou o Provimento CGJ n.º 69/2021 da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com o seguinte teor:

> Art. 239-A – Sendo o estipulante, interveniente, contratante ou contratado, outorgante ou o outorgado ou de alguma outra forma, terceiro interessado pessoa física e idosa maior de 80 anos, deverá a realização do ato ser gravada em vídeo, com o registro em imagem da presença de, no mínimo, 2 integrantes da serventia, salvo se realizado o ato por meio da plataforma e-notariado, quando envolver:

[27] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n.º 47, de 12 de março de 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3798#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20medidas%20preventivas%20para,da%20execu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20notariais. Acesso em: 4 out. 2023.

> I – disposição de herança;
>
> II – movimentação de contas bancárias;
>
> III – procuração, inclusive para fins previdenciários;
>
> IV – alienação ou oneração de bens ou direitos imobiliários, aeronaves e embarcações;
>
> V – administração de bens ou direitos por terceiros;
>
> VI – reconhecimento, constituição ou dissolução de união estável ou qualquer outro ato que possa vir a gerar expectativa futura a terceiro de seu reconhecimento ou dissolução.
>
> §1º. O disposto no caput também se aplica ao procurador ou mandatário de pessoa física e idosa maior de 80 anos, mesmo quando lavrada a procuração em outro estado da federação.[28]

Na prática, o notário indaga da pessoa a finalidade do ato e pergunta se está de acordo, e a expressão oral adquire função essencial para a validade do ato.

Saliente-se ainda um ponto essencial do testamento público que é o de "ser lido em **voz** alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial" (grifo nosso), como estipula o art. 1.864, II, do Código Civil, e o mesmo procedimento se aplicando aos cegos, como determina o art. 1.867.

De igual modo, para maior eficácia da confissão extrajudicial, esta poderá adotar o mesmo procedimento (CPC Art. 394. A confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal).

14.3.4 Voz de prisão

No Código de Processo Penal, a expressão "voz de prisão" desborda da lei:

> Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Em um mundo no qual os celulares registram cada passo do cotidiano, as provas audiovisuais ganham predominância em volume e confiabilidade – ressalvadas as fraudes já apontadas – mas o Judiciário vai, aos poucos, se digitalizando para facilitar a prestação jurisdicional.

Flagrantes de ilícitos são cada vez mais frequentes, bem como gravações de conversas ou registros em mensagens de *WhatsApp*.

[28] CORREGEDORIA DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Provimento CGJ n.º 69/2021. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=05/08/2021&caderno=A&pagina=21. Acesso em: 4 out. 2023.

14.4 ACESSIBILIDADE

Para fins de acessibilidade, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei n.º 13.146/2015) exige das editoras (art. 68)[29], concorrentes ao sistema de fornecimento de livros para órgãos públicos, o uso de mecanismos de conversão de texto em voz. Em decorrência das estipulações da LBI, o Sindicato Nacional dos Editores de Livros celebrou com o Ministério Público Federal um inédito Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) preventivo[30], de modo a permitir que as editoras, progressivamente, fossem transformando os livros por elas editados em obras em formato acessível para cegos, pela conversão do texto em voz, atendendo ao determinado naquela lei.

14.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças sociais, principalmente as decorrentes da evolução tecnológica, alçaram a voz ao patamar de destaque na manifestação de vontade. Essa mutação social, com reflexos jurídicos, é sintetizada por Felippe Rosa[31], ao asseverar que

> A verdade é que o Direito vai também sofrendo os impactos de tais novas realidades. A influência do elemento 'tempo' nas várias formas de normatividade jurídica é disso exemplo. Prazos de validade, presunção de conhecimento de fatos juridicamente relevantes, encurtamento de distância para efeitos práticos, pela facilidade de comunicações e de deslocamento físico das pessoas, problemas relativos à eficácia e aos efeitos das leis foram diretamente afetados pelas novas condições materiais que a tecnologia Moderna criou. O Direito que é reflexo da realidade social e se ajusta, necessariamente, às demais formas de sociabilidade adotadas pelo grupo, a cujo modo de viver, a cujas crenças e valorações se adapta.

Todos os dispositivos legais citados têm sua importância, potencializada pela crescente tecnologia de aprimoramento do uso da voz humana.

O livro ainda é o reduto do aprendizado individual, seja pela leitura visual, seja pela audição. Novos hábitos, novas tecnologias, novos desafios, muita informação fluindo, o que exige bons contratos, para delinear adequadamente os direitos das partes envolvidas. Mais recentemente, Eric Caprioli[32] afirmou que "[...] qualquer mudança social e tecnológica conduz inevitavelmente a mudanças jurídicas."

[29] Lei n.º 13.146/2015. "Art. 68. O poder público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, à edição, à difusão, à distribuição e à comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em publicações da administração pública ou financiadas com recursos públicos, com vistas a garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação. § 1º Nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou a atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, o poder público deverá adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofertem sua produção também em formatos acessíveis. § 2º Consideram-se formatos acessíveis os arquivos digitais que possam ser reconhecidos e acessados por softwares leitores de telas ou outras tecnologias assistivas que vierem a substituí-los, permitindo leitura com voz sintetizada, ampliação de caracteres, diferentes contrastes e impressão em Braille.

[30] BRASIL. Ministério Público Federal. Livro acessível. Disponível em: https://livroacessivel.org.br/resources/downloads/tac-livro-acessivel.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

[31] ROSA, Felippe Augusto de Miranda. Sociologia do Direito. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2004.

[32] CAPRIOLI, Eric A. Les concepts juridiques face aux nouvelles technologies. Paris: Éditions Romillat, 2000.

O fato é que a voz – registrada em suporte e multiplicada pelos novas tecnologias – galgou um patamar no *status* de direito da personalidade – servindo como fator de identificação humana nas transmissões, na forma de transferência de conhecimento e no papel de protagonista na manifestação de vontade nos contratos informais do século XXI e, portanto, merece proteção jurídica proporcional a esse destaque.

14.6 REFERÊNCIAS

AHAB. **Ahab redefines voiceover collaboration**. [s.d.]. Disponível em: https://www.ahabtalent.com/. Acesso em: 4 out. 2023.

AUDIBLE. Disponível em: https://www.audible.com.br/. Acesso em: 3 ago. 2023.

BBC. History of BBB. [s.d.]. Disponível em: https://www.bbc.com/historyofthebbc/timelines/1920s/#:~:txt=The%20British%20Broadcasting%20Company%2C%20as,%2C%20on%20November%2014%2C%201922. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Livro acessível**. Disponível em: https://livroacessivel.org.br/resources/downloads/tac-livro-acessivel.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

BROWN, Angie; WATSON, Calum. Two rescued as explosion destroys Edinburgh house. [s.d.] Disponível em: https://www.bbc.com/news/uk-scotland-edinburgh-east-fife-43429554. Acesso em: 6 out. 2023.

BUCH, Esteban. A escuta musical. In: CORBIN, Alain, COURTINE, Jean-Jaques e VIGARELLO, Georges. **História das Emoções**. Petrópolis. Vozes, 2020, v. 3.

CAPRIOLI, Eric A. **Les concepts juridiques face aux nouvelles technologies**. Paris: Éditions Romillat, 2000.

CENTRO MÉDICO ORION. **O uso do celular pode estar modificando a curvatura da sua coluna**. Centro Médico Orion, [s.d.]. Disponível em: https://www.centromedicoorion.com.br/o-uso-do-celular-pode-estar-modificando-curvatura-da-sua-coluna/. Acesso em: 3 out. 2023.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n.º 47, de 12 de março de 2021**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3798#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20medidas%20preventivas%20para,da%20execu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20notariais. Acesso em: 4 out. 2023.

CORREGEDORIA DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Provimento CGJ n.º 69/2021**. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=05/08/2021&caderno=A&pagina=21. Acesso em: 4 out. 2023.

DANTAS, San Tiago**. Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

FRANCESCHI, Humberto. **Registros sonoros por meios mecânicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Studio HMF, 1984.

GLOBO. **Analfabetismo funcional atinge 29% da população brasileira.** Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/prefeitura-municipal-de-jaragua-do-sul/viver-jaragua/noticia/2021/11/12/analfabetismo-funcional-atinge-29percent-da-populacao-brasileira.ghtml. Acesso em: 10 out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021.** 22 de julho de 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-

nordeste#:~:text=No%20total%2C%20 eram%209%2C6,2022%2C%20divulgada%20hoje%20pelo%20IBGE. Acesso em: 4 out. 2023.

KNOOR, Joaquim. Direitos conexos ao autor, dubladores e seus direitos. **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI)**, 23 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.gedai.com.br/direitos-conexos-ao-autor-dubladores-e-seus-direitos/. Acesso em: 13 out. 2023.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos Editora, 2001, v. 3.

MOLINERO, Bruno. Onda de podcasts cria aposta por crescimento dos audiolivros no Brasil. **Folha Uol**, 18 de outubro de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/10/onda-de-podcasts-cria-aposta-por-crescimento-dos-audiolivros-no-brasil. Acesso em: 20 out. 2023.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito do autor em obra coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NIELSON BOOK DATA. **Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro**. Disponível em: https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2023/05/apresentacao_imprensa_completa_OK.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

OPEN SPOTFY. Disponível em: https://open.spotify.com/playlist/4qHzXnfnefrc40v5F4ctsw. Acesso em: 20 out. 2023.

O'SHAUGHNESSY, Maureen. Texting thumb real – there are ways to find relief. UK Health Care, November 21, 2021. Disponível em: https://ukhealthcare.uky.edu/wellness-community/blog/texting-thumb-real-there-are-ways-find-. Acesso em: 3 out. 2023.

PARTY LIKE 1660. **Recipes from the time of Louis XIV**. [s.d.]. Disponível em: https://partylike1660.com/recipes-from-the-time-of-louis-xiv/. Acesso em: 14 out. 2023.

PEREIRA, Caio Mario da Silva**. Instituições de Direito Civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

PERFUM LONDON. **The History of Perfume** – The Ages & Iconic Fragrances. [s.d.]. Disponível em: https://www.pairfum.com/history-of-perfume/. Acesso em: 14 out. 2023.

POLITI, Cassio Politi; ROSA, André Rosa. História do Podcast no Mundo. **Comunique-se**, 27 março de 2017. Disponível em: https://www.comunique-se.com.br/blog/conheca-a-historia-do-podcast-no-mundo. Acesso em: 2 out. 2023.

RESEMBLE AI. **Resemble's AI voice generator lets you create realistic human–like voiceovers in seconds**. [s.d.]. Disponível em: https://www.resemble.ai/. Acesso em: 6 out. 2023.

ROSA, Felippe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direit**o. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2004.

SARIKAYA, Ruhi. Making Alexa more friction-free. **Amazon Science**, April 25, 2018. Disponível em: https://www.amazon.science/blog/making-alexa-more-friction-free,consultadoem. Acesso em: 14 out. 2023.

SOBOTA, Guilherme. Carlo Carrenho será o embaixador de áudio da feira do livro de Frankfurt. **Publishnews**, 23 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2023/08/23/carlo-carrenho-sera-o-embaixador-de-audio-da-feira-do-livro-de-frankfurt-2023. Acesso em: 4 out. 2023.

SOUND CLOUD. Booklava. [s.d.]. Disponível em: https://soundcloud.com/booklava. Acesso em: 4 out. 2023.

STUART, Thompson A.; MAHESHWARI, Sapna. 'A.I. Obama' and Fake Newscasters: How A.I. Audio Is Swarming TikTok. **ASUS Software Portal**. Oct. 13, 2023. Disponível em: https://www.nytimes.com/2023/10/12/technology/tiktok-ai-generated-voices-disinformation.html. Acesso em:

6 out. 2023.

15. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Ivan Nunes Ferreira[1]

RESUMO: O uso da inteligência artificial em disputas judiciais pode proporcionar utilidades e maior eficiência em certos contextos, mas há limitações que devem ser observadas. Em casos complexos, se mostra crucial compreender a condição subjetiva das partes, e a intervenção humana é insubstituível. Nesse sentido, cabe ressaltar a preocupação com a possibilidade de decisões algorítmicas enviesadas e discriminatórias. Diante disso, propõe-se uma reflexão sobre a necessidade de equilibrar o uso da tecnologia com a preservação da humanidade no processo de resolução de disputas.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial; Algoritmos; Resolução de conflitos; Sistema; Desumanização; Julgamentos algorítmicos.

15.1 INTRODUÇÃO

Representa, para mim, uma grande honra contribuir para a Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), em sua edição especial de 180 anos, para comemorar uma entidade tão fundamental para o estudo do Direito ao longo de quase dois séculos. Considero um privilégio único integrar esse longevo Instituto como membro e na qualidade de Presidente da Comissão Permanente de Direito Processual Civil.

Sem qualquer pretensão de aprofundar conceitos técnicos no campo da informática, posso apontar como a inteligência artificial, aquela decorrente da aptidão de algoritmos para utilizar modelos matemáticos e estatísticos de forma sequencial, são capazes não só de compilar dados, mas também de adquirir aprendizado, a partir de suas próprias experiências (*machine learning*). Em modelos mais sofisticados, são utilizadas redes neurais à semelhança do cérebro humano para aprendizado profundo (*deep learning*).

Ocorre que, em verdade, a inteligência artificial nem é inteligência, nem artificial. A máquina adquire a capacidade de aprender, porém não detém o poder criativo e narrativo do ser humano. Sua artificialidade também é relativa, no sentido de que ela, efetivamente, interfere na vida cotidiana. Uma realidade nada virtual.

Assim como toda importante criação humana, ela pode ser usada para o bem ou para o mal. Um exemplo bastante palpável disso é a energia nuclear que tanto pode auxiliar na manutenção da vida humana, no campo do diagnóstico médico e na cura de doenças graves, como ainda gerar hecatombes nucleares, devastadoras para a humanidade.

Algoritmos constituem formas ou modelos para execução de tarefas auxiliares na tomada de decisão e a realização de julgamentos. Neste último ponto, concentrarei minhas conclusões.

[1] Advogado e árbitro. Fundador do Nunes Ferreira, Vianna Araújo, Cramer, Duarte Advogados. Professor licenciado de Direito Processual Civil da PUC-Rio.

De qualquer forma, ressalte-se que o sistema de algoritmos vem sendo utilizado para a avaliação de pessoas; os seus méritos e defeitos; os seus perfis financeiros; as suas qualidades técnicas e as suas inclinações psicológicas. A partir dessa análise, estuda-se a propensão e o estilo de consumo, a probabilidade de delinquir ou reincidir na prática de um crime e tantas outras tendências dos indivíduos na sociedade em que se inserem, com o objetivo de vender produtos, selecionar empregados, fornecer crédito, proporcionar progressão penal etc.

Em decorrência dessa estandardização do comportamento humano, os modelos algoritmos, baseados em estatísticas sobre fatos precedentes, tendem a reproduzir preconceitos, na medida em que estabelecem um padrão para a conduta humana, supondo que esse padrão deva ser replicado em situações semelhantes. Daí surgem as primeiras dúvidas sobre a utilização de algoritmos, não só para as finalidades acima referidas, como inclusive para resolução de disputas.

Alguns defendem a vantagem em substituir as decisões, supostamente repletas de idiossincrasias e subjetividade dos julgadores humanos, pela pretensa acurácia e capacidade cognitiva e isonômica desses modelos.

Ana Frazão, em sua excelente série de artigos, "Discriminação Algorítmica"[2], explora várias facetas da inserção da inteligência artificial no âmbito da resolução de disputas, assim como destaca a discriminação por ela produzida. Denuncia, inclusive, o absurdo de alguns entenderem que "bons julgamentos são aqueles nos quais se neutraliza a própria humanidade do julgador."[3]

A meu ver, para "começo de conversa", é impossível, na maior parte das vezes, ao julgador proferir uma decisão justa sem se colocar na posição de quem está sendo julgado e das pessoas passíveis de sofrer as consequências de tais julgamentos. Colocar-se no lugar do ser humano sob julgamento, com compreensão das suas circunstâncias biográficas e psicológicas, nenhum robô julgador consegue fazer.

Com isso, não quero afastar totalmente os algoritmos da resolução de controvérsias, mormente das que tenham "vocação para repetição", como nas causas hoje conhecidas como destinadas à advocacia de massa. A inteligência artificial pode ser muito útil em plataformas para mediação e resolução de conflitos patentemente repetitivos, nas quais o ganho de tempo e os custos podem compensar raras e eventuais falhas de decisão.

De igual forma, a inteligência artificial pode auxiliar o julgador e os advogados em suas pesquisas, assim como na compilação de dados, como, por exemplo, acontece em

[2] FRAZÃO, Ana. Discriminação Algorítmica. Jota, 16 de junho de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-16062021. Acesso em: 20 out. 2023.

[3] FRAZÃO, Ana. Discriminação Algorítmica: e o problema do ruído? Jota, 16 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-e-o-problema-do-ruido-15092021. Acesso em: 20 out. 2023.

projetos dos nossos Tribunais Superiores e Estaduais[4], cujos nomes, por si só, já revelam as suas pretensões: Sócrates[5], Vitor[6], Hércules e Sinapses.[7]

No que diz respeito à utilização de algoritmos para análise de crédito, de reincidência criminal, de aptidões especiais, qualificação profissional etc., já referidas neste artigo, interessantes são os comentários de Danielle K. Citron e Frank Pasquale, com o nome revelador de "*The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*":[8]

> *Software engineers construct the datasets mined by scoring systems; they define the parameters of data-mining analyses; they create the clusters, links, and decision trees applies; they generate the predictive models applies. The biases and values of system developers and software programmers are embedded in each and every step of development.*
>
> *Scoring system mine datasets containing inaccurate and biased information provided by people.*[9]

Ou seja, a reprodução estatística de comportamentos individuais pode gerar análises comportamentais preconceituosas, não só com base na repetição de condutas do passado, como ainda carregar preconceitos dos próprios criadores dos programas. Na mesma obra, também se adverte que:[10]

> *FTC Chairwoman Edith Ramirez has voiced her concerns about algorithms that judge individuals 'not because of what they've done, or what they will do in the future, but because inferences or correlations drawn by algorithms suggest they may behave in ways that make them poor credit or insurance risks, unsuitable candidates for employment or admission to schools or other institutions, or unlikely to carry out certain functions.' In her view, predictive correlations amount to 'arbitrariness-by-algorithm' for mischaracterized consumers.*

Por fim, conclui que[11]

---

[4] GONÇALVES, Felipe de Oliveira. MIZRAHI, Gustavo. Decisões judiciais por algoritmo: um passo para o futuro ou um salto para o passado? In: COMÉRIO, Murilo Siqueira; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Direito e Tecnologia: Um Debate Multidisciplinar (Coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

[5] Projeto do Superior Tribunal de Justiça para o desenvolvimento de sistema de inteligência artificial, com o objetivo de automatizar o exame de recursos e do acórdão recorrido, apresentar referências legislativas, casos semelhantes, bem como a sugestão de decisão naquela hipótese específica.

[6] Projeto do Superior Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília, pretende desenvolver um modelo de inteligência artificial que consiga avaliar todos os recursos extraordinários e indicar quais estariam vinculados a determinados temas de repercussão geral.

[7] Projetos de inteligência artificial dos Tribunais Estaduais de Alagoas e Rondônia, respectivamente, para conferir maior agilidade na prestação jurisdicional.

[8] CITRON, Danielle K; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. 89 Washington Law Review, v. 1, 2014, p. 14. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/618. Acesso em: 20 out. 2023.

[9] CITRON, Danielle K.; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. 89 Washington Law Review, v. 1, 2014, p. 14. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/618. Acesso em: 20 out. 2023.

[10] CITRON, Danielle K.; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. 89 Washington Law Review, v. 1, 2014, p. 24. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/618. Acesso em: 20 out. 2023.

[11] CITRON, Danielle K.; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. 89 Washington Law Review, v. 1, 2014, pp. 32-33. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/618. Acesso em: 20 out. 2023.

> *Imagine a young woman who failed to get a job out of college, and that failure reduced her 'employability' score used by potential employers to determine her fitness for work. She found part-time work at a fast food restaurant. Her credit score fell far below 600 without her even knowing it, perhaps because of inferences associated with certain low-paying jobs. Her low credit score caused further bad outcomes, cascading into ever more challenging life circumstances. Talent analytics companies categorized her as a 'non-innovator' and 'waste'. With low scores across countless measures, the young woman was unable to get a full-time job.*
>
> […] *Providing oversight over scoring systems that can cause negative spirals should be a critical aim of our legal system. Scoring systems have a powerful allure—their simplicity gives the illusion of precision and reliability. But predictive algorithms can be anything but accurate and fair. They can narrow people's life opportunities in arbitrary and discriminatory ways.*

Na verdade, no âmbito de uma sociedade ranqueadora de pessoas, com base em modelos estatísticos, criam-se espécies de formadores de decisões, soberanos sobre vários aspectos importantes da vida dos indivíduos. Se o contraditório e a transparência não se aplicarem nesses casos, podemos estar criando uma ordem feudal, na qual quem decide sobre a nossa reputação não pode ser identificado, nem responsabilizado.

Nessa sanha de simplificação de escolhas, nem os programadores, nem os modelos algorítmicos, muito menos quem executa o sistema se considera responsável pelos resultados das decisões sobre a qualificação dos indivíduos para facetas importantes da vida em sociedade, bem como para o consumo, o crédito, o emprego etc. Por isso, a possibilidade de auditagem desses sistemas afigura-se urgente e fundamental para a sociedade.

Agora, concentremo-nos na aplicação da inteligência artificial na resolução de disputas judiciais ou extrajudiciais entre indivíduos ou empresas.

Nesse aspecto, a matemática e a estatística revelam-se ainda mais carentes de condições de proferir julgamentos definitivos. Reitere-se a exceção para as causas tendentes à repetição, como, por exemplo, as ações de milhares de consumidores de energia elétrica, ao processarem determinada companhia por cobrança indevida, replicada em todas as contas, ou demandas de consumidores de um certo bem ou mercadoria, posto à venda com idêntico defeito. Nesses casos, parece-me legítima a utilização de plataformas de mediação e resolução de conflitos, desde que as partes envolvidas tenham aderido a elas voluntariamente.

Deve-se, entretanto, analisar sob outro prisma a aplicação da inteligência artificial para resolução de conflitos mais complexos, nos quais, como já se disse, o julgador deve se colocar na posição das partes em disputa. Parece-me impossível ao robô, movido a algoritmos, decidir sobre assuntos acerca de variados campos do Direito, como, por exemplo: a legitima defesa; a onerosidade excessiva; o caso fortuito e força maior; a inexigibilidade de conduta diversa; o abuso do poder econômico do controlador; a mentira benéfica etc. Enfim, para certas disputas, é preciso que o julgador tenha alma, criatividade, imaginação e empatia.

Diante da atual empolgação com a inteligência artificial na resolução de disputas, talvez encontramo-nos no limiar de um novo Iluminismo, cuja razão não substituiria Deus, como no século XVIII, mas, sim, os algoritmos tomariam o seu lugar. Tudo a partir da estandardização e desumanização da conduta humana. Não à toa, David Hume (um dos próceres do Iluminismo) chegou à conclusão de que a humanidade poderia ser estudada pelos mesmos métodos aplicáveis ao resto da natureza – "uma visão mais comum nos nossos dias, do que nos dias em que ele viveu".[12]

Como ocorre com a capacidade criadora e a empatia, somente os seres humanos são capazes de engendrar narrativas e cenários abstratos, para a compreensão e a abordagem dos problemas humanos de maior complexidade (*framing).*

A ideia de submeter a humanidade à mecanização foi tangenciada por Aldous Huxley em seu "O admirável mundo novo". Naquela distopia, os seres humanos que não se submetessem à estandardização seriam destinados à "Reserva dos Selvagens", da qual não haveria meio de escapar.[13]

Em realidade, todas essas tentativas técnicas de submeter o ser humano a padrões fixos e igualitários de comportamento acabaram, na prática, por gerar catástrofes humanitárias, como no Comunismo, em que o coletivo valeria mais do que o individual ou, no Fascismo, em que cada ser humano não passaria de uma peça de uma grande engrenagem.

Os julgamentos algorítmicos, na verdade, partem do princípio de que todos os aspectos da natureza humana podem restar representados em fórmulas estatísticas e matemáticas, o que, para alguns, no futuro, significa que as brigas ideológicas não mais poriam em conflito matizes de esquerda e direita, contudo, entre robôs, androides e humanos.

Deixando a ficção e retornando à realidade concreta sobre os assuntos aqui tratados, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018, "LGPD") apresenta uma série de dispositivos na tentativa de impedir tratamentos discriminatórios ou abusivos a partir da coleta de dados pessoais dos indivíduos, como se vê no artigo 6.º, incisos I, IX e X, e, mais especificamente no artigo 11, inciso II, alínea c e artigo 20 daquela Lei, como pode ser observado a seguir:

> Artigo 20: O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

De igual maneira, o Projeto de Lei n.º 21/2020, em trâmite no Congresso Nacional, estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil. O artigo 2.º, inciso I, estabelece o seguinte:

[12] GOTTLIEB, Anthony. The dream of enlightment: The rise of modern philosophy. Londres: Penguin Random House UK, 2016, p. 197. Texto original: "*In general, Hume maintained that humanity should be studied by the same methods that cast light on the rest of nature – a view that is more common in our day that it was in his*".

[13] HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Tradução Vidal de Oliveira. 22 ed. São Paulo: Globo, 2014, p. 128.

> Artigo 2º: Para os fins desta Lei, considera-se: I - sistema de inteligência artificial: o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais.

Na verdade, o Projeto de Lei apenas estabelece princípios a serem observados no uso de inteligência artificial como:

> Art. 6º São princípios para o uso responsável de inteligência artificial no Brasil: (...) III - não discriminação: impossibilidade de uso dos sistemas para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos.
>
> Art. 10. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao uso da inteligência artificial no Brasil: (...) VI - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica.

Tais normas parecem-me, entretanto, meramente programáticas, insuficientes para garantir que a inteligência artificial venha a ser utilizada apenas para o bem da sociedade. Necessitamos, pois, de regras jurídicas que arrefeçam um pouco a ânsia pela utilização desenfreada da inteligência artificial, animada pela promessa de menos trabalho para os julgadores e mais celeridade na resolução de disputas. Por outro lado, precisamos de transparência e auditagem dos modelos algorítmicos que servem para ranqueamento dos indivíduos.

Este meu artigo, portanto, ao invés de uma demonstração de misoneísmo, constitui-se em uma tentativa de advertência contra os males que a confiança exagerada nos benefícios da inteligência artificial pode trazer para a resolução de disputas.

Embora seja um pouco piegas, a conclusão de Kai-Fu Lee, em seu já clássico "Inteligência artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos"[14], também vai nesse sentido: "Vamos escolher deixar que as máquinas sejam máquinas e deixar que os humanos sejam humanos. Vamos escolher simplesmente usar nossas máquinas e, mais importante, amar uns aos outros".

Da minha parte, parafraseando o empresário e bibliófilo, José Mindlin, na sua obra "Uma vida entre livros: reencontros com o tempo"[15], terminaria dizendo que, se tivesse que escolher uma coisa que desejaria que ficasse bem clara, de tudo quanto fora dito, é que, em um mundo em que advogados, árbitros e juízes viessem a ser substituídos por robôs, eu não gostaria de viver.[16]

[14] LEE, Kai-Fu. Inteligência Artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Tradução de Marcelo Barbão. 1 ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 273.

[15] MINDLIN, José. Uma vida entre livros: Reencontros com o tempo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

[16] Texto original: "Mas estou terminando, e, se tivesse de escolher uma coisa que desejaria que ficasse bem clara, de tudo quanto foi dito, é que, num mundo em que o livro deixasse de existir, eu não gostaria de viver."

16. CABEÇAS CORTADAS

João Carlos Castellar[1]

RESUMO: O artigo associa decapitações e degolas, ocorridas em rebeliões de presos, com a prática utilizada por autoridades públicas no curso de nossa história brasileira. A entrada em vigor da Lei de Crimes Hediondos, das sucessivas Leis de Drogas, Lavagem de Capitais e Organizações Criminosas representaram enorme retrocesso às conquistas obtidas com a Constituição de 1988, de que resultaram no exponencial aumento da população carcerária, atingindo a superlativa marca de 832.000 presos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal; Tortura; Guerra da Degola; Guerra de Canudos; Antropologia Criminal.

16.1 INTRODUÇÃO

Com o sistema prisional transbordando de sua capacidade de ocupação, rebeliões em unidades prisionais têm sido registradas com alarmante frequência nos meios de comunicação social. Uma delas, verificada no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no sudoeste do Pará, durou cerca de cinco horas, resultando na morte de 57 detentos, sendo 16 deles decapitados, e o restante asfixiado, no que passou a ser o maior massacre em presídios do ano de 2019.[2] Vídeos gravados pelos próprios revoltosos e transmitidos ao vivo por meio de mídias eletrônicas mostraram, entre outras imagens, a de um dos presos arremessando uma cabeça humana contra outras cinco que já estavam no chão. Em seguida, esse mesmo preso vale-se dos pés para simular passes futebolísticos, conduzindo uma das cabeças como se fosse uma bola. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são "péssimas" as condições dessa unidade que possui 343 presos, mais que o dobro da capacidade projetada de 163 vagas.[3] Para o Supremo Tribunal Federal (STF), todo o sistema prisional – e não apenas essa unidade – representa um "estado de coisas inconstitucional".[4]

MINDLIN, José. Uma vida entre livros: Reencontros com o tempo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Companhia das Letras, 1997, p. 214.

[1] Mestre (UCAM) e Doutor em Direito (PUC-Rio); Presidente da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ)

[2] GLOBO – G1. Rebelião deixa mortos no presídio em Altamira, sudoeste do Pará. 29 de julho de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml. Acesso em 08 out. 2023.

[3] JOVEM PAN NOTÍCIAS. CNJ diz que presídio em Altamira tem péssimas condições. 29 de julho de 2019. Disponível em: https://jovempan.com.br/noticias/brasil/relatorio-da-cnj-diz-que-presidio-em-altamira-tem-pessimas-condicoes.html. Acesso em: 08 out. 2023.

[4] O ministro Luís Roberto Barroso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que havia pedido "vista" nesse feito, manifestou-se no sentido de que a primeira questão que pretende enfrentar em sua gestão é a situação precária do sistema penitenciário brasileiro. BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF 347-DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 setembro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515012&ori=1. Acesso

O segundo lugar desse macabro concurso de mortandade em uma única unidade prisional deve ser conferido à rebelião havida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), situado no Estado do Amazonas, também na Região Norte. Lá, 55 pessoas, sob custódia do Estado, foram mortas de uma só vez, em janeiro de 2017, sendo que, na mesma data, outras 60 morreram em prisões de Roraima e Rio Grande do Norte. O Secretário de Segurança amazonense afirmou que a rebelião fora comandada por integrantes da facção Família do Norte (FDN), tratando-se, conforme ele, de "mais um capítulo da guerra silenciosa e impiedosa do narcotráfico".

Os diários de maior circulação trataram esses episódios como "barbárie", dando destaque ao fato de os detentos terem usado a decapitação associada à tecnologia – a divulgação de vídeos pelo *WhatsApp* – para reforçar o "poder de mando nos presídios". Em apoio a essa tese, logo denominada pela imprensa "espetacularização do horror", afirma-se que tais atos se constituiriam no exercício do domínio de um grupo de detentos sobre outro. Os jornais e seus editoriais pontificaram que a prática das decapitações entre presidiários teria sido inaugurada no Brasil por uma facção criminosa surgida em São Paulo e que hoje dominaria o tráfico de armas e drogas. Uma vez que a imprensa silenciou em nominá-la, talvez, com o nobre propósito de não divulgar as façanhas do grupo criminoso para não estimulá-las, é de se supor que a matéria se refira ao chamado "PCC" ou "Primeiro Comando da Capital".

A insuspeita *Wikipedia* informa ao mundo ser esta uma organização forjada entre presidiários, responsável por comandar "rebeliões, assaltos, sequestros, assassinatos e narcotráfico, atuando principalmente em São Paulo, mas também, presente em 22 dos 27 estados brasileiros, além de países próximos, como Bolívia, Paraguai e Colômbia". Tal grupo, ainda de acordo com o sítio informativo eletrônico, teria surgido em 1993, no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, no Vale do Paraíba, local em que se acolhiam prisioneiros transferidos de outras unidades, considerados de alta periculosidade pelas autoridades. Conjectura-se que a prática de decapitação de antagonistas teria entrado para a história do PCC pelas mãos de um de seus então chefes, Jonas Matheus. O marco inicial da série teria sido uma rebelião na já citada Casa de Custódia de Taubaté, em 1999, ocasião em que a cabeça de um detento foi arremessada sobre o muro, caindo aos pés da Juíza das Execuções, magistrada que tentava negociar com as autoridades de segurança o fim da revolta.[5]

No afã de encontrar explicações para decapitações e degolas em cadeias, especialistas de ocasião sugerem que, além de intimidar inimigos, tais práticas seriam uma prova de fogo para o delinquente demonstrar coragem e alcançar novos postos na hierarquia da facção à qual está filiado. Nessa linha, o Procurador de Justiça paulista, Marcio Sérgio Ch-

em: 08 out. 2023.

[5] WIKIPEDIA. Primeiro comando da capital. [s.d.]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Primeiro_Comando_da_Capital. Acesso em: 08 out. 2023.

ristino, apresentado aos leitores como estudioso no "combate ao crime", vaticinou a trivial observação de que "a decapitação mostra a completa sujeição da vítima e o poder absoluto do matador". Para dar verniz mais científico a tais convicções, foi entrevistado pelo jornal o geógrafo, Aiala Couto, da Universidade do Estado do Pará: "Na gíria do crime, quando o indivíduo coloca a cabeça do outro a prêmio, é porque o sujeito tem de morrer". Será? Também, foi ouvida como autoridade no assunto a socióloga, Lucía Dammert. Douta em temas de segurança da Universidade de Santiago (Chile), disse que esse ato de violência extrema é observado em países, como Colômbia, México, El Salvador, Honduras e Guatemala. Como disse ela, enquanto, para alguns, visa a "demonstrar poder, para outros, é para mandar mensagem a alguém que foi desleal ao grupo ou entregou uma informação à polícia. É principalmente para conseguir reconhecimento e respeito".[6]

16.2 CARANDIRU

É claro que todos podem manifestar-se sobre qualquer assunto, emitindo suas opiniões pessoais ou fazendo as especulações que lhe venham ao tino. Quando o tema diz respeito à violência no âmbito do sistema penal brasileiro, contudo não se pode jamais deixar de incluir no debate a lembrança do saldo sangrento mais relevante de execuções, ocorrido em uma única unidade prisional – aquele obtido no Carandiru, em 1992, quando 111 detentos foram assassinados pela Polícia Militar no interior de suas celas.[7] O simbolismo de que se reveste esse fato estimulou vasto conjunto de estudos acadêmicos acerca do modelo político-criminal adotado no Brasil. Muitos desses trabalhos demonstraram que o viés bélico, praticado com temerário rigor, é seletivo e atinge preferencialmente a parcela populacional que não se inseriu nas relações formais de consumo. Segrega do meio social os que, para sobreviver, se valem de estratégias reputadas ilícitas, entre as quais a comercialização de drogas, negócio que é desenvolvido preferencialmente em comunidades faveladas, além de roubos, furtos e outros delitos contra o patrimônio.

Não se pode perder de vista que os cadáveres da Casa de Detenção de São Paulo, diferentemente dos atuais da Região Norte/Nordeste, não são produto de degolas mútuas entre presidiários. Todos aqueles presos foram atingidos por tiros, disparados pelo contingente policial militar que o governador do próspero Estado de São Paulo ordenou que invadisse a unidade. Na ocasião, o Chefe do Executivo paulista era Luiz Antônio Fleury Filho, exponente do Ministério Público bandeirante. Esse famigerado episódio não decorreu de dissenções entre facções ou grupos de presos organizados disputando poderes no ambiente carcerário. Aquela centena de mortos não foi fruto de uma guerra entre quadrilhas. Os laudos de exame cadavérico demonstraram que a centena de indivíduos foi

[6] GLOBO. Decapitação explorada por facções do país como forma de intimidar inimigos. 31 de julho de 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/decapitacao-explorada-por-faccoes-do-pais-como-forma-de-intimidar-inimigos-23843862. Acesso em: 08 out. 2023.

[7] VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. 10 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

morta por balaços de pistola e metralhadora, não havendo dúvida terem sido disparados por agentes públicos no exercício de suas funções, sendo certo, ainda, que nenhum desses servidores sofreu um arranhão sequer.

16.3 DEDOS QUEBRADOS E BOMBAS

Não foi em razão das dissenções havidas entre elas próprias que os presos tiveram os dedos das mãos propositadamente quebrados em uma prisão cearense. O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), órgão vinculado ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, apontou esse proceder como um *modus operandi* recorrente na atuação de agentes de forças-tarefas de intervenção federal em presídios, ou seja, machucar e até mesmo quebrar os dedos de presos de forma a impedir futuras agressões. O relatório de um dos peritos que participou das vistorias em unidades prisionais naquele estado nordestino revelou o seguinte: “um expressivo número de pessoas, em diferentes celas e alas, mostrava as mãos denunciando que seus dedos haviam sido quebrados e machucados pelos agentes da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP)”. Segue o relato: “nitidamente a violência cometida de golpear os dedos com tonfas (cassetetes), chegando muitas vezes a quebrar, foi praticada sistematicamente”.[8]

Em outra expedição punitiva, realizada pela versão feminina dessa força-tarefa na localidade de Ananindeua, Pará, as agentes atiraram bombas no interior dos cárceres e aplicaram *spray* de pimenta no rosto das detentas. Em seguida, as presas foram obrigadas a ficar completamente nuas ou apenas de roupa íntima. Depois, mandaram que se sentassem no chão com as mãos na cabeça. Algumas foram arrastadas e receberam golpes de cassetete nas pernas e nos braços. Durante o tempo em que permaneceram nessa posição, as mulheres foram privadas de água e só receberam alimentação, passadas 13 horas do início da intervenção. Conforme apurado, no total, foram sete dias sem fazer higiene pessoal; a comida ofertada vinha azeda, crua ou mal cozida, e a água era da torneira, sem passar pelo filtro. Há relatos de presas que menstruaram no próprio uniforme, porque não havia absorventes.[9]

16.4 BARBÁRIE

Pelo que se depreende desses acontecimentos, parece claro que a morte violenta, as ofensas à integridade física de pessoas sob a custódia do Estado não são necessariamente um recado sanguinário dos próprios presos para os seus comparsas, os desafetos ou as autoridades. Os fatos indicam que a brutalidade extrema, verificada em unidades prisionais,

[8] GLOBO. Força tarefa quebrava o dedo dos presos, diz órgão ministerial. 11 de outubro de 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/forca-tarefa-quebrava-dedos-dos-presos-diz-orgao-ministerial-24010316. Acesso em: 12 out. 2023.

[9] BRASIL DE FATO. Em presídio feminino no Pará presas tiveram que se sentar seminuas em formigueiro. 26 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/09/26/em-presidio-feminino-no-para-presas-tiveram-de-sentar-seminuas-em-formigueiro/. Acesso em: 08 out. 2023.

não é consequência exclusiva de rivalidades entre quadrilhas. Ao contrário disso, soa claro que são muito mais frequentes e tão ou mais agressivos os episódios em que as forças públicas são verdadeiras protagonistas da violência em instituições penais e não os internos nas suas rixas. É inegável, por outro lado, que tais atos, ordenados e executados pelo Poder Público, são muito mais graves do que aqueles praticados por presos entre si, já que os primeiros são cometidos em nome da segurança e da paz social, para o fim de "pacificar" os conflitos, enquanto os demais se destinam a chamar a atenção das autoridades para a precariedade das condições carcerárias.

Essa é a genuína representação de uma política criminal absolutamente equivocada, que abusa do poder punitivo estatal sob todos os aspectos, seja no momento de legislar (criminalização primária), no de aplicar essas leis (criminalização secundária) e no de executar as penas impostas. Esse modelo é posto em prática à base do "porrete" e da "cenoura", para usar as palavras do atual Senador Sérgio Moro, Ex-Ministro da Justiça e da Segurança Pública e Ex-Juiz Federal, em guerra contra as garantias individuais desde seus tempos da Lava-Jato.[10]

Para que não se argua tratarem-se essas palavras de implicância com a imprensa e com as autoridades penitenciárias, no sítio eletrônico "Jornalistas Livres"[11], é veiculada instigante matéria em que os seus redatores estampam a seguinte chamada: "Surpreendemo-nos com as degolas nos presídios de Manaus, Boa Vista e Natal ... Mas esquecemos de que esta foi uma prática utilizada pelo Estado em vários episódios da nossa história". O ato de degolar o inimigo, "que tanta repulsa tem causado na guerra facciosa entre o PCC e a FDN, era muito comum nos conflitos ocorridos na região do Rio da Prata e no Sul do Brasil, durante o século XIX, como na Guerra Cisplatina e na Guerra dos Farrapos".[12]

16.5 A "GUERRA DA DEGOLA"

Com efeito, a degola ou a "gravata colorada" era antiga prática utilizada nas fratricidas refregas, ocorridas no país, no século XIX. Não apenas no Sul, onde se verificaram de início, mas também se espraiando para outros estados da federação, notadamente, os do Nordeste, prática que se estendeu até as primeiras décadas do século XX. Como esclarece Afonso Arinos, "o degolamento de prisioneiros (costume herdado dos espanhóis do Rio da Prata que, por sua vez, o haviam recebido das lutas contra os mouros em Espanha), passou a ser coisa de rotina".[13]

Carlos Reverbel, escrevendo sobre a Revolução Federalista (1893/1895), conflito travado entre Maragatos e Pica-Paus[14], comenta pruridos havidos na abordagem literária

[10] OLIVEIRA, Marcelo. E o porrete e a cenoura, diz Moro sobre presos em facções. Notícias UOL – Política, 10 de novembro de 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/11/e-o-porrete-ou-a-cenoura-diz-moro-sobre-presos-em-faccoes.htm. Acesso em: 08 out. 2023.
[11] JORNALISTAS LIVRES. Disponível em: http://www.jornalistaslivres.org/. Acesos em: 15 out.
[12] GOZZI, Ricardo. Degola dos conflitos do Sul. Jornalistas Livres, 15 de janeiro de 2017. Disponível em: https://jornalistaslivres.org/degola-nos-conflitos-do-sul/. Acesso em: 31 out. 2023.
[13] ARINOS, Afonso. História do povo brasileiro. São Paulo: J. Quadros Edições Culturais, 1968, v. 5, p. 58.
[14] REVERBEL, Carlos. Maragatos e Pica-Paus – guerra civil e degola no Rio Grande. Porto Alegre: LP&M, 1986.

desse episódio da história brasileira. Adverte o autor, com seu indisfarçável acento gaúcho, que a degola é assunto que "muito repugna nossos historiadores, levando alguns a passar-lhe por de olhos fechados, como se estivessem tropeçando nos corpos das vítimas". Relembra que a "Revolução de 1893 teve a duração de 31 meses e fez nada menos do que 10 mil vítimas" e que, destas, mais de mil morreram por degolamento, isso "calculando-se meio por baixo, sem querer forçar os algarismos". O autor chega a esse número, levando em conta "a estatística das duas grandes sessões de degola da revolução – Rio Negro e Boi Preto – perfazendo ambas total aproximado a 700 gargantas secionadas".[15]

Certas condições levam os homens a se tornarem capazes de suportar qualquer horror e de praticá-lo também. Tabajara Ruas e Elmar Bones, autores de outro formidável trabalho sobre a Revolução Federalista, anotam que, nesse embate, os valores que regem os princípios guerreiros transformaram-se pouco a pouco, dando lugar ao embrutecimento paulatino de parte a parte. A impiedade era cada vez mais a regra daquela guerra fraticida. A prática da tortura com prisioneiros tornou-se cada vez mais comum, invariavelmente, aliada ao deboche. As ilusões românticas faziam-se pó ante o sadismo e a maldade que começaram a dominar os sentimentos.[16]

Em que pese a descrição de uma degola causar arrepios e náuseas aos estudiosos mais sensíveis, ainda assim cabe indagar: se fosse possível mensurar a desumanidade em graus máximo e mínimo, qual seria a diferença substancial entre subjugar um detido e lhe seccionar pescoço ou disparar a metralha na direção de presos encurralados nos fundos de uma cela? Talvez uma arma de repetição, disparando a esmo na direção de um grupo subjugado, seja mais brutal do que uma sequência de degolas, já que, no primeiro caso, com o movimento de apenas um dedo, dezenas de pessoas podem ser atingidas e em muito menos tempo do que em uma única degola. Desferindo disparos, o matador não se aproxima da vítima, não a toca, nem se mancha com seu sangue, soando essa assepsia homicida como verdadeiro requinte de crueldade.

Uma última nota sobre a guerra federalista é necessária: o Generalíssimo Gumer-

[15] As pesquisas de Reverbel noticiam que, entre os combatentes Maragatos, comandados por Gumercindo Saraiva, havia um que se destacava especialmente nos atos de degola: era Adão Latorre, um negro e pobre gaúcho forjado na cultura fronteiriça, transitando entre Brasil e Uruguai, como se estivesse pisando um único e mesmo chão. Seu idioma era uma mescla encastiçada de português e espanhol, pendendo mais para a língua de Martin Fierro, cuja filosofia campeira talvez seguisse. Afirma-se que Adão teria sido responsável por mais de 300 degolas apenas na batalha de Rio Negro. Suas qualidades de combatente, muito mais do que as de degolador, o fizeram tenente-coronel do exército rebelde. Aos 80 anos, já coronel, Adão Latorre foi um dos que não arredou pé do campo de luta. Morreu varado de balas no combate de Santa Maria Chico, na Revolução de 1923, sendo degolado depois de morto. REVERBEL, Carlos. Maragatos e Pica-Paus – guerra civil e degola no Rio Grande. Porto Alegre: LP&M, 1986, p. 52.

[16] Os autores reproduzem a descrição de uma degola por quem a presenciou: "(...) o carrasco, que às vezes era um homem de fisionomia simpática e ainda moço, e outros de negra catadura, aproximava-se vagarosamente do paciente, dizia-lhe qualquer grosseria, e molemente, como quem ia praticar um ato insignificante ou comum, arrancava o facão, erguia o queixo à vítima e dava-lhe o golpe horizontalmente, da esquerda para a direita, à altura da laringe, apanhando a carótida. O degolado cambaleava e se projetava sobre o solo, a cabeça para o lado, ainda presa pelas cartilagens jugulares. Durante vários minutos, como no jorro de um repuxo, o sangue fervia surdamente, empapando a terra". RUAS, Tabajara; BONES, Elmar. A Cabeça de Gumercindo Saraiva. 2 ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 163.

cindo Saraiva, comandante das forças revolucionárias, foi mortalmente ferido em 10 de agosto de 1894 e enterrado no dia seguinte, no cemitério dos Capuchinhos de Santo Antônio, campo santo, situado na divisa dos municípios de Santiago do Boqueirão e São Borja. Passado um dia do sepultamento, a vanguarda da tropa governista desenterrou o caudilho, decapitando-o, escalpelando-o e cortando suas orelhas.

Segundo versão, consagrada por Augusto Meyer, reproduzida por Ruas e Bones, a cabeça fora levada a Porto Alegre pelo Major Ramiro de Oliveira, colocada em uma caixa de chapéus e ofertada como um "presente" para o Governador Júlio de Castilhos. Este, porém, rejeitara o "agrado" e, de plano, expulsara o militar da sala. Aturdido, "o oficial teria dado sumiço ao despojo, enterrando-o no assoalho de um hotel nas proximidades ou simplesmente lançando-a num terreno baldio, nos fundos do palácio, ou ainda, numa terceira hipótese, jogando-a nas águas do Guaíba". Para outros historiadores, a cabeça de Gumercindo fora encaminhada a exame por uma junta médico-militar, lavrando-se a ata respectiva. Apõem-se dúvidas quanto à credibilidade desse documento, pois a data dele constante, 08 outubro de 1894, indica que teria sido realizado dois meses após a morte, o que inviabilizaria esse exame médico-legal. De toda sorte, tendo em vista que, à época, já se conheciam os estudos de Lombroso que vinculavam o formato do crâneo e outros detalhes físicos à propensão para a prática de crimes, não se pode excluir a veracidade do fato.[17]

16.6 A GUERRA DE CANUDOS E O CORONEL "CORTA-CABEÇAS"

Cabeças também rolaram sistematicamente na Guerra de Canudos. Esse conflito armado teve início em 07 novembro de 1896, terminando em 05 outubro de 1897. Fora deflagrado no Estado da Bahia, tendo por finalidade desalojar do distante Arraial de Canudos um pregador sertanejo, chamado pelo povo "Antônio Conselheiro" (Antônio Vicente Mendes Maciel), que se aquartelara naqueles cafundós com cerca de 25 mil camponeses, seus fiéis seguidores. Em sua pregação, dizia que a República, recém-implantada no país, era a materialização do reino do Anticristo na Terra e que o governo eleito seria uma pro-

[17] Vejam-se os termos dessa ata: "Ata de recolhimento do craneo do caudilho Gumercindo Saraiva. Os oficiais abaixo assignados, todos pertencentes à 4ª Brigada em guarnição no Garruchos, em d'aquelle Passo para a Capital do Estado, resolveram o seguinte: Considerando que o craneo do celebre caudilho Gomercindo Saraiva oferece ensejo para um estudo minucioso e aproveitável à sciência; considerando o cadáver insepulto e o craneo deslocado, rolando e ao relento, em nada podia ferir os sentimento religiosos e de humanidade; considerando que o craneo de um guerrilheiro celebre devia pertencer a uma galeria de preferencia a permanecer à beira de uma estrada, sujeito ao escárneo dos transeuntes; considerando que depois de aprofundado estudo muito lucrarão a sciencia e a sociedade, descobrindo-se, como matemáticamente sucederá, uma organização apta para a arte guerreira; considerando que todo o Município onde jazem os restos do caudilho sabe de visu que o craneo estava ao relento e deslocado; resolveram por isso conduzi-lo até esta capital oferecendo-o aos profissionais para sobre ele fazerem aprofundado estudo, passando depois a uma galeria. Rincão de Itacorubi (cemitério de S. Antônio), 8 de outubro às 8 e meia da manhã. Major Ramiro de Oliveira, presidente; 2º tenente de artilharia Antonio Manuel Pinheiro Fernandes, secretário; Dr. Alberto Carlos João Cremps, capitão médico; ten. Antero Ribas D'Ávila; alferes Manoel dos Santos; ten. João Antonio Pereira Mayer".

fanação da autoridade da Igreja Católica para legitimar os governantes. Segundo pregava, a cobrança de impostos – efetuada de forma violenta –, a celebração do casamento civil e a separação entre Igreja e Estado eram provas cabais da proximidade do fim do mundo: "O sertão vai virar mar; o mar vai virar sertão", seria sua proclamação.

Foram enviadas quatro expedições militares para a região. A primeira, comandada pelo Tenente Manuel da Silva Pires Ferreira (1859-1925), foi batida em Uauá (novembro de 1896). A segunda, liderada pelo Major-fiscal Febrônio de Brito, destroçada em Tabuleirinho (janeiro de 1897). A terceira foi comandada pelo Coronel Moreira Cesar, oficial que, na já mencionada "Guerra da Degola", ganhou fama de inclemente e crudelíssimo, notadamente por ter mandado executar mais de cem prisioneiros a sangue frio. Por suas malvadezas, a soldadesca lhe pespegou o apelido de "Coronel Corta-Cabeças". Foi mortalmente ferido em 1897.

De acordo com relatos, a violência dos combates era gradativa. Cada vez que uma expedição era rechaçada pelos seguidores de Antônio Conselheiro que, como espólio desses embates, obtinham as armas, munições e até vestimentas abandonadas pelos vencidos, outra vinha ainda mais bem equipada em homens e armas, e a violência recrudescia.

Por meio de suas precisas e emocionadas reportagens, o gênio de Euclydes da Cunha eternizou, com extrema fidelidade, as idas e vindas desse conflito, criando um clássico da literatura nacional – "Os sertões". Foi, por suas palavras, que veio a lume o covarde tratamento que os poucos jagunços feitos prisioneiros recebiam das forças regulares. A tônica da abordagem não se subsumia ao deboche e à tortura, porque a estas logo se seguiam a degola e o destripamento. Os cuidados que o Exército brasileiro conferiu aos seus compatriotas iletrados, que supunham ser a jovem República dos Estados Unidos do Brasil uma "coisa ruim", e que o apocalipse logo adviria com o oceano Atlântico alagando o Sertão, não representa, definitivamente, uma página gloriosa de nossa história. Veja-se a seguinte passagem:[18]

> Os soldados impunham invariavelmente à vítima um viva à República, que era poucas vezes satisfeito. Era o prólogo invariável de uma cena cruel. Agarravam-na pelos cabelos, dobrando-lhe a cabeça, esgargalando-lhe o pescoço; e, francamente exposta a garganta, degolavam-na. Não raro a sofreguidão do assassino repulsava esses preparativos lúgubres. O processo era, então, mais expedito: varavam-na, prestes, a facão. Um golpe único, entrando pelo baixo ventre. Um destripamento rápido...
>
> Tínhamos valentes que ansiavam por essas cobardias repugnantes, tácita e explicitamente sancionadas pelos chefes militares. Apesar de três séculos de atraso, os sertanejos não lhes levavam a palma no estadear idênticas barbaridades.
>
> [...]
>
> Preso o jagunço válido e capaz de agüentar o peso da espingarda, não havia malbaratar-se um segundo em consulta inútil. Degolava-se; estripava-se.

[18] CUNHA, Euclydes. Os sertões. 17 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, pp. 562-565.

> Um ou outro comandante se dava o trabalho de um gesto expressivo. Era uma redundância capaz de surpreender.
>
> [...]
>
> A degolação era, por isto, infinitamente mais prática, dizia-se nuamente. Aquilo não era uma campanha, era uma charqueada. Não era a ação severa das leis, era a vingança. Dente por dente. Naqueles ares pairava ainda, a poeira de Moreira César, queimado; devia-se queimar. Adiante, o arcabouço decapitado de Tamarindo; devia-se degolar. A repressão tinha dois pólos — o incêndio e a faca

A seguir, o foco deste artigo passa a estar na maneira brutal pela qual fora decapitado o Beato da Guerra dos Canudos.

16.6.1 A decapitação do beato

No período histórico em apreço, reconhecer o delinquente, por meio de suas características físicas, tornou-se tarefa especialmente importante da "polícia científica" no seu mister de solucionar crimes, haja vista os então recentes estudos que o jurista e magistrado italiano, Raffaele Garofalo, veio a denominar "Criminologia".[19] Não por outras razões, tal qual se passou na "Guerra da Degola", travada no Sul do país, encerrados os combates em Canudos, o comando do Exército brasileiro ordenou diligências entre os escombros da cidade devastada em busca do corpo de Antônio Conselheiro que afinal foi localizado, desenterrado e decapitado. Veja-se a descrição de Euclydes da Cunha sobre o encontro do corpo do Beato:[20]

> Antes, no amanhecer daquele dia, comissão adrede escolhida descobrira o cadáver de Antônio Conselheiro.
>
> Jazia num dos casebres anexos à latada, e foi encontrado graças à indicação de um prisioneiro. Removida breve camada de terra, apareceu no triste sudário de um lençol imundo, em que mãos piedosas haviam desparzido algumas flores murchas, e repousando sobre uma esteira velha, de tábua, o corpo do "famigerado e bárbaro" agitador. Estava hediondo. Envolto no velho hábito azul de brim americano, mãos cruzadas ao peito, rosto tumefato, e esquálido, olhos fundos cheios de terra — mal o reconheceram os que mais de perto o haviam tratado durante a vida.
>
> Desenterraram-no cuidadosamente. Dádiva preciosa — único prêmio, únicos despojos opimos de tal guerra! — faziam-se mister os máximos resguardos para que se não desarticulasse ou deformasse, reduzindo-se a uma massa angulhenta de tecidos decompostos.
>
> Fotografaram-no depois. E lavrou-se uma ata rigorosa, firmando a sua identidade: importava que o país se convencesse bem de que estava, afinal, extinto aquele terribilíssimo antagonista.
>
> Restituíram-no à cova. Pensaram, porém, depois, em guardar a sua cabeça tantas vezes maldita — e, como fora malbaratar o tempo exumando-o de novo, uma faca jeitosamente brandida, naquela mesma atitude, cortou-lha;

[19] GAROFALO, Raffaele. Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal. 3 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.
[20] CUNHA, Euclydes. Os sertões. 17 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, p. 612.

> e a face horrenda, empastada de escaras e de sânie, apareceu ainda uma vez ante aqueles triunfadores [...]
>
> Trouxeram depois para o litoral, onde deliravam multidões em festa, aquele crânio. Que a ciência dissesse a última palavra. Ali estavam, no relevo de circunvoluções expressivas, as linhas essenciais do crime e da loucura [...]

A secção da cabeça teria dupla serventia, como alvitravam os militares – prestava-se como prova definitiva do fim da guerra e da vitória das forças regulares – mas destinava-se também a ser objeto de estudos científicos. Seria submetida ao exame e à opinião do Professor Nina Rodrigues, expoente da Escola Positiva na academia brasileira. Havia nisso a expectativa de que ali fossem identificadas possíveis anomalias, tendências criminosas ou quaisquer outras insondáveis razões que levaram aquele homem a liderar milhares de fanáticos, que deram suas vidas por ele, nada obstante as extravagantes – mesmo para a época – ideias que defendia.

O crânio de Antônio Conselheiro, empoado de cal, foi enviado para Salvador. Cuidadosamente estudado por Nina Rodrigues, resultou em trabalho clássico, postumamente conhecido sob o título "As collectividades anormais". Para frustação de muitos, o respeitado professor afirmou que "o craneo de Antônio Conselheiro 'não apresentava nenhuma anomalia que denunciasse traços de degenerescência': é um craneo de mestiço onde se associam caracteres anthropologicos de raças diferentes". Conclui, em definitivo, que se trata de "um craneo normal".[21]

16.7 O CANGAÇO, AS VOLANTES E AS CABEÇAS DE LAMPIÃO E MARIA BONITA

O cangaço foi uma forma de banditismo social, surgido no sertão nordestino do Brasil, a partir de 1870, cujo apogeu foi no primeiro terço do século XX e extinguiu-se por volta de 1940. Nutria-se dos proscritos rurais que passavam a ser encarados como criminosos pelos senhores da terra e pelo Estado, mas que continuavam a fazer parte da sociedade camponesa, sendo considerados, por sua gente, como uma espécie de heróis, como campeões, vingadores, paladinos da justiça e, em alguns casos, até como líderes da libertação, mas, sempre, como homens a serem admirados, ajudados e apoiados.[22]

Constituindo-se fenômeno universal, o banditismo social, nas palavras de Hobsbawm, "ocorre sempre que as sociedades se baseiam na agricultura (inclusive as economias pastoris), e mobiliza principalmente camponeses e trabalhadores sem terras, governados, oprimidos e explorados por senhores, burgos, governos, advogados ou até mesmo bancos", condições ideais para essa forma de banditismo que, em muito, se distingue do urbano,

[21] SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira. Empório do Direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-cabeca-de-antonio-conselheiro-capitulo-ou-capitulacao-da-antropologia-criminal-brasileira. Acesso em: 21 out. 2019.

[22] HOBSBAWM, Eric J. Bandidos. 2 ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1976, pp. 11-13.

> são aquelas em que os homens que exercem a autoridade são cidadãos naturais do lugarejo, operando em complexas situações locais, e que uma viagem de alguns poucos quilômetros pode colocar o bandido além da jurisdição ou mesmo do conhecimento de um conjunto de autoridades e no território de outras, que não se importam com o que acontece no 'exterior'.[23]

Na definição de Câmara Cascudo, "cangaceiro" é o "criminoso errante, isolado ou em grupo, vivendo de assaltos e saques, perseguido, perseguindo, até a prisão ou morte numa luta com tropa da polícia ou com outro bando de cangaceiros". Para o autor, entre os cangaceiros, havia, desde "figuras de relativa nobreza, corajosos, incapazes de uma violência contra moças, crianças ou velhos, como Jesuíno Brilhante, mas também os repugnantes, brutos, como Lampião".[24]

Virgulino Ferreira, o Lampião, empurrado para o cangaço, em razão do conflito que teria eclodido entre sua família e a de seu vizinho, José Saturnino, e seu bando, cujos componentes não foram os pioneiros nessa atividade insurreta. A figura do cangaceiro o precede, não obstante o grupo liderado por ele tenha sido o que mais fama atingiu no cangaço, devendo-se esse fato a uma conjunção de fatores.

O primeiro diz respeito ao convite recebido por Lampião para dar combate à Coluna Prestes que, naquela ocasião, em 1926, desbravava a caatinga e se encontrava nas proximidades de Juazeiro. Os Estados de Pernambuco, Paraíba e Ceará formaram milícias destinadas a repelir os revolucionários. O Deputado Floro Bartolomeu, do Ceará, teve a surpreendente ideia de utilizar Virgulino e os seus cangaceiros para incorporá-los aos chamados "batalhões patrióticos". As vantagens seriam muitas, entre as quais, a circunstância de Lampião conhecer "a região por tê-la percorrido em todos os sentidos, esta[ndo] familiarizado com um meio hostil e, além disso, seu grupo já se achava organizado como um pequeno exército". Com a promessa de reabilitação e reintegração à sociedade, Lampião, atendendo à solicitação de Padre Cícero, chamado a intermediar o convite, aceitou a tarefa. Ademais de outros benefícios, talvez o mais relevante para si tenha sido a prometida patente de "capitão". Lampião fora recebido na cidade de Juazeiro com toda pompa e circunstância, mas algo inesperado aconteceu: no interregno entre o convite e a chegada de Lampião a Juazeiro, Floro Bartolomeu morreu, e as forças revolucionárias de Prestes, por motivos outros, afastaram-se da cidade. Mas, como promessa é dívida, Lampião cobrava a sua. Não havendo nenhum militar na cidade, coube a um engenheiro agrônomo que ali estava a trabalho, Pedro Uchoa, única pessoa que mantinha algum vínculo com o Poder Público, a missão de atribuir a Lampião o posto de Capitão. É assim que se explica o fato de Lampião passar a ser chamado de "Capitão" Virgulino Ferreira.[25] Também, daí provém grande parte de sua fama.

[23] HOBSBAWM, Eric J. Bandidos. 2 ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1976, p.15.
[24] CASCUDO, Luís da Câmara. Dicionário do Folclore Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Global, 2012, p. 168.
[25] JASMIN, Élise. Lampião senhor do sertão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 95-105.

Entrementes, enquanto estava em Juazeiro, Lampião fora procurado por um fotógrafo, chamado Lauro Cabral, solicitando que posasse para ele. Arranjou-se, então, um encontro para momento posterior. Nessa ocasião, boa parte do bando, todos trajando roupas novas, deixou-se fotografar, exibindo suas armas e demais adereços. Essas imagens foram publicadas em jornais de todo o Brasil e ainda hoje podem ser vistas na rede mundial de computadores.[26] Foi o trampolim para ser conhecido nacional e internacionalmente.

Além da iconografia, Lampião concedeu entrevistas, destacando-se a ofertada ao jornalista Otacílio Macedo, que veio a ser publicada em março de 1926. Muito respeitoso, Lampião relatou como ingressou no cangaço, integrando, inicialmente, o grupo de "Sinhô Pereira". Mencionando, ainda, suas preferências políticas, dizendo inclusive que pretendia incorporar-se às forças legalistas contra os rebeldes de Prestes. Essa entrevista teve grande repercussão, dando-se início, por outro lado e a partir de então, a uma implacável perseguição policial que só terminou com sua morte e decapitação em 28 de julho de 1938, em uma emboscada havida na Grota de Angicos, em Poço Redondo (SE). Foi montada por um destacamento das Forças Volantes, chefiado pelo intimorato, Tenente João Bezerra, também cria dos sertões, e não por forças provindas do litoral ou de outras plagas ainda mais distantes.

A cabeça de Lampião, Maria Bonita e dos demais cangaceiros circulou por vários vilarejos e cidades até chegar à capital Maceió, percorrendo uma "espécie de procissão macabra em que se mesclavam tradições solenes e manifestações de júbilo popular, o sagrado e o profano", tudo junto e misturado. Em cada localidade, formava-se um cortejo, puxado por fanfarras que parava e prosseguia, como se fosse uma procissão de Sexta-feira Santa, como um simulacro de via sacra. Na cidade de Piranhas, por exemplo, em meio a gritos e apupos, "as cabeças dos onze cangaceiros foram expostas num lençol branco estendido sobre a escadaria da igreja e ao seu redor foram colocadas, com grande preocupação de simetria, as armas, as cartucheiras, os alforjes, os chapéus e duas máquinas de costura dos cangaceiros". Por terem sido dispostas nos degraus e não, no interior do templo, a cena representava a proscrição simbólica dos cangaceiros, uma suprema desonra, sobretudo, por ser conhecida a devoção católica de Lampião: [27]

> Os corpos mutilados e as cabeças cortadas ofereciam um espetáculo de rara violência, tornando-se a imagem fotográfica um objeto de infâmia. A fotografia desafiava nesse contexto todos os tabus da representação da morte numa teatralidade mórbida. Quis-se que as imagens dos corpos mutilados dos cangaceiros fossem vistas como afronta, gesto de guerra e, principalmente, demonstração de poder. Elas seriam de certo modo o contraponto do discurso do corpo fechado, da invulnerabilidade, a negação do mito.

Chegando a Maceió, mais de dez mil pessoas estavam à espera dos esquisitos troféus. O tenente João Bezerra e seus homens, que a tudo acompanhavam, foram saudados

[26] GOOGLE. Foto de Lampião e seu bando feita por Lauro Cabral. Disponível em: https://www.google.com/search?q=lauro+cabral+lampi%C3%A3o&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjjsuOQ-L_lAhX0IbkGHR8MDwEQ_AUIEigB&biw=1366&bih=657. Acesso em: 18 out. 2023.

[27] JASMIN, Élise. Lampião senhor do sertão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 307-308.

com “indescritível entusiasmo por parte da população”, sendo recebidos com abraços pelo Interventor Osman Loureiro no Palácio do Governador.

É interessante observar o comportamento da imprensa da época. Para a biógrafa Jasmin,

> a leitura dos jornais permite constatar uma verdadeira inversão dos papéis e de valores: enquanto Lampião vivia, a imprensa do litoral e do sertão denunciava regularmente as execuções das Forças Volantes em operação no sertão. Após a matança de Angico, a profanação de cadáveres foi percebida e até reivindicada – principalmente pela imprensa do litoral – como um ato necessário para a erradicação de um mal que assolava toda a sociedade. Os matadores de Angico alcançaram o estatuto de heróis a serviço da nação.[28]

Os efeitos “colaterais” da morte e decapitação de Lampião e parte de seu bando, tais como a comoção popular e a apropriação desse fato por políticos interessados em promoção pessoal, impressionam pela semelhança com o que ocorre nos dias atuais, época em que parlamentares apresentam projetos de lei, criminalizando novas condutas ou agravando penas tão logo se tem notícia da prática de algum fato criminoso inusitado, mas, desde que o trágico acontecimento seja capaz de despertar o interesse da mídia, esta sempre ávida na busca de público para entreter-se com reportagens eloquentes. No caso ora tratado, já no dia 31 de julho de 1938, apenas três dias após a morte do cangaceiro, o interventor do Estado de Pernambuco, Agamenon Magalhães, afirmou-se convicto de que a morte de Lampião não eliminaria o cangaço, colhendo então o ensejo para propor, pelo artigo publicado na imprensa, uma solução tão radical quanto peculiar para o problema:

> É necessário uma legislação especial para combater o banditismo. Eu condenaria à morte, sumariamente, sem direito a recurso, nem perdão, todos os ‘coiteiros’[29], todos os que por covardia, interesse, guardaram, por tanto tempo, o mais terrível e cruel dos bandidos, esse, cuja cabeça, a polícia alagoana acaba de cortar para oferecer ao estudo dos instituto médico-legaes do Brasil.[30]

Após repetidas exibições públicas, as cabeças de Lampião e Maria Bonita foram finalmente encaminhadas para o instituto médico-legal de Maceió, ficando aos cuidados do Dr. Lages Filho, que procedeu a percuciente exame, tomando nota, como usual naquela época, das medidas antropométricas, nomeadamente o índice cefálico, a capacidade do crâneo, o ângulo facial, a largura da face, além dos cabelos e do pigmento cutâneo.

Depois de tantas peripécias, é claro que ambas as cabeças apresentavam-se em mal estado de conservação, certamente já exalando odores pútridos. Ainda assim, o legista pôde verificar os traços fisionômicos de Maria Bonita, os quais, segundo anotou, “não pareciam desmentir o appellido que lhe deram”; quanto à cabeça de Lampião, estava atravessada por um tiro, merecendo reconstituição, que foi realizada. Vejam-se as conclusões a que chegou o médico:[31]

[28] JASMIN, Élise. Lampião senhor do sertão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016, p. 302.
[29] Segundo Houaiss: aquele que dá coito, asilo ou proteção a bandidos. HOUAISS, Antonio et al. Dicionário da Língua Portuguesa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 756.
[30] MAGALHÃES, Agamenon. “Banditismo”. Folha da Manhã. 31de julho de 1936, p. 1 apud JASMIN, Élise. Lampião senhor do sertão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, p. 31.
[31] JASMIN, Élise. Lampião senhor do sertão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016, pp.

> Ambos não denunciam existência de quaisquaer estygma de degenerecencia ou de signaes atávicos. A busca da constituição delinquencial muito importância teria com o estudo psychologico, que permitiria pôr em relevo os caracteres fundamentaes de cada personalidade. Em verdade, a conclusão definitiva só poderia ser tirada de apreciação physico-psychica e biográfica das victimas, único meio capaz de revelar as suas tendências criminosas, mesmo si despertadas por paixão ou por amor.
>
> [...]
>
> Embora apresente a cabeça de Lampeão alguns estigmas psychos, não nos surpreedemos após um paralelismo rigoroso entre os caracteres somáticos de degenerescencia apresentados pela mesma e a figura moral do celebre criminoso. Assim apenas verificamos como índice de degenerescencia, anomalias nas orelhas, niveladas com uma symetria chocante. A abóboda palatina ogival. Microdontia. Faltavam deformações craneas. Prognatismo das maxilas e outros signaes, aos quaes Lombroso tanta importancia dava para caracterização do criminoso nato.
>
> Todavia, nem por isso os dados anatomicos e anthopometricos assignalados perdem a sua valia pelas suggestões que oferece na apreciação de natureza delinquencial do famoso cangaceiro nordestino.

Nota-se, primeiramente, o reconhecimento da beleza da companheira de Lampião, mesmo estando a cabeça de Maria Bonita em início de decomposição. Ainda destaca o legista a possibilidade de se verificar, no caso de Maria Bonita, serem suas "tendências criminosas", produto de um tipo de morbosidade ou semiloucura, como então se diagnosticava, de que ordinariamente se acometiam as mulheres quando "despertadas por paixão ou por amor".

As cabeças de Lampião e Maria Bonita ficaram 30 anos, seis meses e nove dias insepultas, aguardando pronunciamento da justiça. Só foram enterradas em fevereiro de 1969, no cemitério Quinta dos Lázaros, em Salvador, depois que o Presidente da República, General Costa e Silva, os indultou. Durante esse largo tempo, permaneceram expostas no Museu de Antropologia Criminal do Instituto Nina Rodrigues, para onde haviam sido transferidas desde Maceió, sendo exibidas para estudantes e curiosos.

16.8 UM OLHAR À DISTÂNCIA: DECAPITAÇÕES, POSITIVISMO E FRENOLOGIA

O positivismo, que encantava os corações e as mentes do oficialato brasileiro desde o golpe de Estado que instituiu a República, proclamada sob o lema da "Ordem e Progresso", expressava-se também no âmbito das modernas ciências penais, que se inspiravam nos estudos de Lombroso, Garofalo, Ferri e outros, como já se mencionou linhas acima. Será, nesse final do século XIX, marcado pelo cientificismo e pelo organicismo, que surgirá como ciência.

Nascia aí uma vertente acadêmica que, pela primeira vez na história, procurava dar

322-323.

uma explicação "médico-científica" para o fenômeno criminal, transferindo o poder punitivo para o campo da Medicina, ou melhor, da novel "Antropologia Criminal". Por meio de medições da circunferência craniana, do prognatismo, da distância entre os olhos, da posição e desenho das orelhas, do formato do nariz etc., identificava-se o "homem delinquente". Era por certas características físicas e peculiaridades anatômicas que se chegava ao criminoso "nato", sendo essa descoberta científica um grande avanço a que se chegava para impor-se um fim à criminalidade e ao estabelecimento da segurança social.

Nesse contexto, em que se verificam hipóteses próximas da metafísica para explicar o fenômeno da delinquência, é interessante observar que, entre outras referências marcantes para a identificação do criminoso nato, Lombroso faz referência ao seu olhar:[32]

> Notamos que o traço mais característico de verdadeiramente especial nos delinquentes natos reside em seu olhar. *Não me é necessário* – dizia Vidocq – *ver todo o rosto de um criminoso. É suficiente poder fixar-lhe os olhos.* Encontrei o olhar de assassinos muito análogos ao dos felinos no momento da emboscada e da luta e o expliquei pela repetição continuada de ações maldosas, porque entre as crianças, as mais criminosas, não observei jamais um olhar feroz. As raras exceções que encontrei entre adultos provinham de um fenômeno muito curioso, já notado por Vidocq, e que chamarei de *duplo olhar.* Lancenaire, Luciani, Gasparone [presos estudados por Lombroso], por exemplo, tinha dois olhares diferentes: um suave e quase feminino e outro feroz e felino. Tal olhar não dependia deles, mas variava segundo o estado de seu espírito, tanto amável quanto feroz, o que lhes dava um duplo poder de fascinação, sobretudo *vis-à-vis* com uma mulher. É ela primeiramente atraída pela aparência cortês, encadeada a seguir pelo terror e pela energia, o que explica bem os casos de inacreditável cumplicidade. (grifo do autor)

Para os estudiosos de então, conforme analisa Gabriel Anitua, "o atavismo seria, ao mesmo tempo, uma explicação científica – o delinquente o é porque o seu desenvolvimento foi interrompido no seio materno antes de alcançar a maturidade – e uma chave para esse possível reconhecimento, pois isso podia ser observado no corpo humano". Afinal, segue Anitua, "com a 'fissura occipital média' presente no crâneo de Vilella, delinquente cuja autópsia realizou em 1871, Lombroso parecia ter descoberto uma peculiaridade anatômica própria dos hominídeos não desenvolvidos – os símios – ou do feto antes de alcançar seu pleno desenvolvimento" e aí estaria toda a explicação para os comportamentos extravagantes.[33] Para a Escola Positiva, que se inspira na obra desse médico italiano e em seus contemporâneos e discípulos, o crime é apenas uma manifestação violenta e antissocial, que se revela como sintoma de um ser doente. Esse – alguém que necessita de tanto de cuidados psiquiátricos quanto de punição – é o criminoso que interessa e que é preciso tratar (e também sancionar), pois somente assim se defenderá a sociedade.

Nina Rodrigues, médico maranhense radicado na Bahia, aderiu ao assim chamado

[32] LOMBROSO. Cesare. O homem delinquente. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 285.
[33] ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2008 (Coleção Pensamento Criminológico, 15), p. 304.

"determinismo biológico" apregoado pelo Positivismo, sendo nítida a influência que as ideias lombrosianas tiveram em sua obra e entre os letrados brasileiros. Muito prestigiado entre seus pares, tornou-se o mais destacado entre os estudiosos da Antropologia Criminal no Brasil.[34]

Em suas pesquisas, Rodrigues analisou o crâneo de vários condenados, na tentativa de demonstrar a tese de que os comportamentos delitivos seriam produto, no caso brasileiro, da miscigenação, característica típica da população do país, o que, aliás, também salientava Afrânio Peixoto, destilando, ao que parece, uma fina ironia: "Na mistura não homogênea de nosso povo, há de ser profeta o etnólogo que descobrir traços definitivos".[35]

16.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tantas cabeças cortadas em distintos episódios da história do Brasil, pode-se pensar que as decapitações de Gumercindo Saraiva, Antônio Conselheiro e Lampião, assim como o respectivo envio dessas "peças" para centros de estudos antropológicos-criminais deviam-se a um especial apego dos vencedores de batalhas pelo desenvolvimento científico.

Tal não parece ser a conclusão mais sensata (ou academicamente plausível), pois, nos casos aqui referidos, a degola ou a decapitação ora se deu com o indisfarçável desejo de vanglória, ora por desprezo pelo inimigo ou adversário, ou, até mesmo, como simples exibicionismo, estando esse ato invariavelmente revestido de enorme simbolismo.

Sabe-se que muito tempo se passou desde a Guerra Federalista, Canudos e do Cangaço. Comparar esses episódios às rebeliões de presos nos dias atuais pode parecer exagero retórico, dada a distância temporal que os separa das insurreições prisionais de hoje. A morte e a decapitação de Lampião, por exemplo, se deu em pleno Estado Novo, e isso tem um significado histórico. Assim como as de Gumercindo Saraiva e de Antonio Conselheiro tiveram respectivamente as suas, porque a recém instalada República ainda não havia sido muito bem digerida pela população.

O que salta aos olhos, entretanto, é que decapitações, degolas, torturas, escárnios, deboches e outras atitudes hostis advêm, invariavelmente, de uma desvirtuada atuação das forças estatais, seja das polícias, dos policiais penais ou das Forças Armadas. Aqueles, cujos pescoços são cortados, cujos dedos são quebrados, cujos tímpanos são perfurados, são sempre os presos, os vencidos, sejam eles classificados como bandidos, *outlaws*, ou outra denominação que se lhes empreste.

Se, em pleno século XXI, presos ainda cortam as cabeças uns dos outros, independentemente do significado intrínseco desse ato, há que se lembrar que, em nossos registros

[34] SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira. Empório do Direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-cabeca-de-antonio-conselheiro-capitulo-ou-capitulacao-da-antropologia-criminal-brasileira. Acesso em: 21 out. 2019.

[35] PEIXOTO, Afrânio. Medicina Legal. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 359.

históricos, decapitações ou degolas foram práticas corriqueiras. Também há de se ter em mente que torturas e maus-tratos são até hoje infligidos aos prisioneiros, seja como método de investigação e obtenção de prova ou simplesmente como inflição de castigo ou subjugação. A violência, praticada atualmente pelos presos, espelha a praticada contra eles pelas forças públicas.

Considera-se como "barbárie" apenas as ações dos presos, reputando-se as torturas perpetradas pelos agentes das forças públicas, a falta de condições mínimas de habitabilidade dos presídios e a superpopulação, verificada nas unidades como consequência natural da política criminal de tolerância zero que vem sendo colocada em prática há várias décadas. Esse inequívoco político criminal representa perigoso incentivo a que esse estado de coisas inconstitucional, já reconhecido pela Suprema Corte, permaneça permeando o sistema prisional no país. Assim como estão as coisas, muitas cabeças ainda rolarão.

16.10 REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2008 (Coleção Pensamento Criminológico, 15).

ARINOS, Afonso. **História do povo brasileiro**. São Paulo: J. Quadros Edições Culturais, 1968, v. 5.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF 347-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 setembro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515012&ori=1. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL DE FATO. **Em presídio feminino no Pará presas tiveram que se sentar seminuas em formigueiro**. 26 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/09/26/em-presidio-feminino-no-para-presas-tiveram-de-sentar-seminuas-em-formigueiro/.Acesso em: 08 out. 2023.

CASCUDO, Luís da Câmara. **Dicionário do Folclore Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Global, 2012.

CUNHA, Euclydes. **Os sertões**. 17 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1944.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. 3 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

GLOBO. **Decapitação explorada por facções do país como forma de intimidar inimigos**. 31 de julho de 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/decapitacao-explorada-por-faccoes-do-pais-como-forma-de-intimidar-inimigos-23843862. Acesso em: 08 out. 2023.

GLOBO. **Força tarefa quebrava o dedo dos presos, diz órgão ministerial**. 11 de outubro de 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/forca-tarefa-quebrava-dedos-dos-presos-diz-orgao-ministerial-24010316. Acesso em: 12 out. 2023.

GLOBO – G1. **Rebelião deixa mortos no presídio em Altamira, sudoeste do Pará**. 29 de julho de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml. Acesso em 08 out. 2023.

GOOGLE. Foto de Lampião e seu bando feita por Lauro Cabral. Disponível em: https://www.google.com/search?q=lauro+cabral+lampi%C3%A3o&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjjsuOQ-L_lAhX0IbkGHR8MDwEQ_AUIEigB&biw=1366&bih=657. Acesso em: 18 out. 2023.

GOZZI, Ricardo. Degola dos conflitos do Sul. **Jornalistas Livres**, 15 de janeiro de 2017. Disponível em: https://jornalistaslivres.org/degola-nos-conflitos-do-sul/. Acesso em 31 out. 2023.

HOBSBAWM, Eric. J. **Bandidos**. 2 ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1976.

HOUAISS, Antônio et al.. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro. Objetiva, 2001.

JASMIN, Élise. **Lampião senhor do sertão**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016.

JORNALISTAS LIVRES. Disponível em: http://www.jornalistaslivres.org/. Acesos em: 15 out.

JOVEM PAN NOTÍCIAS. **CNJ diz que presídio em Altamira tem péssimas condições**. 29 de julho de 2019. Disponível em: https://jovempan.com.br/noticias/brasil/relatorio-da-cnj-diz-que-presidio-em-altamira-tem-pessimas-condicoes.html. Acesso em: 08 out. 2023.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo. E o porrete e a cenoura, diz Moro sobre presos em facções. **Notícias UOL – Política,** 10 de novembro de 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/11/e-o-porrete-ou-a-cenoura-diz-moro-sobre-presos-em-faccoes.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

PEIXOTO, Afrânio. **Medicina Legal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

REVERBEL, Carlos. **Maragatos e Pica-Paus** – guerra civil e degola no Rio Grande. Porto Alegre: LP&M, 1986.

RUAS, Tabajara; BONES, Elmar. **A cabeça de Gumercindo Saraiva**. 2 ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 1997.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira. **Empório do Direito**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-cabeca-de-antonio-conselheiro-capitulo-ou-capitulacao-da-antropologia-criminal-brasileira. Acesso em: 8 out. 2023.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 10 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WIKIPEDIA. **Primeiro comando da capital**. [s.d.]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Primeiro_Comando_da_Capital. Acesso em: 08 out. 2023.

17. DESCONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS EN BRASIL (2019-2022)

Jorge Rubem Folena de Oliveira[1]

RESUMEN: El objetivo del presente ensayo es analizar la actuación de la clase dominante, en Brasil, que busca implementar el proyecto ultraliberal de desconstrucción del estado de bienestar social y de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Estado. Luchas de clases. Memoria. Derechos humanos. Ultraliberalismo.

17.1 INTRODUCCIÓN

¡Los ricos están cada vez más ricos!

El mundo vive una gran crisis debido a la gran concentración de capital, que está conduciendo a las personas a un estado de pobreza y miseria, con menos derechos sociales y con poca o ninguna ayuda del Estado, lo que, sin duda, amplía las luchas de clases, por todos los rincones. Esto también contribuye para que el Estado, controlado por la clase dominante, actúe en la represión de los movimientos populares.

Al mismo tiempo, en consecuencia de la crisis en curso, aumentan las manifestaciones de la extrema derecha, al servicio de los ricos, que actúan como herramienta de persecución social, religiosa y étnica.

De cierto modo, los gobiernos están comprometidos con sus financiadores electorales (los ricos), lo que pone en evidencia la crisis de la democracia occidental y del sistema económico que lo sustenta, sin interés en promover la felicidad y el bienestar de sus ciudadanos, de una manera general.

Lo que sucede en el mundo también se refleja en Brasil. Sin embargo, hay cosas más graves que ocurren en el país. Después del indebido impedimento de la presidenta Dilma Rousseff, en 2016, la situación política, económica y social se agravó y, en la actualidad, se constata un evidente y rápido empobrecimiento del pueblo brasileño.

Posteriormente, en 2018, después de que la clase dominante lograra encarcelar indebidamente al expresidente Lula da Silva e impedirlo de participar en el proceso electoral, fue electo Jair Bolsonaro para la Presidencia de la República, cuyo mandato se inició el primero de enero de 2019 y se acabó el 31 de diciembre de 2022.

Bolsonaro siempre ha defendido abiertamente la dictadura y la tortura; ha actuado contra las causas de liberación de género y los derechos de los pueblos indígenas; ha declarado que no tenía ninguna preparación para gobernar el país y, de esta forma, entregó la administración de la economía al banquero Paulo Guedes, un hombre despojado de compromiso social y listo para defender sus intereses de clase.

[1] Doutor em Ciência Política (Iuperj), com Pós-doutorado (UFRRJ); mestrado em Direito (IFRJ).

Así, el gobierno de extrema derecha de Bolsonaro ha adoptado un pensamiento económico ultraliberal y, por supuesto, ha contribuido, con sus medidas, al gran empobrecimiento de la población. El hambre alcanzó a muchos brasileños, aunque el país siga siendo uno de los mayores productores de alimentos, exportados para otros países sin ninguna intervención del Estado durante el gobierno de Bolsonaro.

Este gobierno ha permitido que el mercado dicte libremente las reglas de funcionamiento de la economía y, además, ha promovido la desestructuración de todos los servicios de fiscalización y protección de la sociedad.

Por lo tanto, a través de la observación de los hechos en curso en Brasil (2019-2022), haremos un análisis sobre la actuación de la clase dominante y la implementación del proyecto ultraliberal de deshacer el estado de bienestar social, que afecta cualquier posibilidad de existencia digna del pueblo brasileño, cuya resistencia se manifiesta todos los días, principalmente, en los más pobres.

17.2 ESTADO DE DERECHO COMO GARANTÍA DE LA CLASE DOMINANTE

El acto promovido contra la estatua de Borba Gato[2] (cazador de indios y negros, utilizados como mano de obra esclavizada por la clase dominante colonial y explotadora[3]) simboliza una reacción a los abusos y crueldades practicados desde siempre por el Estado contra las clases oprimidas y subalternas, que, en los días de hoy, se encuentran aún más expoliadas y fragilizadas por la crisis que asola al país.

El aumento de la concentración de la riqueza en beneficio de las élites ha generado cada vez más desequilibrio y desempleo, además de intensificar los conflictos sociales en un Brasil que sigue a la deriva y sin rumbo bajo el comando de Bolsonaro y sus apoyadores.

Al reflejarnos en la naturaleza humana, desde el inicio de su existencia, constatamos la tremenda fuerza propulsora de su imaginación, sin embargo, igualmente, nos deja perplejos su comportamiento delante de la realidad. Ya que, al mismo tiempo que tiene una inmensa capacidad de pensar y construir maravillas culturales, el ser humano también tiene el deseo insano de matar, explotar, saquear, humillar a su semejante y maltratar a la madre naturaleza, imponiendo un cuadro de guerra permanente a sí mismo.

La constancia de la guerra y la racionalización, que promueve no solo la destrucción del hombre, sino también el agotamiento de los recursos materiales, motivó la creación de la figura del Estado, la cual surgió como entidad política capaz de garantizar la manutención de la seguridad y de la paz. Por lo tanto, el Estado establece los límites que serán observados por todos y se impone por medio del derecho, desde el inicio controlado por la clase dominante.

[2] Un grupo de jóvenes de la periferia de la Ciudad de São Paulo quemó la estatua de Borba Gato, el 24 de julio de 2021, como protesta contra los abusos de la clase dominante de Brasil.
[3] El país, 2021.

Como manifestó el conservador Edmund Burke, "el gobierno es una invención de la sabiduría humana para proveer las necesidades humanas" (BURKE, 2012, p. 222) así como, Karl Marx afirmó que "fue el Estado político, la constitución, el más difícil de ser engendrado." (MARX, 2013, p. 57) O sea, el Estado es una creación racional.

A partir de esa concepción, el Estado es una abstracción creada con la finalidad de suplir los intereses de la clase dominante, con vistas al proceso de explotación de la clase dominada, lo que, en cualquier época, ha ocurrido siempre por medio de la violencia estatal legitimada. A ese respecto, Max Weber registra que el Estado detiene "el monopolio legítimo de la coacción física para ejecutar las órdenes vigentes." (WEBER, 2014, p. 35)

Por supuesto, el papel del Estado y de sus instituciones es asegurar la estabilidad de las relaciones sociales, aunque sea mediante el uso de la fuerza, y lo hace por imposición de la orden y del cumplimiento de las leyes para garantizar los intereses de la clase dominante.

Como afirma Gramsci, "el Estado siempre fue el protagonista de la historia, puesto que es un organismo en el cual se concentra la potencia de la clase propietaria; es en el Estado que la clase propietaria se disciplina y se construye como unidad." (GRAMSCI, 2004, p. 258)

Sin embargo, la dominación del Estado por parte de la burguesía no ha sido suficiente para limitarlo al papel de mero órgano represor a favor de la clase dominante, titular de los medios de producción y siempre a frente del control político. Así que, en el transcurso de la historia ha habido períodos en que ha sido necesaria la concesión de los derechos sociales y del bienestar de la clase obrera, que se agita como base de la sociedad.

En este sentido, Gramsci (2000, p. 95) ha logrado un gran avance en el análisis de la dominación ejercida por la clase burguesa, a través de la figura del Estado, al percibir que esta no se encuentra limitada apenas al uso de la fuerza y de la represión física, sino que también actúa por el poder de la hegemonía, que impone un efecto psicológico de fraccionamiento a los dominados (mayoría), que terminan por ceder a la minoría dominadora y controladora del Estado, sometiéndose totalmente a ella, como ocurrió en Brasil, durante el gobierno de Getúlio Vargas, entre los años 1930 y 1940[4].

Según Gramsci, en el Estado hegemónico, el consenso y la coerción son ejercidas principalmente por la acción de algunos intelectuales, que actúan como "prepuestos del grupo dominante para el ejercicio de las funciones subalternas de la hegemonía social y del gobierno político" (GRAMSCI, 2014, p. 21). Bajo su influencia, alimentan el "consenso espontáneo de las grandes masas de la población frente a la orientación impresa del grupo dominante con relación a la vida social" (GRAMSCI, 2014, p. 21). Así, justifican y convalidan su prestigio "debido a su posición y a su función en el mundo de la producción (…)" (GRAMSCI, 2014, p. 21)

[4] Dreyfus, 1981, p. 27.

No obstante, la necesidad de obtención del consenso de la clase obrera hizo con que, a finales del siglo XIX, se iniciase una fuerte intervención estatal, y, por la iniciativa de los conservadores como Bismarck, en Alemania, hubo concesión de programas de seguridad social para los trabajadores. Esas acciones fueron conocidas como Estado-Providencia y su fortalecimiento se debe a las revoluciones obreras de inicio del siglo XX y a las acciones capitalistas liberales ocurridas después de la Primera y Segunda Guerras Mundiales.

En verdad, la concesión de los derechos sociales y de una mayor participación económica para la clase obrera tenía por objetivo intentar amenizar tensiones y evitar movilizaciones sociales, que incentivasen la lucha de clases impulsada por la brutal desigualdad social y la concentración de capital en manos de la clase dominante.

El Estado de derecho, tal cual lo conocemos hoy, con sus Cartas Constitucionales que se esmeran por asegurar la libertad (física, patrimonial y cultural, en formatos individuales y colectivos), los derechos sociales de protección a la clase obrera y la descentralización y separación de los poderes (ejecutada en el interior de su estructura por las autoridades políticas distintas e independientes), afirma tener como objetivo la garantía del equilibrio de las fuerzas políticas y sociales, pero su fin principal es asegurar los intereses de la clase dominante. Siendo así, el mismo Estado, al cual no le importa la creciente situación de hambre y miseria en la que se encuentran millones de niños, mujeres y ancianos, se levanta de pronto para cohibir cualquier intención de reacción de las fuerzas populares (aunque desorganizadas), que luchan meramente por justicia y un poco de igualdad.

Por su predisposición histórica, el Estado que se abstiene de proveer una solución a los graves problemas sociales es el mismo que actúa con rapidez y violencia para reprimir y encarcelar a personas como el expresidente Luís Inácio Lula da Silva (mantenido indebidamente en la cárcel por 580 días) y al joven Paulo Galo[1], que, según la visión de la clase dominante, representan una amenaza a sus intereses y a la perpetuación de su dominio.

17.3 MIRAR EL PASADO PARA COMPRENDER EL PRESENTE Y PROYECTARSE HACIA EL FUTURO

"Los hombres trazan su propia historia, pero no lo hacen por su libre voluntad; no lo hacen según las circunstancias de su discernimiento y sí de acuerdo a aquellas con las que se deparan diariamente, legadas y transmitidas por el pasado." (MARX, 2006, p. 15)

Como manifestó el ex diputado José Genoíno, el desarrollo de los acontecimientos del día siete de septiembre de 2021, en Brasil, fue la consolidación de la farsa y de la tragedia, que asimismo representó una gran comedia (GENUÍNO, 2021), la cual culminó con el "manifiesto a la nación"[2], realizado por un golpista contumaz y firmado por un fascista pusilánime y cobarde. (GENUÍNO, 2021)

[1] Líder del grupo de jóvenes de la periferia de la Ciudad de São Paulo que quemó la estatua de Borba Gato, el 24 de julio de 2021, como protesta contra los abusos de la clase dominante en Brasil.
[2] UOL, 2021.

Como resultado, la clase dominante del país, que siempre despreció a su pueblo, logró elaborar otro acuerdo con la intención de mantenerse viva, dentro de una nación completamente destrozada.

Es suficiente caminar por las calles de las ciudades para ver el avance de la pobreza y de la miseria, debido a que la gran parte de las personas ya no tiene condiciones de sobrevivir a los aumentos en los precios de los alimentos, de los combustibles, del gas para cocinar, etc.; al mismo tiempo, los trabajadores han sufrido sistemáticamente con pérdidas salariales y con recortes de los derechos sociales, que han incentivado el trabajo informal. Toda esa destrucción ganó fuerza, principalmente, después del golpe que impuso el indebido impedimento a la ex presidenta Dilma Rousseff, en 2016.

Hasta hoy la situación solo se ha agravado en el país; la política implementada no ha tenido la capacidad de establecer un mínimo de equilibrio en correlación con las fuerzas sociales para garantizar la armonía política.

Esto se hace evidente cuando los ataques y persecuciones forjados contra el presidente Luís Inácio Lula da Silva, utilizados para encarcelarlo por más de 580 días e impedirle su participación en la elección de 2018, se repiten de forma salvaje, incluso con amenazas a su vida.

El país ha sido entregado a un simulacro de proyecto económico, que tiene como únicas formulaciones la ampliación de la concentración de la riqueza para los privilegiados y el favorecimiento de los señores del mercado financiero, que ganan lucros inmensos sin trabajar.

Hemos sido sometidos a un proyecto de economía que no se preocupa ni del desarrollo nacional ni de la erradicación de la pobreza, necesaria para poner fin a la marginalización sistémica de los pobres, descendientes, en su gran mayoría, de los negros esclavizados y de los indígenas supervivientes del genocidio, impuesto por el colonialismo europeo.

El Brasil de los tiempos de hoy representa los mismos intereses de aquellos del pasado colonial, que se materializó como farsa en el imperio (1822-1989) y como tragedia durante todo el período republicano hasta hoy (1889-2021), en las manos de los mismos agentes, que no tienen ningún compromiso con la independencia nacional.

Y como ha sido manifestado por Genoíno (2021), el día siete de septiembre de 2021[3], la historia representó una comedia, en uno de los más tristes acuerdos hechos por la clase dominante, firmado por un ex capitán[4] del Ejército brasileño[5] que está destruyendo toda la estructura del Estado.

Por supuesto, estamos frente a una posible corrosión de la clase dominante que ha conducido al Estado nacional hasta hoy, utilizando diversos aspectos para negociar un pacto que resulta inviable y totalmente alejado de las necesidades efectivas del país.

[3] El 7 de septiembre se celebra la independencia de Brasil de Portugal.
[4] Jair Bolsonaro fue capitán del Ejército brasileiro y, a pesar de su indisciplina y deslealtad, fue jubilado por las Fuerzas Armadas.
[5] Veja, 2020.

Pienso que los últimos acontecimientos pueden representar el final de un ciclo, puesto que, aunque perdure por algún tiempo más, el régimen político neoliberal no producirá nada nuevo, ya que no ha logrado consolidar un proyecto de reconstrucción nacional como ocurrió con la Revolución de 1930[6]. En aquella oportunidad, después de 42 años desde el terminó de la esclavitud formal (1888), fueron concedidos algunos derechos, con el fin de acomodar a la clase obrera, pero manteniendo el comando político en manos de la élite, por medio del movimiento "populista" (DREIFUSS, 1981, p. 27). La gran diferencia es que, en la actualidad, nada se les concede a las clases subalternas, subyugadas por una gigantesca concentración del capital.

Es importante manifestar que los actores de la "Nueva República"[7] no han comprendido que "la tradición de todas las generaciones muertas oprime el cerebro de los vivos como una pesadilla" (MARX, 2006, p. 15). En consecuencia, no tuvieron la capacidad de construir un Estado capaz de establecer la memoria como base de su fundación para evitar que los sucesivos errores del pasado se repitan como farsa o tragedia y que además permiten acuerdos impuestos por la élite del país, como se ve en los días de hoy.

También, la constituyente de 1987/1988 no logró aprobar en el texto de la actual Constitución la revocación de la ley de amnistía, a favor de los verdugos de la última dictadura militar y de su manutención, impuesta por la clase dominante, representada en el congreso constituyente por el grupo conocido como "Centrão"[8], que se mantiene operante hasta los días actuales y que ha permitido la conservación de un Estado con toda su nociva carga de tragicomedia, que podrá llevarlo a la desintegración nacional.

De esta forma, es necesario mirar hacia el pasado, con el objetivo de comprender el presente para proyectar nuestro futuro como nación independiente y soberana, lo que solamente conquistaremos con la organización de las fuerzas populares, progresistas y democráticas.

17.4 MEMORIA, CULTURA Y RESISTENCIA

Desde hace mucho tiempo, la clase dominante impone sobre el pueblo brasileño la idea de que es "cordial" y "pacífico" y de que debe trabajar para colaborar con el progreso de la nación, concepción representada por el ideal positivista "orden y progreso", ilustrada en la bandera del país como emblema de la Proclamación de la República (1889).

A partir de ese momento, la imposición de la filosofía positivista, por medio de un acuerdo de las clases dominantes, ha buscado protegerse para impedir la rebelión de la población brasileña, formada en su mayoría por negros esclavizados, quienes, a pesar de

[6] Movimiento político, comandado por Getúlio Vargas, desde 1930 hasta 1945, que terminó con la "Republica Vieja" (1889-1930).

[7] La Nueva República fue un movimiento político que surgió en oposición a la última dictadura militar de Brasil, en 1985, y que organizó el proceso constituyente brasileño de 1987-1988, el cual se promulgó en la actual Constitución de Brasil, el 05 de octubre de 1988.

[8] Agrupamiento político formado por terratenientes, empresarios y religiosos protestantes, de perfil reaccionario y conservador.

la abolición formal de la esclavitud (1888), continúan trabajando sin derechos y sometidos a un permanente estado de discriminación, desigualdad e injusticia social.

Ese viejo ideal ha justificado la manutención de una "orden" represora en relación con el pueblo, para que no cuestione el "progreso", siempre dirigido a una pequeña minoría, que se enriquece con la explotación del trabajo e impide la mínima distribución de la riqueza nacional.

Así, con su lema "orden y progreso", impuesto de arriba a abajo, la clase dominante intenta eliminar del pueblo brasileño la idea de luchas de clases para mantenerlo inconsciente de la brutal explotación a la cual está sometido desde el tiempo de la colonia.

Hay quien diga, de forma indebida y deshonesta, que los brasileños son perezosos (herencia de los pueblos indígenas) y delincuentes (herencia de los negros esclavizados)[9], lo que se repite sistemáticamente en libros, periódicos y demás medios de comunicación social; una mentira repetida por muchos individuos pobres, que apenas reproducen sin cuestionar lo que se les dice, nada más que por ignorancia.

Por otro lado, poco se manifiesta al respecto de las matanzas a las que fueron sometidos los pueblos originarios, de los sacrificios y crueldades impuestos a los esclavos negros, o sobre las diversas luchas populares de liberación, que fueron trabadas a lo largo de la historia del país.

La clase dominante establece, desde siempre, un constante olvido de la memoria nacional, al mismo tiempo que exalta como héroes a hombres que violaron y mataron a nuestra población; los mismos que, en los días de hoy, exterminan a la juventud negra y a los pobres de las periferias y de las favelas, y masacran a los campesinos y a grupos indígenas que luchan por mantener la pose de sus tierras ancestrales y la preservación de su cultura.

Por esto, los lugares donde viven los más pobres son presentados por la clase dominante como locales llenos de personas malvadas y peligrosas; es decir, solamente personas incapaces de construir el progreso y/o producir cualquier tipo de historia o cultura que sean importantes para el desarrollo del país.

Son muchas las mentiras propagadas contra nuestro pueblo, negro y pobre, el cual, explotado al extremo, es resistente y capaz de grandes manifestaciones de solidaridad.[10]

Somos un pueblo luchador, que frente a grandes dificultades (como se ha visto durante la pandemia del Covid-19) ha sido capaz de organizarse para compartir lo poco que tiene entre los más necesitados, como ejemplo, la distribución de alimentos realizada por todo el país por el Movimiento de los Trabajadores sin Tierra (MST)[11].

[9] Mourão, 2018.
[10] Penna, 2016, p. 129-134.
[11] Brasil de fato, 2021.

17.5 DESTRUCCIÓN DEL ESTADO Y AL DERECHO DE UNA EXISTENCIA DIGNA

El gobierno de Bolsonaro actuó con rapidez para poner fin al Estado brasileño, conforme exigido por los financistas ultra liberales. El argumento empleado repite la falacia de la "libertad económica", que puede ser entendida como una falta de acción efectiva del aparato estatal, sea para fiscalizar o actuar en defensa de la sociedad, lo que se contrapone al objetivo de constitución del Estado liberal, como se verá a seguir.

A considerar el proseguimiento de la política de la muerte, la suerte y el destino de los ciudadanos están en manos de los señores del mercado, que actúan libremente, sin ninguna fiscalización o freno; de este modo, imponen precios abusivos a los productos esenciales, como alimentos, combustibles, energía, etc., y, con eso, aumentan exponencialmente sus lucros, explotando a la fuerza trabajadora, que, a su vez, empobrece asustadoramente.

De esta forma, el Estado, creado para dar seguridad a la propiedad y garantizar las libertades individuales, no ha sido suficiente para atender a las necesidades humanas debido a la concentración del capital. Por eso, con la evolución del liberalismo, ha surgido la necesidad de conceder derechos sociales, como una forma de estabilizar los diversos conflictos, y, por medio del consenso político, económico y social, se ha buscado un camino para la armonía, imprescindible para la evolución de la sociedad.

Así, fue creado el Estado-providencia, o de bienestar, que establece, a partir del utilitarismo, que el interés colectivo debe prevalecer sobre el individualismo. Por supuesto, por detrás de todo el sistema de solidaridad constituido en los países del occidente, existe la finalidad de promover, de forma gratuita, la educación, la salud, el transporte público y la seguridad y asistencia social, de modo a preservar una existencia digna como un presupuesto de los derechos humanos.

Todo eso ha sido constituido y colocado en práctica por los liberales, frente al avance de los ideales socialistas, que difundían una orden basada en la valorización del trabajo y en la solidaridad. Sin embargo, en los últimos tiempos, en Brasil y en el mundo, ha sido impuesto el exterminio de todos los sistemas de protección social y de solidaridad, constituidos en el pasado para proteger a los hombres, motivo de la creación del Estado moderno. Por un lado, inducidos por falsos motivos, los hombres viven en conflicto permanente; por otro, las causas de todo ese malestar contemporáneo son distorsionadas y atribuidas al Estado, ocultando el comando de la clase dominante, que se beneficia con la explotación del trabajo.

No obstante, en los últimos años, lo que ha triunfado como una quimera es el discurso del mercado financiero, esa anómala estructura en la cual poca gente gana mucho dinero sin trabajar, actúa especulando y diseminando rumores y le propone a los tontos que la raíz de todo mal es el Estado y sus acciones sociales; y que este debe ser extinguido

para que el mercado financiero pueda hacer lo que quiera, sin ninguna fiscalización, como ha sido colocado en práctica por el gobierno de Bolsonaro, en Brasil.

Esta realidad, en la primera década del siglo XXI, le ha impuesto al mundo dos grandes crisis de capital, como consecuencia de la ausencia de fiscalización, propuesta por el mercado financiero. La primera fue en 2002, con la caída de la gigante americana del sector de energía, *Enron*, cuyos dirigentes fraudaron balances financieros de la empresa para aumentar sus beneficios. Y la segunda, en 2008, con el hundimiento del banco americano *Lehman Brothers,* como resultado de la manipulación de la concesión de préstamos bancarios. En las dos situaciones, los efectos permanecen hasta hoy y la causa ha sido la sumisión a la propuesta de estado mínimo, en la cual el mercado es su proprio fiscal y el poder público no puede intervenir en nada, omitiéndose de prestar cualquier tipo de servicio.

Los agentes del mercado financiero, que practicaron fraudes simulando préstamos, han impuesto una grave crisis económica que la humanidad ha experimentado en este siglo XXI (crisis resuelta mediante transferencia a bancos, de los recursos procedentes de los impuestos pagados por los ciudadanos), y, son los mismos que defienden, con descaro, que debe ser destruido todo el sistema de solidaridad y de protección social (que mantiene la seguridad social, educación, salud, cultura, etc.), construido en la edad moderna y pos moderna.

Son esos hombres del mercado financiero, a modo de ejemplo el actual ministro de la economía de Brasil, que defienden el fin del Estado y la privatización de todas las riquezas del país, para que pocas personas en el mundo puedan triunfar y vivir de la explotación de los demás.

Eso es lo que se llama ultraliberalismo, que propone la máxima explotación de los hombres y mujeres (sin importarse con la nacionalidad, raza, género, etc.), de la forma más perversa y cruel, que atenta directamente contra la vida, derecho natural por excelencia.

El ataque ultraliberal contra el pueblo brasileño, impuesto e incentivado por el gobierno de Bolsonaro, exige la resistencia de todos, puesto que están destruyendo todo el sistema de protección creado en el pasado para establecer la paz y la armonía social, que hasta entonces garantía un mínimo de dignidad para la población.

El estado mínimo propuesto por ellos significa, efectivamente, ninguna prestación de servicios, ninguna acción social, ninguna protección, ningún amparo en la enfermedad, ni para los ancianos o huérfanos.

En verdad, todas esas prácticas están en desacuerdo con los principios previstos en la Constitución brasileña, que dispone que “la orden económica, fundada para valorizar el trabajo humano y la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, conforme los valores de la justicia social”. Es decir, el Texto Mayor establece que la orden económica debe estar pautada en la “existencia digna, conforme los valores de la justicia social”; dejando claro el contenido de protección social y que el trabajo antecede al capital.

Por tal motivo, la destrucción del Estado brasileño, comandada por el gobierno de

Jair Bolsonaro (que entregó el destino de los brasileños en manos del mercado financiero e imagina que todo lo puede, como un "dios"), es un gravísimo atentado a la Constitución de 1988.

Por supuesto, todas las reformas impuestas después del golpe de 2016 (con el indebido impedimento de Dilma Rousseff, depuesta de la presidencia de la República) ofenden frontalmente al compromiso asumido en la Constitución, incluso al capítulo de la orden económica, de garantizar a todos una existencia digna.

Desafortunadamente, no se ha conseguido instituir ese derecho en el país, pues, la situación de miseria en la que se encuentra la clase obrera y la desarticulación de los servicios públicos no atienden, ni dan protección a sus ciudadanos, con lo cual no se respeta el principio fundamental de la dignidad humana, propuesto por la orden liberal.

17.6 CONCLUSIÓN

Como se puede concluir, la situación es muy grave en Brasil. Está en curso un proceso de destrucción del Estado de bienestar social, promovido con el apoyo de gran parte de la clase dominante, la cual no tiene ninguna preocupación con su población o con el destino del país.

Solamente la organización de las fuerzas populares, democráticas y progresistas podrá librar al país de este estado de convulsión social, que vive un alto nivel de empobrecimiento de la clase obrera y sufre con la desarticulación del Estado, lo que deja en evidencia las profundas luchas de clase en Brasil.

Y lo que pasa en Brasil es el resultado del reaccionarismo más perverso e ignorante, que se contrapone a las necesidades políticas de transferencia de rentas y de distribución de riqueza, actualmente debatidas y bajo implantación en diversos países desarrollados, con vistas a reducir la creciente concentración del poder económico, que está llevando a la humanidad al caos y a la incerteza, incluso con relación a la preservación de la especie humana.

Finalmente, es importante señalar que, en su retorno como presidente de la República Federativa de Brasil, a partir de enero de 2023, Lula da Silva enfrentará grandes desafíos para intentar reencontrar el rumbo de un país grande y rico, sin embargo, bastante destrozado en estos últimos años. Pero, a los 77 años de edad, Lula da Silva es el hombre que tiene todas las condiciones de ahuyentar a los fantasmas del pasado que siempre han circulado en Brasil y para hacer de este país una gran nación para su pueblo, además de promover el reencuentro con los países de América Latina, de África, Medio Oriente y Asia, unidos por la consolidación de un mundo multipolar, que ya está configurándose como alternativa para superar las adversidades impuestas por el imperialismo y permitir mejores oportunidades y menos explotación para todos los pueblos del mundo.

17.7 REFERENCIAS

BRASIL DE FATO (2021). **MST doa 1 milhão de marmitas e 5 mil toneladas de alimentos durante a pandemia.** São Paulo, 8 de jul. 2021. Disponible en https://www.brasildefato.com.br/2021/07/08/mst-doa-1-milhao-de-marmitas-e-5-mil-toneladas-de-alimentos-durante-a-pandemia.

BURKE. E. (2012). **Reflexões sobre a revolução na França**. Rio de Janeiro: Topbooks.

DREIFUSS, R. A. (1981). **1964: a conquista do Estado. Ação política, poder e golpe de classe**. Petropólis: Editora Vozes.

EL PAÍS (2021). **Estátua de Borba Gato, símbolo da escravidão em São Paulo, é incendiada por ativistas**. São Paulo, 24 jul. 2021. Disponible en https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-24/estatua-do-borba-gato-simbolo-da-escravidao-em-sao-paulo-e-incendiada-por-ativisteas.html.

GENNUÍNO, J. (2021). **O recado do Sete de Setembro**. El programa Soberanía en debate, del Sindicato de los ingenieros del Estado do Río de Janeiro, en el 10 de setiembre de 2021. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=eDLlXYTUH20.

GRAMSCI. A. (2004). **Escritos políticos**. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras.

GRAMSCI. A. (2014). **Cadernos do cárcere**. v. 2. Rio de Janeiro: Civilização brasileira.

GRAMSCI, A. (2000). **Cadernos do cárcere**, vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização brasileira.

MARX, K. (2006). **O dezoito Brumário de Louis Bonaparte**. São Paulo: Centauro Editora.

MARX, K. (2013). **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo.

MOURÃO, H. (2018). **Mourão diz que país herdou "indolência" do índio e "malandragem" do negro**, Congresso em Foco, 8 ago. 2018. Disponible en https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/mourao-diz-que-pais-herdou-indolencia-do-indio-e-malandragem-do-negro/.

PENNA, L. (2016). **República e insurgências: lutas de classes na cidade e no campo**. Rio de Janeiro: Editora Autografia.

UOL (2021). **Temer presidente? Carta de Bolsonaro vira alvo de memes nas redes**. São Paulo, 9 set. 2021. Disponible en https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/09/temer-presidente-carta-de-bolsonaro-vira-alvo-de-memes-nas-redes.htm?cmpid=copiaecola.

VEJA (2020). **O artigo em VEJA e a prisão de Bolsonaro nos anos 1980**. São Paulo, 30 jul. 2020. Disponible en https://veja.abril.com.br/blog/reveja/o-artigo-em-veja-e-a-prisao-de-bolsonaro-nos-anos-1980/.

WEBER, M. (2014). **Economia e sociedade**, vol. 1. Brasília: Editora Unb.

18. DIÁLOGOS SOBRE O DIREITO DE PUNIR: TOBIAS BARRETO & RAÚL ZAFFARONI

Kátia Rubinstein Tavares[1]

Em homenagem a meu pai, George Tavares (*in memoriam)*, que sempre incentivou, em minhas leituras, a resgatar as obras do grande pensador Tobias Barreto, o primeiro criminólogo brasileiro.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é colocar em debate a consistência e a relevância do pensamento teórico de Tobias Barreto em sua procura por fundamentos para construção de um novo caminho para a justiça criminal, cruzando essas ideias com as de Raúl Zaffaroni. O artigo contextualiza historicamente o advento da Escola do Recife, a que se vincula tal pensador brasileiro, e a formação do culturalismo jurídico, que serve de orientação para essa busca. Sustenta a concepção do Direito, enquanto fenômeno, afastado de uma origem divina e identificado como experiência que se realiza no plano da cultura; e, assim, adquire um caráter fortemente histórico, na medida em que passa a ser compreendido dentro de uma atmosfera evolucional. O texto lança luzes sobre o modo como Barreto se insurgiu contra o instituto da pena, argumentando acerca da sua absoluta falta de legitimação para o Direito, ao procurar situar a sua visão garantista da justiça criminal bem à frente de seu tempo. A partir dessas contribuições, o estudo articula as principais convergências entre Barreto e Zaffaroni, que se distanciam das teorias justificacionistas da sanção penal, a fim de construir um novo paradigma de aplicação de pena na justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Culturalismo jurídico; Justiça criminal; Delegitimação da pena de prisão.

18.1 INTRODUÇÃO

A história da formação do pensamento jurídico brasileiro é um domínio temático pouco estudado em muitas faculdades de Direito no país. Na verdade, autores clássicos, como Platão, Aristóteles ou Kelsen, são estudados ao longo dos cinco anos que formam o curso jurídico. No entanto, seria imprescindível uma investigação histórica, fundada na recomposição da identidade de uma cultura jurídica nacional.

Com base nas pesquisas históricas de autores, livros e artigos publicados, podemos afirmar que temos uma notável biografia das ideias jurídicas no Brasil, que remonta à segunda metade do século XIX, especificamente, com a formação da Escola do Recife, em que se destacaram, entre os notáveis bacharéis formados, os quais se tornaram os maiores

[1] Advogada Criminalista. Doutora pela UERJ em Políticas Públicas e Formação Humana. Mestre em Ciências Penais, Diretora da Revista Digital do IAB. Conselheira da OAB/RJ. Diretora Cultural da SACERJ.

pensadores nacionais, com destaque: Tobias Barreto, Sylvio Romero, Clovis Beviláqua, Pontes de Miranda, Miguel Reale, Nelson Saldanha, Vitoriano Palhares, Martins Junior, Artur Orlando. Entre outras personalidades ilustres do cenário literário, podemos citar José Lins do Rêgo, Graça Aranha e Augusto dos Anjos.[2]

A Faculdade de Direito de Recife foi o principal espaço acadêmico para onde se dirigiam os jovens da região Nordeste brasileira, em busca da formação superior que conferiria o almejado prestígio social, político e profissional de suas famílias latifundiárias em uma região de economia predominantemente agrária, mas, sobretudo, por ser foco de intenso comércio nacional e internacional.

O culturalismo surgiu na década de 60 do século XIX e estendeu-se até os anos 20 do século XX, como o prelúdio de ideias originalmente construídas no Brasil a respeito do pensamento jurídico. Por outro lado, vislumbrava combater as concepções jurídicas em voga no país, naquele momento histórico, com o propósito de reformar os costumes políticos aplicados no Brasil.[3]

Essa vertente acadêmica contribuiu intensamente para discussões críticas sobre a sociedade, dando origem ao movimento intelectual do Brasil, que fundaria a principal identidade cultural brasileira, na qual expressou uma tendência para a erudição, ilustração e o acolhimento de influências estrangeiras, vinculadas ao ideário liberal, ao introduzir, no país, os mais avançados pensamentos da época; especialmente, a partir da contribuição do germanismo, trazida por Tobias Barreto. Tal movimento se destacou por procurar limitar a excessiva influência portuguesa e francesa, na busca da construção de novos horizontes do pensamento jurídico brasileiro.[4] Assim, formou-se o grupo que se dedicaria à transformação do pensamento jurídico brasileiro na época, o culturalismo da Escola de Recife.[5]

Portanto, o marco teórico inicial para a compreensão do culturalismo jurídico brasileiro, desenvolvido pela Escola do Recife, decorre do pensamento jurídico de Tobias Barreto. Numerosas são as obras e os artigos escritos sobre o grande jurista. Contudo, o seu culturalismo jurídico assumiu proporções maiores ao se transformar numa verdadeira teoria do pensamento do Direito, com fundamentos epistemológicos e axiológicos próprios, até hoje pouco estudados em nosso meio jurídico e acadêmico.

Na conjuntura histórica que pretendemos analisar, é necessário contextualizar o cenário político de desenvolvimento do Estado, a estrutura jurídica e o momento cultural, apresentado à época. Assim, no presente trabalho, analisaremos o cenário político-jurídico e cultural em que Tobias Barreto formou o seu pensamento, além da sua contribuição para a formação do culturalismo jurídico.

---

[2] WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.14.

[3] PAIM Antonio. A filosofia da Escola do Recife. 2 ed. São Paulo: Editora Convívio, 1981, p. 78.

[4] Segundo Antônio Paim (2007, p. 174), a Escola do Recife abriu novos horizontes para o pensamento jurídico brasileiro, por trazer à luz "toda a problemática da historiografia brasileira", com a essencialidade de uma corrente filosófica.

[5] O termo "culturalismo" objetiva expressar uma teoria que estuda a formação e o processo de aprimoramento de uma determinada sociedade, em decorrência de seu percurso histórico e social. A expressão "culturalismo jurídico" apareceu pela primeira vez no Brasil, na Escola do Recife, em decorrência do pensamento expresso de seu precursor, o qual se encontra registrado nas obras de Tobias Barreto (1839-1889).

Também, analisar-se-ão as ideias do Mestre Tobias Barreto, muito à frente de seu tempo, que serviram de base para o desenvolvimento da teoria negativa da pena, proposta por Raúl Zaffironi, incorporada pelos criminólogos contemporâneos.

18.2 O CULTURALISMO JURÍDICO

O registro biográfico revela que Tobias Barreto era mestiço, de origem humilde, do interior de Sergipe, nascido em 7 de junho de 1839, na vila de Campos. Somente chegou a Recife em 1862, entretanto, por inúmeras dificuldades financeiras e enfermidades, concluiu o curso de Direito aos 30 anos, em 1869, dedicando-se à advocacia e política. Ingressou no magistério da Faculdade de Direito do Recife, em 1882, quando já era um notável intelectual, com reconhecimento no país, falecendo aos 50 anos, em 26 de junho de 1889.

Como já dito, Tobias Barreto foi o precursor do movimento crítico chamado "surto de ideias novas", também denominadas "culturalismo jurídico nacional", formado pela Escola de Recife dos anos setenta do século XIX. Nessa época, aproximou-se do positivismo de Littré, para combater a filosofia do espiritualismo e, depois, do haeckalismo, para dissociar-se do positivismo. O contato com Haeckel levou-o a uma aproximação mais ampla com a cultura filosófica alemã, tendo acompanhado, de perto, os primórdios da teoria neokantiana.[6]

O culturalismo jurídico, fundado por Tobias Barreto, desenvolvido em seu pensamento, representou uma superação do jusnaturalismo de sua época e igualmente do positivismo jurídico, pois rompeu com a compreensão meramente normativista do Direito, e, ao mesmo tempo, se opôs também ao liberalismo jurídico-político que era, à época, a bandeira vigente na Europa. Nesse sentido, o culturalismo jurídico de Tobias Barreto pode ser considerado a primeira teoria jusfilosófica original, produzida pelo pensamento jurídico verdadeiramente nacional.

Diante do cenário jurídico-político e cultural daquele período, o movimento dos intelectuais de Recife vislumbrava combater as concepções jurídicas em voga no país, naquele momento histórico, não somente para refutar as suas antigas percepções, como ainda reformar costumes políticos dirigentes no Brasil. Com essa acepção de refratar as concepções científico-jurídicas do país, é que o pensamento de Tobias Barreto passou a se dedicar ao aspecto sociológico, no qual a cultura passaria a ser considerado um elemento imprescindível para afastar o determinismo social de Auguste Comte, que tinha forte tendência no meio intelectualizado do país.

Tobias Barreto compreendia que o homem era produto de um processo cultural e não, de um produto natural, como sustentam as ideias positivistas.[7] Nesse sentido, Barreto

[6] A teoria neokantista (neoclássica) foi desenvolvida por Edmund Mezger. Apresenta uma evolução na teoria do delito em relação ao causalismo. A conduta é vista como comportamento humano voluntário, e não apenas como ação. Para o neokantismo, o dolo (por ter incorporado a consciência atual da ilicitude) passou a ser normativo, valorativo. Daí, surgiram as construções sobre dolo direto, dolo eventual e culpa consciente..

[7] PAIM, Antonio. O liberalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, pp. 29-30.

acreditava que o positivismo não atendia às demandas específicas das questões político-sociais do pensamento brasileiro. Por isso, adotou as concepções evolucionistas das teorias darwinianas, com assimilação das estruturas sociais humanas, consoante as ideias de Haeckel, Buckle, Hebert Spencer, Charles Darwin, Littré, Le Play, Le Bon e Gobineau.[1]

Com o propósito de introduzir a nova corrente filosófica e jurídica nacional, e como um apreciador dos escritores germânicos, o professor sergipano ainda se inspirou nas obras do alemão Immanuel Kant (1724-1804), a quem se reportou para compreensão de relevância e alcance das questões sociais, a fim de que a filosofia tivesse um espaço garantido e pudesse contemplar as discussões sobre os problemas brasileiros.[2] Tratou de fundamentar os seus estudos, assentados nos aspectos metodológicos da epistemologia de Kant e de sua filosofia transcendental; dirigindo seus estudos a partir de uma reflexão sobre as ciências e pela possibilidade de fixação dos alicerces e dos limites da razão.

Construiu uma autêntica filosofia libertária, como reação ao regime escravocrata e à estrutura opressora de sua época.[3] Para o jurista sergipano, o país deveria se imbuir de pensamentos científicos, para emancipar a mentalidade dos intelectuais do país.[4] Além disso, afirmava o mestre da Escola do Recife que a liberdade é a condição precípua de desenvolvimento e progresso de toda sociedade humana.[5]

A percepção do Direito por Tobias Barreto foi revelada, desde 1882, na ocasião da sua publicação sobre "Estudos de Filosofia". O pensador da Escola do Recife compreendia o Direito como "um produto histórico, um produto cultural da humanidade".[6] Porém, com o amadurecimento e os saberes adquiridos, o jurista sergipano complementou o seu entendimento do Direito, como um conjunto das condições existenciais e evolucionais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público.[7]

Nessa ordem, as ideias da Antropologia Criminal, que tanto entusiasmaram os intelectuais da Faculdade de Direito do Recife, na época, não foram incorporadas por Tobias Barreto, cuja referência era ímpar na Faculdade de Recife. Também, inúmeras vezes, em seus escritos sobre Direito, ficou demonstrada a sua relutância às teorias de Cesare Lombroso (1835-1909), sobretudo, em relação à edição de "O Homem Delinquente" pelo criminalista italiano.

---

1 Segundo o evolucionismo social, a sociedade tende a uma evolução civilizacional, que em seu curso natural, culminará numa sociedade de indivíduos plenamente livres e autônomos. Não necessitando sequer da intervenção do Estado.O principal responsável por fazer essa relação entre as ciências biológicas e as sociais foi o biólogo e antropólogo inglês Herbert Spencer (1820-1903). Spencer foi contemporâneo e estudioso sobre o pensamento de Darwin. É atribuído a ele a ideia de "darwinismo social", em que os mais adaptados as mudanças econômicas se sobreporiam aos mais fracos.

2 MERCADANTE, Paulo; PAIM Antonio. Tobias Barreto na cultura brasileira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, pp. 85-86.

3 Estudos de Filosofia, 1882, pp. 106-107.

4 MERCADANTE Paulo; PAIM Antonio. Tobias Barreto na cultura brasileira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo1972, pp. 65-67.

5 BARRETO Tobias, Estudos de Filosofia, 1882, pp. 106-107.

6 ob. cit., pp. 106-107.

7 MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. Tobias Barreto na cultura brasileira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, pp. 70.

Embora as concepções da Antropologia Criminal tenham sido aceitas pelos juristas em Recife, elas não foram unânimes no campo jurídico brasileiro. Os intelectuais da Faculdade de Direito de São Paulo foram mais circunspectos às proposições lombrosianas. As formulações desenvolvidas pela Antropologia Criminal eram relativizadas pelos juristas do Sudeste em seus artigos científicos, por considerarem que, nas suas considerações criminalistas, havia um rijo determinismo racial que conduziria a certo exagero cientificista.[8]

Tobias Barreto, também, criticou as concepções jurídicas sócio-naturalistas de Cesare Lombroso pelos excessos antropológicos sobrepostos pelo italiano às acepções jurídicas. Além disso, sustentava haver uma ingerência da psiquiatria no âmbito jurídico, porquanto, ao analisar a obra "O Homem Delinquente", afirma haver a intromissão "do psiquiatra que quer destronar o jurista".[9]

Segundo entendia o mestre Barreto, as concepções lombrosianas pretendiam modificar completamente as ideias tradicionais sobre o crime e o criminoso, revogando todo o instituto da pena.[10] Por isso, argumentava que as interpretações antropológicas em relação ao crime de Lombroso não deveriam se estabelecer na justiça criminal brasileira.

Posteriormente, a aproximação de Eurico Ferri (1856-1929) possibilitou uma expansão de seus estudos, com inserção de observações sociológicas às análises antropológicas, que foram gradativa e discretamente se adequando aos olhares críticos de Tobias Barreto, que cedeu à ideia central referente ao atavismo, como uma perspectiva de entendimento da delinquência. Essa ideia central se figuraria no darwinismo, cuja apreensão estaria emergente no meio jurídico brasileiro, nos anos finais do século XIX.[11]

Como já ressaltado, quando Tobias Barreto se voltou para a produção científico-literária, vigorava o paradigma evolucionista, moldado a partir das ciências naturais, o qual, dada à sua aceitação, passou a fundamentar as reflexões teórico-filosóficas no que se referem aos mais diversos âmbitos do conhecimento, bem como às mais diversas instituições sociais. Por essas razões, Tobias Barreto[12], ao buscar tentar explicar o mecanismo de constituição da sociedade, assim se manifesta:

> Bem como a natureza, a sociedade é um conjunto de forças, que em parte ainda lutam, e em parte já estão acordes sobre o modo regular de conviverem; porém mais que a natureza, a sociedade é um conjunto de vontades, que tem cada uma o seu fim a realizar, o seu escopo a atingir, e para cuja explicação não bastam os mesmos princípios por que se explicam e coordenam as forças do mundo físico.

[8] NASPOLINI, Rodrigo. As primeiras Faculdades de Direito: São Paulo e Recife. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 2008, p. 7. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/52008. Acesso em: 05 jul. 2017.
[9] BARRETO, Tobias. Menores e loucos. [s.l.]. Editora do Estado de Sergipe, 1926, p 3.
[10] Idem, p. 74.
[11] BRUNO Anibal. Tobias Barreto criminalista. In: Edições comemorativas das obras completas de Tobias Barreto. Aracaju: Record, 1991, pp. 275
[12] BARRETO, Tobias. Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001, p. 72.

> Pelo menos é certo que estas últimas, depois de longos e incalculáveis conflitos, encontraram mais cedo as suas leis, as leis de sua coexistência, – as quais, mesmo assim, posto que só de longe em longe, ainda hoje parecem ser violadas, perturbando por instantes a doce impressão da harmonia do Cosmos.

Portanto, Tobias Barreto filia-se a um método de investigação que, em seu entendimento, se aplicaria tanto à explicação dos fenômenos físicos como sociais, o qual ele chama de método "histórico-naturalístico", e teria, como princípio regulador, a ideia de desenvolvimento, marcada pela percepção de que tudo estaria submetido a um processo perpétuo de transformação.

Destaque-se, ainda, em Tobias Barreto, a preocupação de perceber o Direito como ciência e de integrá-lo ao paradigma científico então vigorante, em particular, de feição darwiniana. A propósito, observemos:

> O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwínica. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto nada há mais pernicioso às ciências sociais do que mantê-las inteiramente isoladas. [13]

Em suma, defende o jurista a tese de conceber o Direito como uma ciência, em atenção a uma visão monista, no qual deveriam ser aplicadas às ciências naturais e sociais. Por conseguinte, sustenta a necessidade de um relacionamento entre as várias ciências, como forma de evitar isolamentos, coexistindo-as, mediante a adoção de um paradigma comum. Dessa forma, em relação ao Direito, observamos a adoção da sua cientificidade, bem como da sua adequação ao modelo das ciências naturais, o qual figurava, então, como paradigma unificador, porque é expressivo de uma verdade irrefutável – a lei da evolução das espécies.

Tobias Barreto, em combate à ideia do Direito Natural, então envolvida em uma aura de imutabilidade, de estabilidade, apresenta a tese, seguida por outros juristas da Escola de Recife, de que o Direito é produto da cultura, o que o leva a analisar as relações entre esta e a natureza:

> Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus póstumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem.
>
> A proposição do programa é menos uma tese do que uma antítese: ela opõe à velha teoria, fantástica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento histórico.[14]

[13] BARRETO, Tobias. Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001, p. p. 11.

[14] BARRETO, Tobias. Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001, p. Ibidem, p. 31.

Percebemos que, ao ser afastado de uma origem divina e identificado como experiência que se realiza no plano da cultura, o Direito adquire uma maior mobilidade, caráter de mutabilidade, de historicidade, na medida em que passa a ser concebido dentro de uma atmosfera evolucional.

Foi nesse contexto que Tobias Barreto publicou, em 1884, a obra "Menores e loucos em direito criminal"[15], a qual foi considerada um divisor de águas em sua trajetória profissional, implicando a consolidação do sergipano como um jurista, por revelar tanto as suas qualidades de pensador quanto de escritor. Contudo, na ocasião da publicação, o referido livro não retrata, de forma sistemática e fidedigna, as suas ideias em Direito Penal. Em verdade, Tobias Barreto lecionava Direito Natural na Faculdade de Direito de Recife, e o livro era uma oportunidade para que as suas concepções jurídicas fossem amplamente divulgadas.

As teorias científicas deterministas estavam em franca ebulição no pensamento jurídico em Recife. Entretanto, apesar de refutar as concepções de Lombroso e até mesmo publicamente condená-las, Tobias Barreto, em seu livro "Menores e loucos em direito criminal", argumentava que a gênese de um crime tinha, como fatores impulsionadores, os aspectos naturais e sociais, que atuavam em consonância com a própria vontade do criminoso. Assim, incorporou simultaneamente os modelos evolucionistas, social-darwinistas, o que derivou em uma tentativa bastante imediata de adaptar o Direito a essas teorias, aplicando-as à realidade social. Embora admitisse que o crime fosse uma das mais claras manifestações da hereditariedade e que, por mais que um ato delinquente pudesse ser propulsado por uma vontade individual, a motivação deve ser atribuída, tal como o social, entre outros aspectos, a despeito das disposições da herança genética.[16]

Registre-se que Tobias Barreto, em suas reflexões jurídicas, sempre se debateu contra as teorias de Cesare Lombroso. Compreendia que as causas naturais poderiam intervir na gênese de um crime e, para sua análise, dever-se-ia recorrer à Psicologia do Crime. Logo, Tobias Barreto antevia a contribuição da ciência do comportamento na interpretação de crimes e da delinquência. Dessa forma, de forma magistral, evidenciava que o caráter, como um "capital herdado", [...] "pode modificar-se pelo próprio trabalho do indivíduo, pela ação das circunstâncias, pela influência do meio".[17]

Por outro lado, o mestre sergipano anotava que nada poderia ser totalmente determinado por mais apropriado que se pudesse implicar. Assim, reproduziu analogicamente a comparação de uma pessoa com o curso de um rio, em que, por mais lógico que se possa antever o seu caminho, sempre existirá a possibilidade de desvios. Caberia, portanto, ao Direito, principalmente ao Direito Penal, a "arte de mudar o rumo das índoles e o curso dos caracteres que a educação não pode amoldar" [...], "no sentido de adaptar o homem à sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo".[18]

[15] BARRETO, Tobias Menores e loucos em direito criminal. Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926.
[16] Menores e loucos. [s.l.]: Editora do Estado de Sergipe, 1926: p 11.
[17] BARRETO, Tobias Menores e loucos em direito criminal. Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926. Menores e loucos. [s.l.]: Editora do Estado de Sergipe, 1926. p. 75.
[18] BARRETO, Tobias Menores e loucos em direito criminal. Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926.

Nessa ordem, é que Tobias Barreto acrescentou um olhar especial à Antropologia Criminal, mesmo não aceitando completamente todas as suas percepções e passou a atribuir um valor importante, que ultrapassa as elucubrações lógicas e verídicas, para uma análise mais pormenorizada do que apenas a aplicação do Direito violado pelo Delito.

Com base nesse material de estudo, pretende-se reunir o pensamento de Tobias Barreto – um dos maiores pensadores brasileiros e fundador do culturalismo nacional – em sua relevante contribuição no campo do Direito Penal e para a justiça criminal sob as lentes do grande jurista da contemporaneidade, Raúl Zaffaroni.

18.3 A CONTRIBUIÇÃO DE TOBIAS BARRETO PARA A JUSTIÇA CRIMINAL

Apesar de se caracterizar como um pensador inquieto e que muito contribuiu para a formação da cultura jurídica no Brasil, extrapolando as proporções do seu tempo, a afeição mais importante na contribuição de Tobias Barreto, é a de mestre do Direito Penal. Foi nesse estudo que ele consolidou o seu renome de jurista brasileiro, ao criar uma das mais fortes expressões de sua obra na ciência do Direito, deixando um legado de preciosos subsídios para os estudos dos penalistas e criminólogos, que são reverberados pelos criminólogos contemporâneos.

O problema do fundamento do direito de punir é apresentado sob o aspecto criminal, como justificativa da ação repressiva do Estado; entretanto, Barreto apresenta uma perspectiva completamente diferente dos velhos juristas clássicos da sua época. Busca, nos seus escritos, resolvê-lo, desprezando as antigas doutrinas. Embora, tenha tido influência dos autores clássicos do Iluminismo, baseado na necessidade social de punição[19] – nessa vertente estariam Beccaria, Filangieri, Romagnosi e Carmignani, Barreto construiu uma reflexão, com fundamento na escola sociológico-naturalística, que lhe deu outro conteúdo e uma expressão muito maior que o seus precursores estavam longe de alcançar. Por isso, o mestre de Recife se insurgiu contra o instituto da pena, sustentando a sua absoluta falta de racionalidade e legitimação, conforme destacado:

> Os criminalistas costumam reclamar para a pena um certo número de predicados ou caracteres que possam legitimá-la perante a ciência. Assim, dizem eles que a pena deve ser: pessoal, moralizante, divisível, comensurável ou proporcional, remissível ou reparável, igual para todos e exemplar. A verdade, porém, é que todos esses caracteres não se encontram juntos em sistema penal algum. A prática tem sido menos generosa do que a teoria.[20]

Tobias Barreto é, sem dúvida, um dos grandes visionários da história do pensamento

Menores e loucos. [s.l.]: Editora do Estado de Sergipe, 1926. p. 75.

[19] Apesar da vasta diversidade existente na Escola Clássica, que está longe de ser cessada, é completamente possível indicar as premissas elementares que configuram e especificam a Escola, sendo elas: o método; o crime; o fundamento da responsabilidade; o fim da pena; e o criminoso.

[20] BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal. In: Obras Completas de Tobias: Estudos de Direito II. Rio de Janeiro: Record. Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991, p. 164.

jurídico brasileiro, e – como propôs Zaffaroni – deve ser lido como pioneiro latino-americano progressista contra a invasão do positivismo (ideologia neocolonialista), tendo resistido à "ideologia racista reacionária disfarçada de ciência biologista anti-democrática, justificadora das elites das repúblicas oligárquicas da América Latina, da seleção racista e classista dos nossos sistemas penais, da luta contra o genocídio penal do neocolonialismo".[21]

Considerado um jurista de vanguarda e que realmente estava muito à frente do seu tempo, constata-se, no pensamento de Tobias, uma visão humanitária e garantista que fundamentaria as modernas concepções criminológicas de negação de qualquer justificação, enquanto estratégias, de legitimação do sistema penal centradas nas teorias da pena. É que, na verdade, as raízes que assentam para uma constituição teórica de deslegitimação da pena encontram-se no seu clássico texto, "Fundamento do Direito de Punir".

Tobias Barreto propõe qualificada discussão a respeito da origem e do fundamento do direito de punir, em uma perspectiva para além – em seus termos – "das bolhas de sabão teoréticas ou quadros de fantasmagoria metafísica, próprias dos metafísicos do direito"; ou seja: "homens que possuem o especial dom de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo".[22]

De acordo com Tobias Barreto, as teorias do direito de punir "não fazem mais do que procurar prender às leis da racionalidade moderna uma velha coisa bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que daí resulte a mínima alteração da natureza do fato", e, para tanto, propõe desqualificação da justificativa jurídica, pois desloca o conceito jurídico de pena para o campo político, considerando um erro as teorias recorrentes examinarem a pena como pertencente ao contexto jurídico.[23]

Daí Barreto sugerir uma releitura da pena não como fato jurídico de restabelecimento do direito violado, mas, como ato político beligerante, porque, tal como a guerra, seria um ilícito o qual não se pode evitar, senão apenas minorar: "Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra".[24]

Saliente-se que a evolução dos discursos sobre a questão criminal possibilitou o desenvolvimento do saber criminológico, ao adotar o paradigma da reação ou o controle social e ao oxigenar a dogmática jurídico-penal com dados sociais (base sociológica) ou, em última razão, ao atribuir uma crítica sociológica ao Direito Penal. Naturalmente, se, à dogmática, é refletida crítica contumaz, também caberá à teoria da pena uma reflexão para a transformação de seu discurso.

[21] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. *In*: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 177.
[22] BARRETO, Tobias. Fundamento do Direito de Punir. *In*: Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000, p. 173.
[23] BARRETO, op. cit., p. 174.
[24] Ibidem, p. 179.

Ressalte-se, por outro lado, que, com a transformação da sociedade, o instituto da pena ainda passou por várias modificações ao longo da história, até o momento em que a pena desvincula-se da noção de mera consequência do crime, para imbuir-se de finalidades e justificações, atuando como verdadeiro *plus* ao contorno conceitual da sanção penal, a fim de conferir uma legitimidade para perpetração de suas utilidades, denominando-se tais teorias de justificacionistas.

Segundo tal entendimento, em razão da busca para legitimação das utilidades na punição penal, surgiram correntes filosófico-doutrinárias, pautadas em funções manifestas, as quais influenciaram o Direito Penal até a modernidade.

Como lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, existem dois grandes grupos de modelos justificacionistas (legitimantes) da pena, quais sejam: (1.º) as teorias da prevenção geral, pautadas em um valor positivo da criminalização, direcionada para os que não delinquiram, subdividindo-se em positivas (reforçadoras) e negativas (dissuasórias); e (2.º) as teorias da prevenção especial, segundo as quais os efeitos positivos da criminalização atuam sobre os que delinquiram, subdividindo-se, por sua vez, em positivas (sustentadas pelas ideologias "re", reprodutoras de valores positivos na pessoa) e negativas (neutralizantes).[25]

As teorias da prevenção geral negativa se estruturam com base nos fundamentos do contrato social (Hobbes, Rousseau, Bentham, Locke e Beccaria) e compreendem o fim da pena como dissuasão, isto é, a racionalidade assentada à punição residiria na ameaça de pena para que as pessoas se vissem desestimuladas a praticar delitos, viabilizando verdadeira coação psicológica (Feuerbach). Nesses termos, essas teorias se baseiam no atual utilitarismo de tradição iluminista, que buscou separar o Direito da moral, e estavam subdivididas em teorias da intimidação, a exercida sobre os associados pelo exemplo fornecido pela aplicação da pena com a condenação e aquelas exercidas pela ameaça da pena contida na lei.[26]

Sobre as teorias da prevenção geral positiva, explica Ferrajoli que, ao contrário das teorias de prevenção geral negativa, confundem Direito com moral, inscrevendo-se no filão do legalismo e do estaticismo ético, "[...] conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas". [27] A pena possuiria função integradora, prestando-se à imposição de respeito aos valores sociais, visando à integração social.

Na verdade, essas teorias indicam toda sorte de instrumentalização do Direito Penal dogmático para fins morais/educativos aos modernos protótipos, já conhecidos como "direito penal do inimigo" de Günther Jakobs – inspirado no funcionalismo sistêmico

[25] ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p. 115.
[26] FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et* a*lii*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257.
[27] Ibidem, p. 256.

de Niklas Luhmann – para o qual a pena teria função de restaurar os valores da norma penal violada no momento do delito, isto é, seria a confirmação da realidade das normas e, assim, uma vez aplicada e executada, renovaria a fidelidade do cidadão em respeito ao direito e às instituições jurídicas.[28]

A prevenção especial positiva representa um modelo teórico que buscou legitimar o poder punitivo na pretensa função de melhoramento do delinquente, ao conferir um efeito positivo da aplicação da pena ao infrator. Nesse marco teórico justificacionista, a pena seria um bem de caráter moralizante ou psicofísico para quem delinque; isto porque, ao praticar a conduta tida como delituosa e que levou o indivíduo a ser punido, este mesmo indivíduo passaria a ser tido como alguém inferior que precisaria de cuidados direcionados a seu "melhoramento", sobretudo frente aos interesses do corpo social. Sustenta, assim, o aspecto da ressocialização do criminoso por meio de técnicas e métodos corretivos intraprisionais, o que só seria possível a partir da incorporação das ideologias, tais como: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação no discurso jurídico-penal de aplicação da pena, para possibilitar um discurso policial-biológico-materialista (biologicismo) ou ético-idealista (correcionalismo) ao indivíduo delinquente inferiorizado.[29]

Por fim, a prevenção especial negativa corresponde a uma via subsidiária de atuação à prevenção especial positiva, já que atua como discurso de legitimação da pena, a partir do momento que as ideologias "re" não funcionam no plano prático. Assim, se as técnicas de cuidado e melhoramento não forem eficazes, a pena deve funcionar como técnica de neutralização ou eliminação, resultando na segregação do indivíduo ao cárcere, o que viabiliza a proteção do meio social, porquanto sua reclusão impossibilitaria o cometimento de novos delitos. Na prática da prevenção especial, o poder punitivo atua mediante coerção direta administrativa, não restando diferenças entre esta e a pena, visto que ambas procuram neutralizar certo perigo.[30]

Em suma, após constatar a impossibilidade de cognição da pena como vingança (teoria absolutista kantiana) ou de sua comprovação empírico-científica, como exato meio compensatório do delito (teoria absolutista hegeliana); além da ausência de comprovação quanto à retração da reincidência e ao desrespeito, com a autonomia volitiva, do condenado em querer ser melhorado (teoria relativista especial); e, assim, diante da impossibilidade de considerar a imagem do homem como um meio para alcançar seus objetivos e a perda do caráter proporcional na dosimetria da pena (teoria relativista geral), chega-se à seguinte conclusão: as teorias justificativas da pena são apenas discursos vazios e desprovidos de qualquer racionalidade jurídica.

Portanto, as principais teorias, que foram desenvolvidas com o fito de determinar e

[28] cf. JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
[29] ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, op. cit., pp. 126-127.
[30] Ibidem, 128.

justificar a finalidade da pena, denominadas "teorias positivas da pena", não lograram êxito ao tentar encontrar uma função racional que a legitimasse[31], porque restou constatado não representar um bem, mas, sim, um sofrimento. Cada uma dessas teorias corresponde a um paradigma abrangente de Direito Penal, pois: "de cada discurso legitimante se deriva uma função e um horizonte".[32]

Zaffaroni busca, desta forma, um novo paradigma para esclarecimento sobre a função política do Direito Penal, no resgate teórico do pensamento barretiano[33]; e, a partir dele, seja possível precisar o real conceito de pena, diante do fracasso dessas teorias em legitimar a pena. Conclui, ainda, que urge a busca de um conceito de pena delimitador do universo do Direito Penal, por um caminho diverso de suas funções, porquanto: "adotando-se uma teoria negativa, em que é possível delimitar o horizonte do Direito Penal, sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar".[34]. É um conceito negativo porque não confere à pena uma função positiva. Agnóstico, pois suporta não acolher qualquer função à pena. [35]

Aprofunda, ainda, o mestre Zaffaroni, as ideias de Estado de Polícia e de Estado de Direito. O primeiro é um Estado paternalista, regido pelas decisões do governante, em que apenas um grupo ou classe social decide sobre o que é bom, e essa decisão será lei, resultando uma justiça substancialista e em um direito transpersonalista, ou seja, que está a serviço de objetivos metafísicos, tais como: comunidade, nação, sadio sentimento do povo, consciência operária, sociedade etc.[36] Já o Estado de Direito significa a submissão a um governo das leis, promovido por decisões de maioria, em que se legitimam sumamente pelo respeito ao direito das minorias. Aproxima-se, pois, de uma justiça procedimental que resguarda o catálogo de direitos a seres humanos em concreto, respeitando todos por igual, com um cunho explicitamente fraterno.[37]

Além disso, sustenta que o poder punitivo está atrelado ao Estado de Polícia, e sua legitimação atua em detrimento do Estado de Direito. Ao conceder função positiva para este poder punitivo, o que se faz, na verdade, é ocultar e, ao mesmo tempo, legitimar o poder real, impondo penas a determinadas pessoas, dotadas de vulnerabilidade.

Zaffaroni propõe, portanto, a delimitação do tema por uma teoria negativa da pena.

[31] Zaffaroni argumenta que as principais teorias que têm sido propostas para indicar a finalidade da pena (teorias positivas da pena), ou são falsas (teoria da prevenção especial) ou, pelo menos, é falsa a sua generalização (teoria da prevenção geral negativa). ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

[32] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p. 93.

[33] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1 p. 97.

[34] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1. p. 98.

[35] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1. p. 98.

[36] ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro*:* Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1. Idem, Ibidem, pp. 93-94.

[37] ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro*:* Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1., p. 95.

Segundo o mestre portenho, as tradicionais teorias da pena atribuem uma função manifesta à pena e conferem ao Direito Penal certa interpretação predisposta à coerção, com a função imposta, cabendo às agências de punitividade decidir sobre a coerção restante não declarada. Dessa maneira, suscitaria duas consequências: a primeira ficaria fora do alcance de projeção da pena de qualquer coerção estatal que não corresponda à função atribuída (e que, por definição, não for punitiva), o que acaba por confundir poder punitivo lícito com poder punitivo puro, esquecendo-se de sua manifestação ilícita; e a segunda está associada ao fato de a função ser positiva, e o Estado faria uso da pena, conforme seu interesse, de forma a legitimá-la, bem como a teoria do Direito Penal, deduzindo um Direito Penal subjetivo.[38]

Apresenta importante recorte de identificação das formas reais de manifestação do poder punitivo, ao identificar, na programação política da intervenção penal, não apenas leis penais manifestas (Código Penal, Leis penais especiais etc.), mas também, Leis penais latentes (Leis de cunho assistencial, pedagógico, tutelar, sanitário etc.) e Leis penais eventuais (Leis que autorizam e regulam poder psiquiátrico, médico, disciplinar), assim como diferenciar os conceitos de pena (decisão de conflitos), que é um conceito que se obtém por exclusão, divergindo da coerção reparadora (solução de conflitos) e coerção direta, esta última, muitas vezes, objeto de manifestação punitiva (*v.g.* prisões preventivas), ainda que isso não seja reconhecido oficialmente (ato administrativo de emergência), entretanto, corroborando verdadeira superposição do Estado de Polícia frente ao Estado de Direito.[39]

Segundo argumenta Zaffaroni, a construção teórica deslegitimante é negativa, por não conceber qualquer função manifesta positiva (de melhora) à pena, e agnóstica, no que se refere às suas funções latentes, por confessar não conhecê-las.[40] A construção direciona manifestação da operacionalidade real do poder punitivo (*potentia puniendi*), porém não, em sua construção consensual (*ius puniendi*), propondo a noção de pena, como "uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes". Finalmente, conforme conclui o professor argentino, a pena nada mais é que "exercício de poder".[41]

Acrescenta, ainda, que há um íntimo relacionamento entre exercício do poder punitivo e os modelos de Estado de Polícia, no qual, a partir disto, à função do personagem jurídico, importará renunciar, de pronto, às teorias da pena que, em maior ou menor escala, legitimam o poder punitivo, no sentido de potencializar os componentes arbitrários, em detrimento do Estado de Direito.[42]

Na constante tensão entre Estado de Direito (preservação das garantias do cidadão) e Estado de Polícia (exercício vertical e coação do poder punitivo), existe uma possibili-

[38] Idem, Ibidem p. 97.
[39] Ibidem, op. cit., pp. 89-107.
[40] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1. p. 98.
[41] Idem. p. 99.
[42] Ibidem, op. cit., p. 95.

dade factível de resistência e limitação do poder punitivo pela agência judiciária, a partir dos instrumentos, oferecidos pela dogmática jurídico-penal. O saber penal deve operar como um dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do Estado de Polícia, para impedir que atinjam o Estado de Direito. Dessa forma, o papel da metodologia jurídico-penal encarrega ao Poder Judiciário, desde um sistema de Estado Constitucional de Direito, de produzir minimamente alguma racionalidade, capaz de condicionar o exercício punitivo dos demais vetores de criminalização, posto que "a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida"[43].

Consequentemente, deve-se programar o exercício do poder punitivo, pelo Direito Penal, levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os suplantam[44], de forma a procurar filtrar essas pulsões irracionais do poder punitivo, reduzindo os danos causados a partir de uma contrapulsão jurídica ao poder punitivo do Estado Policial, ou seja, como um claro limite ao seu transbordamento, para que não afete o Estado de Direito. Por estas razões, a postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, é a de estar ciente do caráter catastrófico do poder punitivo. Se o poder punitivo é uma força irracional, o Direito Penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos compromete a racionalidade do Estado de Direito, e a seleção penal deve ser racional, para deter, até onde puder, a violência seletiva (irracional) da corrente punitiva.[45]

Logo, a função do Direito Penal é evitar que as águas do poder punitivo invadam o dique, porém, ao mesmo tempo, precisa impedir a contenção de uma quantidade tão enorme de água que provoque o seu rompimento. Por isso, deve operar seletivamente, filtrando somente as águas mais sujas e reduzindo sua turbulência, valendo-se de um complexo sistema de comportas, que impeçam a perfuração de qualquer delas e que, para o caso de produzir-se, disponham de outras que as reassegurem. Daí que, se o poder punitivo exerce sua violência seletivamente, a contenção redutora que deve opor o Direito Penal também deve ser seletiva. .[46]

A respeito dessa racionalização instrumental, portanto, de índole submissa ao exercício do *ius puniendi*, Zaffaroni[47] assim se manifesta:

> (O sistema penal canaliza vingança) […] Fomos colonizados mentalmente, sobretudo nas faculdades de Direito, para não vermos isso, para conceber o

[43] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 51.
[44] Idem. p. 156.
[45] Ibidem, p.162.
[46] Lembra ainda Zaffaroni que a atividade seletiva do Direito Penal deve-se guiar pelos seguintes princípios: princípio da limitação máxima da resposta contingente; princípio da lesividade; princípio da mínima proporcionalidade; princípio do respeito mínimo à humanidade; princípio da idoneidade relativa; princípio limitador da lesividade da vítima; e princípio da transcendência mínima da intervenção punitiva. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeira: Revan, 1991, pp. 240-243.
[47] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 417.

> sistema penal como um instrumento de justiça, quando, na verdade, o sistema penal rompe a balança da pobre justiça e, aproveitando que a mesma é cega, faz com que ela dê espadadas onde bem entende. Chegou a hora de levantarmos o véu da justiça para que ela veja bem onde golpeia.

A proposição, adotada por Zaffaroni, seria a de reconstruir a dogmática do Direito Penal, a partir do Direito humanitário, restaurando o Direito Penal liberal desde um horizonte de libertação de seus germens autoritários (antiliberais), legitimadores do poder punitivo -como ocorreu, *p. ex.*, com as doutrinas que adotaram a ideologia da defesa social e as teorias da pena pautadas no justificacionismo -. Daí ele contrapor que - tal como ocorre na guerra, que é limitada pela regulação jurídica do Direito Internacional Humanitário (Convenção de Genebra 1949), o poder punitivo deveria ser limitado como ato político de manifestação de poder, equiparado à guerra pelas garantias cidadãs[48].

Como adverte Zaffaroni, é desnecessário adotar uma teoria da pena para operar a redução drástica do poder punitivo. Nesse contexto, ressalta que: "A doutrina penalística pode reconstruir seu discurso sobre esta base, e não há nenhuma necessidade de uma 'teoria da pena'; pode retomar o pensamento liberal e jogar 'as sementes do mal' que o pensamento de nosso ingênuo 'pai liberal' continha"[49].

Defende, em suma, o jurista argentino uma programação dogmática de Direito Penal e de política criminal, adotando a dispensabilidade de uma teoria da pena, que poderia assegurar à jurisdição penal o papel de Cruz Vermelha[50], redutora do poder punitivo, tendo como estratégias basilares de seu manuseio a salvação do maior número de vidas humanas, a diminuição da desigualdade social e a tentativa de evitar o maior sofrimento possível de pessoas; a fim de viabilizar, em última análise, a metodologia jurídica de contenção da (arbitrária) manifestação do poder político punitivo, isto é, política de redução de danos[51].

Finaliza Zaffaroni que a adoção de tal marco teórico forneceria verdadeiro "instrumental de resistência" que capacitaria os juristas, militantes do sistema de justiça criminal, a fortalecerem os laços garantistas de proteção das vidas que são cotidianamente tragadas pela máquina punitiva. É importante lembrar que a teoria não cai na inércia, ao ser administrada pelos atores processuais, porque a ausência de justificação à pena daria condições para ampla reflexão político-criminal externa (macro) de minimização do poder punitivo (*v.g.* despenalização, descriminalização, desmilitarização etc.), fornecendo, tanto para inspiração utópica do abolicionismo quanto ao "ceticismo penológico", uma redução drástica das vias de habilitação do poder punitivo estatal[52].

---

[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascità del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. Le Ragioni del Galantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p 393.
[49] Idem, Ibidem.
[50] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Revista Programma, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 77-88
[51] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Vale la Pena? Revista Programma, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 41-59.
[52] ZAFFARONI, R. E. ¿Vale la Pena? Revista Programma, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 41-59.

18.4 CONCLUSÃO

Não se pode deixar de admitir que a pena, pela sua natureza e violência, como punição, tenha sido concebida sempre como um mal em todos os sentidos, independente de quaisquer das concepções que lhe busquem uma finalidade ou justificativa.

Como lembra Zaffaroni[53], o Direito Penal resulta de um discurso paradoxal, posto que tutela determinados bens jurídicos em detrimento de outros. Além disso, a função da pena explica-se por meio de um discurso (deslegitimante) que serve de legitimação ao exercício de poder do sistema penal e da agência judicial. Destaca, ainda, o citado professor argentino, para a absoluta carência de racionalidade quanto à sanção penal, cujo conceito é meramente político e não jurídico, aliás, assim abordado por Tobias Barreto.

Por outro lado, especialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não se prevê qualquer programa político-criminal sobre os fins da pena, isto porque não há resposta para as seguintes indagações: Por que punir? E para que punir? Ao contrário, tão somente como punir.

Conforme se depreende do artigo 59 do Código Penal[54], nas circunstâncias judiciais, adotam-se, em relação à pena, as teorias absolutas e relativas (positivas e negativas). As concepções legitimantes surgem por atribuírem à pena uma matriz mesclada de utilidades/objetivos, ratificando a ideologia da defesa social e uma finalidade pretensamente ressocializadora da pena. A pena, na verdade, carece de racionalidade e legitimidade, pois só se explica em sua função simbólica de manifestação de poder do sistema penal e em sua finalidade de manutenção de tal poder[55].

Essas reflexões trazidas demonstram o absoluto fracasso da teoria da pena privativa de liberdade, focada na recuperação do criminoso, quer sob o aspecto da prevenção especial ou geral. Ainda, tem-se, como realidade, que o sistema prisional foi uma forma de controle social das massas trabalhadoras sem-terra e sem ofício, tendo em vista a transição da economia mercantilista para o capitalismo na Europa, dos séculos XVII e XVIII, pré-requisito para a Revolução Industrial. Ainda, o modelo prisional acarreta aos encarcerados outras punições, além da segregação já imposta, devido à brutal realidade criada nos presídios. Por fim, o modelo prisional também dá lugar a um processo de degradação físico-moral, não atingindo a pena de prisão aos fins aos quais se destina.

Chega-se, assim, à seguinte conclusão: todas as funções de que deveria a pena cumprir atribuída pelo Direito Penal, mediante teorias positivas, são falsas ou não generalizáveis, como já demonstrado. Urge, pois, a busca de um fundamento de pena, que percorra um caminho diverso de suas funções. Para tanto, Zaffaroni resgata um saber, produzido

[53] ZAFFARONI, R. E. Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do direito penal Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 203.
[54] Art. 59, do CP. "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]"
[55] Cf. ZAFFARONI, R. E, op. cit., pp. 202-203.

ainda no século XIX por Tobias Barreto, que propõe a desqualificação da justificativa jurídica da pena, deslocando o seu conceito para o campo político, porquanto considera um erro analisar as teorias recorrentes da pena no âmbito jurídico.

Daí Barreto recomendar, conforme ressalta Zaffaroni, uma releitura da pena não como fato jurídico de restabelecimento do direito violado, mas, como ato político beligerante, porque, tal como a guerra, isto seria um ilícito o qual não se pode evitar, senão apenas minorar.[56] A punição tem sua finalidade na própria vontade política do Estado, assim como acontece com a guerra, inexistindo qualquer finalidade jurídica para tal.

A teoria negativa da pena, proposta por Zaffaroni, sugere uma concepção mais apta a solucionar as dúvidas advindas dos questionamentos: Por que punir? E para que punir? A pena é vista como ato decorrente do poder político do Estado e não jurídico, haja vista seu conceito derivar de uma afirmação política do ente estatal. Tal teoria parte da ideia de que as funções que a pena cumpre, aquelas atribuídas pelas teorias positivas da pena são falsas ou, pelo menos, não generalizáveis. Portanto, a pena é entendida como mero exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta (ZAFFARONI; BATISTA et al., 2003, p. 99).

Por essas razões, neste trabalho, através de um diálogo promovido entre Barreto e Zaffaroni, procuramos abordar o referencial teórico acerca da teoria negativa da pena, que propõe reexaminar os mecanismos concretos de constrição do poder punitivo, a partir do olhar da realidade social, em uma perspectiva normativa de redução de danos. Para tanto, buscamos apresentar, com base nos aportes teóricos desses juristas, os instrumentos de garantia de forma a romper os horizontes cinzentos da justiça criminal, no que diz respeito à teoria da pena, para uma reflexão sobre a execução de outras medidas alternativas com segmento humanitário internacional e dos Direitos Humanos.

18.5 REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. **O fundamento do direito de punir.** In: Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal.** Aracaju: Edição do Governo de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. [s.l.]. Edição do Estado de Sergipe, 1926, v. I.

BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**. [s.l.]. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. Variações antisociológicas. *In*: **Estudos de Filosofia**. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977.

BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal. In: **Obras Completas de Tobias**: Estudos de Direito II. Rio de Janeiro: Record. Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente. 1991

BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**: política brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

[56] ZAFFARONI, R. E.Criminología: Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988, v. I.

BRUNO, Aníbal. Tobias Barreto criminalista. In: **Edições comemorativas das obras completas de Tobias Barreto**. Aracaju: Record, 1991.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3 ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et* a*lii*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Hermes. O pensamento vivo de Tobias Barreto. São Paulo: Martins, 1943.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. **Tobias Barreto na Cultura Brasileira**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

NASPOLINI, Rodrigo. As Primeiras Faculdades de Direito: São Paulo e Recife. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/5. Acesso em: 05 jul. 2017

PAIM, Antonio. **A filosofia da Escola do Recife**. 2 ed. São Paulo: Convívio, 1981.

PAIM, Antonio. **O liberalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 199.

ROMERO, Silvio. **Ensaio de Filosofia do Direito**. São Paulo: Landy, 2001.

SALDANHA, Alcides. **Parlamentarismo na constituinte**. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988, v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. **A perda de legitimidade do direito penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeira: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. *In*: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. **Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascità del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. *In*: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Galantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Vale la Pena? **Revista Programma**, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

19. A DEFESA DO ESTADO E O DUPLO PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS: O INTERVENCIONISMO HISTÓRICO E A ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Leila Maria Bittencourt da Silva [1]

RESUMO: O texto busca demonstrar a tendência das Forças Armadas de dirigir o país em períodos da História, o seu papel constitucional hoje e as transformações ideológicas no Texto de 1988, como o escudo protetor contra atos antidemocráticos nos recentes episódios de 2022 e janeiro de 2023 de ataques à democracia. Além disso, visa a analisar a rejeição à doutrina de Segurança Nacional, erigida nas Constituições de 1967 e 1969, e avaliar o Texto de 1988 em vigor, que inscreve a liberdade em todas as formas, defende a população contra qualquer tentativa de usurpação do poder ou ruptura à democracia. Também, ressalta a necessidade de um sistema de informação adequado à defesa do Estado que auxilie a Presidência da Republica a ter conhecimentos sobre as reais necessidades do Estado, visando à satisfação da população, e a evitar riscos de ataques à democracia.

PALAVRAS-CHAVE: História; Forças Armadas; Defesa do Estado; Objetivos nacionais. Segurança Nacional; SISBIN; ABIN.

19.1 INTRODUÇÃO

Muito se discute o papel das Forças Armadas, especialmente nos anos 2022 e 2023, no Brasil, que constitui um período marcado por conturbação política, com ataques às sedes dos três poderes e à democracia, e tentativas de golpe de Estado.

Nota-se que alguns juristas discorreram sobre o papel moderador das Forças Armadas, o que despertou indignação de setores intelectuais nas universidades e na academia em geral. Surgem, assim, com mais ênfase em 2022 e 2023, em redes sociais e na caserna, nas portas dos quarteis, variados argumentos sobre a atuação de militares na vida política.

Torna-se relevante, portanto, examinar a situação dos militares ao longo da história e na vida política brasileira, bem como a evolução de sua atuação desde o Império até os nossos dias, incluindo a Segurança Nacional, sem olvidar a origem da ideologia do inimigo interno, aplicada no período, a partir de 1964, até a promulgação da Constituição de 1988.

Para tanto, utilizamos a pesquisa histórica, em face das articulações das Forças Armadas e de seu papel nas constituições brasileiras, dos anseios dos militares nas Constituições de 1967 e 1969. Com essa metodologia, procuramos averiguar se a ABIN e a

[1] Mestre em Direito do Estado pela UGF. 1.ª Vice-Presidente da Comissão de Direito Constitucional; Consultora Constitucionalista; Autora de dezenas de artigos e palestras em Direito Constitucional e Filosofia; Autora dos livros da Teoria da Constituição e do controle da constitucionalidade; Foco nos Direitos Humanos, na teoria e na prática; no Direito e Política, na biografia de Hannah Arendt.

SISBIM devem ser comandadas pelos civis ou pelos militares, a fim que tenhamos um Estado Democrático eficiente e de paz, evitando-se, assim, ataques à democracia.

Dessa forma, o cotejamento entre a história e a conduta das Forças Armadas na sua relação direta com o povo nos leva a perceber diversas respostas aos questionamentos atuais na defesa da democracia no Brasil e a atribuição na Constituição Federal em vigor.

Ademais, acenamos para questões que envolvem o serviço de Inteligência, ABIN e SISBIN, e a relação eficaz ou não, com as Forças Armadas, comparando-a com a tendência contemporânea, mas sempre tendo por objetivo o Estado Democrático.

19.2 HISTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS NOS EVENTOS POLÍTICOS

A insistência das Forças Armadas em participar da vida política e jurídica brasileira é histórica, sociológica e, diríamos, paradigmática. Muitos militares passaram, já no Reinado, com aspirações republicanas, a assumir posições opostas à manutenção do regime monárquico brasileiro.

Apesar das influências de Benjamin Constant, no seu trabalho "*Couer de Politique Constitutionelle*[2]", que dividiu os poderes, criou um quarto poder que denominou "Poder Real", para nós, "Poder Moderador". Esse não vingou, pois não teve respaldo inclusive na teoria e doutrina estrangeira. Além disso, não prosperou hoje qualquer Poder Moderador atribuído às Forças Armadas, conforme defendem alguns conservadores no Brasil.

Os militares, insatisfeitos no Império, queriam melhorias no sistema de promoções e não tinham a permissão para opinar sobre políticas, porque eram proibidos pelo Imperador, o que contribuiu para o apoio dos militares aos republicanos.

Houve o rompimento com três importantes grupos do país – a Igreja, fator menos relevante, o Exército e a elite escravocrata.

Inspirados nos ideais positivistas, eles decidiriam que tinham o dever de participar da política brasileira. Mas Dom Pedro II impediu manifestações políticas nos quartéis, e o Exército começava a conspirar contra o Império que se deixava quedar pelo braço armado.

Ao longo do tempo, o regimento participou dos principais fatos históricos do Brasil e também de campanhas militares: Revolução Pernambucana de 1817, Confederação do Equador em 1823 e Guerra da Cisplatina, com início em 1825; entre os séculos XIX e XX, a Guerra Cisplatina (1825-1828) e a Guerra do Paraguai (1864-1870); na República, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A vitória, alcançada pelo Exército brasileiro, fez dele uma força política importante no fim do Segundo Reinado, contribuindo para a difusão dos posicionamentos republicanos, com líderes destacados desse movimento ligados às Forças Armadas, dentre eles, o Tenente-Coronel Benjamin Constant, e a realização do golpe de Estado que iria inaugurar a República no Brasil.

[2] CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*: desenvolve a criação de um quarto poder. Paris: Librairie de Guillaumin, 1872, v. 1, p. 177.

A República, proclamada sem a participação popular, de cima para baixo na esfera da sociedade civil, no dia 15 de novembro de 1889, foi um golpe militar, ou seja, a marcha armada de espírito e não, de episódios, segundo Faoro.[3]

Os republicanos, sob influência do positivismo de August Comte, acenavam para um Estado forte, antimonárquico e dissociado da Igreja. Porém, o apoio do Marechal Deodoro da Fonseca, que era monarquista e amigo pessoal do Imperador, era necessário para o sucesso do golpe.

Então, na estratégia dos conspiradores, sob a égide de Benjamim Constante, usaram, como um dos argumentos, os prejuízos que as decisões do então Ministro de Pedro II, Visconde de Ouro Preto, acarretavam ao Exército – que se encontrava em más condições. Ainda, relataram ao Marechal que, em lugar de Ouro Preto, seria nomeado um antigo inimigo pessoal de Deodoro, Gaspar da Silveira Martins.

Diante disso, Deodoro da Fonseca reuniu algumas centenas de soldados e marchou sobre a cidade do Rio de Janeiro, com o objetivo de derrubar o Ministério de Ouro Preto. Assim, Fonseca, com vistas a resolver o problema da pressão dos opositores sobre o seu governo, dissolveu, via decreto, o Congresso Nacional em 3 de novembro de 1891 e instaurou, com outro decreto, o Estado de Sítio no Brasil. Em seguida, para completar o golpe, autorizou o Exército a cercar a Câmara e o Senado e prender políticos opositores.

Nota-se que, desde sempre, na República, os militares participam ativamente dos planos e das articulações políticas no Brasil, apesar de não ser a atividade política sua atribuição.

De modo diferente, na Monarquia, os militares eram recrutados na elite e nobreza, contudo, na República, o recrutamento do oficialato ocorria nas camadas do povo, os quais estavam insatisfeitos com privilégios da nobreza e dos fazendeiros. Foi, portanto, uma alavanca para a tomada de poder.

Os dissídios dos militares com a Monarquia vinham de muito longe, um exército coeso nas reivindicações e contrariedades, sem compromissos com os donos da terra, segundo análise de Faoro.[4] Na Marinha, a conspiração republicana não penetrou, já que ficou silenciosa.[5] [6] [7]

19.3 AS FORÇAS ARMADAS NA REPÚBLICA

Foram inúmeras as intervenções militares cíclicas, tumultos e agitações, e eles executam atividades de natureza política e não militar, ao contrário dos países avançados no mundo todo.

[3] FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 10 ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, v. 1- 2, p. 105.
[4] FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 10 ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, v. 2, pp. 84-91.
[5] LEAL, Hamilton. História das instituições políticas no Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1962, p. 369.
[6] FIALHO, Anfrísio. História da fundação da República no Brasil. Rio de Janeiro: Lammert & G, 1891, p.121.
[7] CORREIA, Leôncio. A verdade histórica sobre 15 de novembro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional,1939, pp. 57-181.

O republicano histórico, Aristides Lobo[1], assistiu bestializado, atônito, surpreso o 15 de novembro, sem saber o que isto significava. Para muitos, estar-se-ia em uma parada militar, sendo a cor do governo a cor militar.[2]

O início da nossa República é prova dos militares na direção do país e na articulação dos rumos. Benjamin Constant estimulou a intervenção militar na reunião de 11 de novembro de 1889, ao comentar que aquela seria realizada para derrubar e sustentar ministérios – um ato sedicioso, inadequado à lealdade militar e à missão do Exército, mas útil, quando as liberdades públicas são conspurcadas pela tirania, falseadas as garantias constitucionais, e o poder constituinte se torna inimigo da nação. Nesse caso, intervir, como libertador da pátria para uma transformação política, era a sua orientação.[3] Segundo Carvalho[4], o povo mesmo aprecia essa ação como espectador ou, no máximo, como figurante.

Em 1930, é claro que outros fatores influíram para essa revolução, dentre eles, um certo desprezo pelas oligarquias dominantes, a do café, produzido em São Paulo, e a do leite, em Minas Gerais. Contudo, é inegável a atuação das Forças das Armadas para concretização da deposição do governo legal e legítimo. Faltava ao alto-comando vontade para defender a legalidade, além de a jovem oficialidade e a população estarem com os rebeldes. Dessa forma, uma junta, formada por dois generais e um almirante, decidiu depor o presidente da República e passar o governo ao chefe do movimento revoltoso, o candidato derrotado da Aliança Liberal, caindo a Primeira República após 41 anos de vida, como explica Carvalho.[5]

Na Constituição a questão é clara.

Há inegável insistência nos interesses dos militares que, volta e meia, desejam o centro do poder e conseguiram realizar seu intento em 1964. Expresso no Ato Institucional n.º 1, se autoproclama no preâmbulo e afirma que o movimento civil e militar "se investe no exercício do Poder Constituinte" e, assim, a "Revolução vitoriosa" "se legitima por si mesma" e recebe a assinatura dos seguintes militares: General do Exército, Arthur da Costa e Silva; Tenente da Brigada, Francisco de Assis Correa e Melo; e Vice-Almirante, Augusto Hamann Rademaker Grünewald.

Já o Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969, tão ousado quando os anteriores, dispõe que os Ministros da Marinha, Aeronáutica e Exército seriam os responsáveis pelas medidas para assegurar a lei e a ordem pública, bem como "tomar medidas para assegurar a Segurança Nacional". Sendo assim, aqueles militares assumiram o comando do país, em face do afastamento por doença do presidente em exercício, o Marechal Arthur da Costa e Silva.

---

1 BRANDÃO, Moreno. Aristides Lobo. Rio de Janeiro: A Noite, 138, pp. 107-108.
2 FREIRE, Felisberto. História Constitucional da República. Rio de Janeiro: Typographia Aldina, 1894, v. 1, p. 380.
3 FIALHO, Anfrísio. História da fundação da República no Brasil, Rio de Janeiro: Lammert & G, 1891, p. 131.
4 CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 163.
5 CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 100.

Finalmente, o comando militar conseguiu, após cortes e perseguições no Congresso, obter maioria para aprovar as constituições que dariam à comunidade internacional um ar democrático a um governo ditatorial implacável que não admitia oposição, expurgando todos os adversários de modo institucional por uma engenharia eleitoral, fartamente estudada e demonstrada em trabalhos e pesquisas de ciência política e história.

19.4 IDEOLOGIA DA SEGURANÇA NACIONAL

No período da Constituição de 1967 e da Constituição inorgânica e atípica de 1969, também denominada "Emenda Constitucional", a ideologia da Escola Superior de Guerra estava ínsita no texto que facilitou a expansão da tecnoburocracia militar, sob a alegação de modernização.[6]

Desmoronado o sistema constitucional vigente a partir de 1964, sob capa jurídica, justificada pelos atos institucionais, o caminho ficou fácil para que as Forças Armadas elaborassem a Constituição de 1967, cujo artigo 91 expressa que elas são essenciais à execução da política de Segurança Nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem.

Assim, os conflitos, não resolvidos institucionalmente, geraram uma sociedade inorgânica, comandada pelos militares, submetida a todo tipo de repressão, o que levaria o Estado, sob o braço militar, para intervenções extremas.

A Constituição de 1969, no §1 do artigo 92, inscreve, como destinação das Forças Armadas, a defesa da Pátria e garantia dos Poderes constituídos, da lei e da ordem. De modo que esses dispositivos autorizavam a sua atuação por ato próprio, sem limitação de agir, e o setor militar no alto comando do Exército designava os presidentes como candidatos ao partido governista, sempre majoritário, por uma política de perpetuação no poder dos interventores militares.

Bem ao contrário, a Constituição de 1988 em vigor estabelece, no artigo 142, que a atuação das Forças Armadas, na defesa da lei e da ordem, precisa do pedido dos poderes constituídos.

Naquele período, anterior à Constituinte 87-88, a Segurança Nacional era fundamento para aplicação de diversas condutas estatais, sem que fosse constitucionalizado o seu significado. Para compreender esse contexto, era preciso ir aos Manuais da ESG e encontrar o seu suporte no Binômio Segurança-Desenvolvimento, ligado aos objetivos nacionais.

Ora, então, o que seria? Era simples, embora desastroso.

Sob o manto da Segurança-Desenvolvimento, era preciso priorizar a segurança, para que a sociedade pudesse se desenvolver, pois, para se ter segurança, nossos irmãos brasi-

[6] FIECHTER, Georges André. O regime modernizador do Brasil 11964-1972. Estudo sobre as Interações Político-Econômicas em um Regime Militar Contemporâneo (tradução de *Le regime modernisateur du Brésil 1964- 1972*, [s,d.]). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

leiros foram atacados, mortos, torturados, condenados, perseguidos, outros desaparecidos até hoje, os opositores à então ditadura instalada em 1964.

Naquele período, foi aplicada e difundida a ideia do inimigo interno, esboçada pelo jurista alemão, Carl Schmidt, braço intelectual de Hitler, um nazista que tratou de descrever o inimigo interno e externo. Aliás a ideia de opositor político foi retomada recentemente nos últimos quatro anos que culminou em 8 de janeiro de 2023, com os ataques à sede de cada um dos três poderes em afronta à democracia.

Essa teoria foi incorporada à ideia de Segurança e Desenvolvimento, um binômio reciclado na década de 60 do lema positivista, inscrito na bandeira nacional "Ordem e Progresso".

Após duas constituições, 17 atos institucionais e 73 atos complementares, a força das ruas e das energias sociais rompeu o modelo militar, extinguiu, mediante resistências e também a própria incapacidade de assimilar as energias sociais que se tornaram incontroláveis pela tecnoburocracia militar autoritária ou, para usar a expressão de Chacon[7], por "um autoritarismo desmobilizador tecnocrático" que não logrou êxito como revolução conservadora.

Assim, perdurou a ideia de Segurança Nacional que fundamentou todas as atrocidades do período ditatorial a partir de 1964, com base na Constituição do Brasil, que foi reformulada finalmente pelo Constituinte de 1987-1988, a qual constrói uma ideologia oposta.

19.5 CONSTITUINTE DE 1987-1988 E TRANSFORMAÇÃO IDEOLÓGICA

Sem precisar ir aos Manuais da Escola Superior de Guerra (ESG), estão expressos, no artigo 3.º, os objetivos do Estado brasileiro: no inciso I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e, no inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional.

Ora, nota-se que, primeiro, é necessário que a sociedade seja livre de qualquer opressão, controle estatal e que todos possam se expressar livremente. A noção de justiça, em todos os aspectos, prescinde da igualdade e proporcionalidade, bem como da harmonia, em todos os sentidos, e a palavra "solidária" significa que todos devem atuar para que o outro tenha condições de dignidade, sem privilégios que acarretem prejuízos de uns para os outros.

Só assim, é possível que uma sociedade se desenvolva. O desenvolvimento é a capacidade que um país ou uma comunidade tem de melhorar o bem-estar social das pessoas, conforme, por exemplo, entre outras questões, as condições de trabalho e as oportunidades concretas de todo cidadão e não apenas de uma minoria privilegiada.

Ainda, nos incisos III e IV, estende, colocando o termo "justiça", ao incluir, dentre os objetivos, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a

[7] CHACON, Vamireh. Vida e morte das constituições brasileiras. Forense: Rio de Janeiro, 1987.

promoção do bem de todos e o fim das discriminações de qualquer natureza. São esses os objetivos do Estado brasileiro pelo povo escolhidos e expressos na Constituição federal.

Nota-se que o constituinte de 1988, ao receber participações populares, emendas e sugestões, recusou um pré-moldado para construir um texto genuinamente próprio sob a ação do povo. Logo, o constituinte em tela transformou os objetos nacionais, até então ditados pelo pensamento dos militares, e passou a esculpir os objetivos almejados pelo povo e arquitetados pelo próprio povo. Na esteira do canto de Milton Nascimento, todo artista deve ir aonde o povo está, também todo legislador e detentor de poder deve ir aonde o povo está, e os constituintes registraram esse anseio do povo na história do Brasil.

Desse modo, a Constituição de 1988 deixou de ser um pacto de elites nem sempre iluminadas e consagrou, de modo claro e objetivo, a grande transformação ideológica da tecnoburocracia militar até então em vigor para uma escolha do povo sofrido.

Embora o artigo 3.º não tenha aplicabilidade imediata, ele é, sem dúvida, indicador para interpretação constitucional, limite, parâmetro e critério nas construções legislativas e elaboração de políticas públicas. Não se tratada de letra morta ou inobservável. Deve ser utilizado de modo seguro nos tribunais e em todos os poderes, a fim de fazer a justiça caminhar e o Estado aprimorar sob a égide daqueles objetivos. Uma lei que contrarie os objetivos expressos no artigo 3.º, a nosso ver, é inconstitucional, ou uma política pública que contrarie os quatro incisos será também inconstitucional. É preciso consciência social e humanidade, conhecimento e vontade de distribuir a justiça.

Cumpre ressaltar que o rol dos objetivos, expressos no artigo 3.º da Constituição Federal, não é taxativo. Segundo Moraes, trata-se de algumas finalidades primordiais, e os poderes devem buscar os meios e instrumentos para promover condições da igualdade real e efetiva, sem contentar-se com a igualdade formal.[8]

19.6 O PAPEL ATUAL DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 também repudia a ação dos militares por inciativa própria, ao inserir, no artigo 142, que as Forças Armadas só podem defender a lei e a ordem a pedido dos poderes constituídos, mas não, por ato próprio. O texto não é interpretado, é claro.

Há escassos comentários no sentido de reformar o artigo 142, a fim de que as Forças Armadas não tenham tal atribuição, o que, a nosso ver, seria erro irreparável na evolução constitucional, um desastre total e desconhecimento de nossa realidade.

E por quê? O que a lei não veda é permitido. Foi imperioso expressar claramente que as Forças Armadas, instituições regulares e permanentes, só podem agir a pedido dos poderes constituídos, o que elimina qualquer iniciativa própria do Exército ou de qualquer comando militar.

[8] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

A Força de Segurança Pública pode, em certas ocasiões, não ser suficiente para defender a população em casos excepcionais. O número de policiais e integrantes das Forças de Segurança é ínfimo perto do contingente das Forças Armadas.

Nesse caso, a atuação das Forças Armadas, segundo o texto constitucional, é secundária, não é primária e depende do pedido dos poderes constituídos, mas poderá ser oportuna. Ora, torna-se indisciplina, atentado à democracia, rompimento com a ordem democrática ou outro nome jurídico que se queira dar a qualquer ato das Forças Armadas, se interferirem na lei e na ordem, sem pedido expresso dos poderes constituídos e o seu comandante em chefe que é o Presidente da República. Trata-se do poder civil acima das Forças Armadas que a ele se submetem.

Portanto, o artigo 142 é paradigmático e parâmetro que não lhe atribui força independente de qualquer natureza para agir.

As Forças Armadas possuem outra destinação e muitas tarefas a serem executadas e, dentre elas, produzir a Política de Defesa Nacional (PND), que é um documento aprovado pelo Presidente da República sob forma de decreto, que condiciona o Planejamento Estratégico Nacional (END) para a defesa dos interesses internos diante de áreas externas. Já a Estratégia Nacional de Defesa, que define ações de estratégias a médio e longo prazo, é elaborado por um Comitê Ministerial, formalizado por decreto, aprovado pelo chefe do Poder Executivo, criado com finalidade especial, por cidadãos nacionais de elevado conhecimento sobre o tema e pelos comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica.

19.7 A DEFESA DO ESTADO: ABIN E SISBIN

Ainda, para a defesa do Estado, em face dos eventos ocorridos em 2022 e 8 de janeiro de 2023, o Presidente da República assinou o Decreto n.º 11693, de 6 de setembro de 2023, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea “a” da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei n.º 9.883, de 7 de dezembro de 1999, que, para tanto, dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), instituído pela Lei n.º 9.883, de 7 de dezembro de 1999.

Certo é que o SISBIN tem como objetivo integrar as ações de planejamento e a execução da atividade de inteligência do país, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional e assim abrange o conjunto de órgãos e entidades que desenvolvem, de forma integrada e cooperativa, ações de planejamento e execução das atividades de inteligência e contrainteligência.

A SISBIN, para nortear as suas ações, têm como fundamentos: I – a preservação da soberania nacional; II – a defesa do Estado Democrático de Direito; e III – a dignidade da pessoa humana.

Para desempenho das suas funções, tem como órgão central a ABIN que é o Órgão Central – a Agência Brasileira de Inteligência – além dos órgãos permanentes, os órgãos dedicados, os órgãos associados e os órgãos federados.

Então, são duas portarias da Presidência da República, quais sejam: Portaria GAB/

DG/ABIN/CC/PR n.º 925, de ¨6 de setembro de 2023, que fixa critérios para ingresso de órgãos e entidades nesse sistema; e Portaria GAB/DG/ABIN/CC/PR n.º 926, de 6¨ de setembro de 2023, que fixa os órgãos e entidades integrados e dá outras providências.

Concluímos afirmando que dispositivos das constituições anteriores possibilitavam a atuação das Forças Armadas por ato próprio, sem limitação de agir. Bem ao contrário da Constituição em vigor.

19.8 MILITARES QUE AGEM CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO

Além disso, os militares que agirem individualmente, conforme os eventos de 2022 e 2023 de ataques à sede dos Três Poderes, entre outros atos, ficam submetidos aos mesmo tribunais e julgamentos dos golpistas civis. Após condenação de cada militar na justiça comum, em face de ação ou omissão dolosa, deverá ser julgado pela Justiça Militar para perda da patente, segundo o Estatuto dos Militares.

Vigoram sobre os militares as disposições do artigo 143, incisos VI e VII da Constituição Federal, que determinam que o oficial só perderá o posto e a patente, se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de Tribunal Militar de caráter permanente, em tempo de paz, sendo o oficial condenado na justiça, por sentença transitada em julgado, submetido ao julgamento, previsto para este efeito pelo Tribunal Militar competente. Entendemos que esse dispositivo abrange os crimes em questão, isto é, praticados por iniciativa própria nos episódicos de 8 de janeiro de 2023, devendo os militares da ativa perderem suas patentes, sendo estes todos que destruíram o patrimônio público e a sede dos Três Poderes, bem como os idealizadores punidos exemplarmente, seja qual for a patente ainda que reformados.

19.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, portanto, um avanço constitucional e legislativo em face dos militares, os quais cumprem valorosa missão. O Estado Democrático pressupõe escolha livre dos governantes pelos destinatários do poder, com respeito à Constituição Federal, às leis e ao sistema eleitoral.

Todavia, inadmissível é a ruptura da Constituição por um grupo insatisfeito, menos ainda por militares que tentaram a retirada, à força, do Presidente da República eleito. As democracias impõem alternância no poder, e os vencidos devem aguardar o prazo constitucional para novas eleições.

Destinatários e detentores de poder estão submetidos à Constituição Federal que os limita e dispõe sobre o exercício de direitos e deveres, sobre o modo de perda e aquisição de poder, para que ninguém atue por modo próprio e interesse pessoal ou de um grupo, resguardando-se, então, a plenitude da soberania do povo, do soberano Estado Democrático e dos direitos fundamentais e das garantias do cidadão.

De fato, as Forças Armadas exercem papel relevante na defesa externa, no desenvolvimento do país; na defesa do território, em especial, nas fronteiras terrestres e nas águas internas e externas; na proteção do espaço aéreo e em outras inúmeras funções necessárias, como a proteção das fronteiras, que exigem o conhecimento específico dos militares, na defesa de nossa soberania. É inegável a sua importância na atualização e no fluxo de trabalho inerentes à Política Nacional d Defesa (PND) e à Estratégia Nacional de Defesa (END) no âmbito do Ministério da Defesa.

Assim, é necessário um estudo cada vez maior inserindo as Forças Armadas em suas funções relevantes e estimulando que os militares tratem de suas reais funções típicas e atípicas, mas deixando a política para os eleitos.

Em face do desmantelamento dos movimentos de ataques à democracia em 2023 e da condenação dos golpistas, espera-se que a dupla face das Forças Armadas deixe o intervencionismo histórico para definitivamente ingressar no tempo do agir constitucional e estritamente legal. Ademais, é preciso registrar a mudança real das aspirações e a nobre missão que está diante dos militares no Brasil que devem contribuir para o desenvolvimento nacional e a elevação do nível de educação patriótica. Concluímos, afirmando que, no Brasil, só há dois partidos – o de Joaquim da Silva Xavier e o de Silvério dos Reis.

20. A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO: POSSIBILIDADE E LIMITES

Luiz César Martins Loques[1]

RESUMO: O ensino do direito comercial nas faculdades de Direito brasileiras passa por uma série de desafios quanto aos métodos mais indicados para desenvolvê-lo. Nesse sentido, o trabalho se dedica a investigar se o método socrático é útil e, se sim, em qual etapa ele é mais eficiente, compreendendo a divisão a qual a disciplina está submetida e buscando entender a possibilidade e os limites do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Ensinar. Direito Comercial. Método Socrático. Possibilidade. Limites

20.1 INTRODUÇÃO

O Direito Comercial, enquanto ramo do Direito com origem nos usos e costumes, possui uma tradição de séculos nas universidades brasileiras.

Dentre os diversos métodos de ensino existentes na literatura, é relevante pensarmos que estes desafiam limites éticos na relação professor-aluno, provocando o docente na escolha da forma mais apta de ensinar.

Tem-se, em princípio, que o ensino das disciplinas jurídicas (não propedêuticas), amoldam-se na transmissão de conhecimento de natureza técnico-científica, de modo que suas possibilidades e limites encontrem referência nesse tipo específico de informação.

O texto possui como premissa o entendimento de que a sistemática do ensino-aprendizagem, quando aplicada ao direito comercial, poderia ter no método socrático

Com o vocábulo “limites”, tenta-se operacionalizá-lo de modo a encontrar as hipóteses em que o método socrático não se mostra tão adequado no ensino do direito comercial brasileiro.

Com o vocábulo “possibilidade”, por sua vez, tenta-se operacionalizá-lo de modo a encontrar seu sentido no contexto que o trabalho aborda, ou seja, em um primeiro momento, as definições conceituais básicas acerca da matéria a ser ensinada, em seguida, a aplicação sistemática do conceito em uma hipótese (exemplo) dado pelo professor ou caso concreto trazido por ele, aos alunos, durante a aula.

Como hipótese, o artigo parte da ideia de que, no ensino do direito comercial, o método socrático será mais útil na parte de construção de conceitos relacionados à disciplina, no que se refere ao repertório intelectual do aluno.

[1] Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio (Bolsista CAPES). Mestre em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pelo UNISAL/SP (com dissertação na área de direito societário e mercado de capitais) (2021). Especialista em Direito Empresarial e Notarial e Registral (2021). Foi assessor da Presidência da CVM (2022). Professor convidado da Pós-Graduação da FGV Direito Rio (FGV Law Program) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado e Parecerista.

O artigo contou com a pesquisa através da literatura jurídica, do artigo “The Decline of the Socratic Method at Harvard”e da análise de partes do diálogo socrático com Hípias, na obra de Platão, “Hípias Maior”.

Além disso, o texto conta com o exercício de cenários hipotéticos da aplicação do método socrático no ensino do direito comercial, no cenário brasileiro, tentando usá-lo em partes, nos itens que a disciplina, em geral, é dividida pelos manuais e cursos brasileiros.

20.2 VISÃO GERAL DO MÉTODO SOCRÁTICO APLICADO À DOCÊNCIA

Em um primeiro momento, deve-se entender o método socrático como uma forma de argumentação cooperativa (DELLORE, 2020). Como o objetivo geral do método é fazer com que o interlocutor busque questionar suas próprias premissas, chegar à conclusão de que estão incorretas e abandoná-las em busca de novas premissas sobre a ideia ou conceito que quer abordar, é fundamental a participação ativa do interlocutor no processo, que no nosso caso, é o aluno.

Dando um passo atrás, podemos verificar na literatura as manifestações do próprio Sócrates utilizando a maiêutica como método de argumentação cooperativa com seu interlocutor.

No diálogo com Hípias, relatado por Platão (2000), Sócrates começa a investigar a natureza do belo, quando encontra o sofista pelas ruas de Atenas.

No centro do diálogo, Hípias inicia o debate definindo o que é o belo pela materialização de uma figura representativa deste conceito: “uma bela virgem”.

Sócrates, então, passa a desafiá-lo com uma série de argumentos contrários ao do sofista (quanto à sua premissa). Com uma série de associações, Sócrates questiona a Hípias se a beleza de uma bela virgem poderia ser comparada a dos deuses, o que foi prontamente negado pelo interlocutor.

Na realidade, o que Sócrates buscava era mostrar a Hípias que seria uma contradição a figura da “bela virgem” ser bela e feia ao mesmo tempo, alterando-se apenas o referencial.

Com base nesse raciocínio, Sócrates provava, diferentemente dos sofistas, que o belo não poderia ser definido por uma situação particular, sendo belo em si, e não estando passível de relativizações.

Voltando à questão de aplicação na docência, o método socrático encontra um elemento característico da relação de ensino: a assimetria entre professor e aluno.

Pelo menos em um primeiro sentido do uso do método socrático, em sua forma “pura”, não existiria uma assimetria implícita e obrigatória entre os interlocutores. Na realidade, a noção de “relação assimétrica entre professor e aluno” advém de uma presunção lógica de que o professor possui mais conhecimento e experiência naquele determinado assunto do que o aluno.

Nesse sentido, por mais voluntarioso que o aluno seja na aprendizagem do conteúdo e no desenvolvimento de seus conceitos, reproduzindo as habilidades nela compreendidas, jamais superaria o professor, *a priori*, no nível e profundidade de conhecimento sobre a matéria.

Além disso, o método socrático desafia o aluno em outras dimensões e desenvolve habilidades próprias[2]-[3].Com relação a sala de aula, o método socrático inspira um ambiente diferente do que acontece, por exemplo, com o chamado: "*cold calling*"[4]-[5]. A literatura, contudo, também traz à luz as deficiências do método socrático.

Deve-se pontuar que essa exposição do aluno perante o grupo em que está inserido, tendo o professor como agente provocador, pode refletir em processos sociais de marginalização de indivíduos que, historicamente, segundo a literatura, são vulneráveis. Assim, pode haver uma má utilização do potencial do aluno, levando-o ao sentido inverso do objetivo do método[6].

Em suma, a utilização do método socrático pode encontrar uma primeira limitação geral, materializando-se na má abordagem do professor no exercício de sua posição de superioridade intelectual na disciplina a ser ensinada.

Deve-se evitar, ainda, uma abordagem desrespeitosa, e uma forma de amenizar essa externalidade negativa supracitada, seria valorizar, ao máximo, a contribuição que ele consegue dar naquele momento específico de sua evolução intelectual.

---

[2] Com o processo de raciocínio socrático internalizado, os alunos se tornam especialistas em criticar seus próprios pré-julgamentos, levando a entendimentos jurídicos de mente aberta, bifocais e sofisticados (tradução nossa).

[3] Como narra Kerr (1999, p.117): "With the Socratic reasoning process internalized, students become experts at critiquing their own prejudgments, leading to open-minded, bifocal, and sophisticated understandings of law".

[4] Ver também em: KOHN, A. Your Hand's not raised? Too bad. I'm calling on you anyway. Allies for Education. v. 1, n. 2, 9 Mar. 2018. Disponível em: https://journals.calstate.edu/afe/article/view/3266. Acesso em: 29 dez.2022.

[5] Ainda nas palavras de Kerr (1999, p.117): "Class discussions become lively and stimulating, encouraging students to prepare for class and engage in exciting and illuminating debates. At the same time, students speak frequently, helping them develop and hone rhetorical skills that are critical to effective advocacy. Finally, some have argued that the way that the method forces students to construct their own view of law (rather than discover a preexisting body) aids in the development of moral imagination According to this view, students who learn the law via Socratic dialogue are likely to appreciate the social construction of law, and thus feel a strong moral responsibility for making sure that the law is used wisely". "As discussões em classe tornam-se animadas e estimulantes, incentivando os alunos a se prepararem para a aula e a se envolverem em debates empolgantes e esclarecedores. Ao mesmo tempo, os alunos falam com frequência, ajudando-os a desenvolver e aprimorar habilidades retóricas que são essenciais para uma defesa eficaz. Finalmente, alguns argumentaram que a maneira como o método força os alunos a construir sua própria visão da lei (em vez de descobrir um corpo preexistente) ajuda no desenvolvimento da imaginação moral, apreciar a construção social da lei e, assim, sentir uma forte responsabilidade moral por garantir que a lei seja usada com sabedoria (tradução nossa)".

[6] Kerr (1999, p.118/119) argumenta que: "Socratic professors are quick to criticize imperfect student answers, subjecting students to public degradation, humiliation, ridicule, and dehumanization (...) Non-traditional students such as women and minorities are particularly vulnerable, both because they are likely to be used as 'spokespersons' for their race or gender, and because many have already internalized stereotypes of inadequacy in the combative and mostly white and male atmosphere of traditional law schools". "Os professores socráticos são rápidos em criticar as respostas imperfeitas dos alunos, submetendo-os à degradação pública, humilhação, ridículo e desumanização (...) Alunos não tradicionais, como mulheres e minorias, são particularmente vulneráveis, porque provavelmente serão usados como "porta-vozes" de sua etnia ou gênero, e porque muitos já internalizaram estereótipos de inadequação na atmosfera combativa e majoritariamente branca e masculina das faculdades de direito tradicionais (tradução nossa)."

Com isso, é possível que se diminua a exposição do aluno diante do grupo em que está inserido e, sobretudo, encoraje-o a participar dos debates em sala (aprendizagem ativa).

20.3 DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DO MÉTODO SOCRÁTICO NO ENSINO DO DIREITO COMERCIAL

Vencida a parte de apresentação de conceitos, objetivos e contexto, parte-se para a análise de como o método socrático pode ser utilizado no ensino dos conteúdos relacionados ao direito comercial nas faculdades de direito brasileiras e, se em algum momento, pode existir mais algum limitador a esse método.

O direito comercial brasileiro possui uma divisão tradicional nos manuais e nas grades de disciplinas das graduações, sendo dividido[1], geralmente, em: (i) Teoria Geral do Direito Empresarial; (ii) Direito Societário; (iii) Títulos de Crédito; (iv) Contrato Empresariais e (v) Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial.

A partir de agora, podemos construir cenários hipotéticos (possibilidades) em que o método socrático poderia ser útil em seu ensino, e constatar, empiricamente, que o referido método possui utilidade na parte relativa ao ensino e recorte dos conceitos que são importantes para cada um desses tópicos.

Quanto ao primeiro item, é muito comum que os alunos se confundam com os conceitos que compõem a noção de estabelecimento empresarial prevista no art.1.142 do Código Civil Brasileiro.

Com a utilização do método socrático, pode-se desafiar o aluno a corrigir suas premissas sobre os conceitos que o comando legal exige. Por exemplo, com relação ao vocábulo “bens”, o aluno menos experimentado pode ser levado a acreditar que a dimensão de “bem”, aqui incluída, apenas abrangesse “bens corpóreos”, como o ponto comercial e a mercadoria.

Se o aluno parte dessa premissa equivocada e a expõe em sala de aula, o professor pode questioná-lo se a dimensão jurídica do conceito de “bem”, na teoria geral do direito privado, abrange apenas a categoria dos bens corpóreos.

Naturalmente, o aluno responderá que não, uma vez que existe a categoria dos bens incorpóreos[2]. Quebrando, com a pergunta, a noção equivocada do aluno, ele poderá constatar que os bens incorpóreos também estão incluídos no conceito de estabelecimento empresarial, de modo que o professor poderia auxiliá-lo com um exemplo desta hipótese: a marca.

O item 02 é, contudo, mais desafiador do que os restantes, diante da quantidade de conceitos que o direito societário possui. Todavia, a utilização do método socrático pode

[1] Diversos são os cursos e manuais que sistematização o ensino do direito comercial com essa divisão, como se pode ver na obra de: NOGUEIRA, R.J.N. Curso de Direito Comercial e de Empresa. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[2] A teoria geral do direito privado reconhece essa categoria. Ver também em: PEREIRA, C.M.S. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

auxiliar, mais uma vez, na parte de correção/construção conceitual da matéria no repertório do aluno.

Imaginemos a hipótese de que o aluno parte da noção de que as sociedades anônimas só poderiam utilizar a denominação como forma do nome empresarial, porque isso demonstraria o grau de impessoalidade que esse tipo societário demanda para com a figura dos sócios.

O professor poderia questioná-lo se seria exatamente essa a causa, uma vez que a lei prevê o uso excepcional do nome de um sócio na companhia. O aluno então retornará e estudará a diferença entre as sociedades de pessoas e de capital.

Quanto ao item 03, a definição básica da definição de título de crédito[3] pode servir para corrigir eventuais premissas incorretas do aluno, como demonstrado no item 01.

Mais uma vez, o método socrático pode socorrer o professor na hora de definir a extensão do conceito de direito autônomo previsto na cártula, fazendo o aluno perceber que em algum momento o título poderia correr pelo regime da cessão civil de crédito, caso ele acreditasse que o regime cambiário jamais pudesse ser relativizado.

Com relação ao item 04, o aluno que apenas estudou a disciplina teoria geral dos contratos, no direito civil, pode partir da premissa que os contratos empresariais só teriam vigência com a presença de duas "empresas" em ambos os polos da relação contratual, sob o argumento de que apenas elas poderiam fazer valer o sentido do art.966 do Código Civil[4].

O professor, então, poderia questioná-lo dizendo se um contrato não poderia ser considerado empresarial se apenas uma das partes exercesse essa função, como pode ocorrer no *leasing* (contrato reconhecidamente mercantil, ainda que presente uma pessoa natural como arrendatário).

O aluno reconheceria o erro em sua premissa e estudaria os vetores de cada tipo de contrato[5], a fim de reconhecer sua natureza corretamente.

No que tange ao item 05, o aluno poderia partir da premissa equivocada de que todo o processo de recuperação das sociedades empresárias correria integralmente perante o Poder Judiciário, uma vez que a atuação do magistrado garantiria a plena isonomia do processo concursal.

O professor poderia questioná-lo se, ao tratar de matéria de direito privado, a liberdade das partes também não seria um elemento razoável de cooperação jurídica entre devedor e credores. O aluno ao constatar que esse é, de fato, um elemento importante na construção da lógica do direito comercial, investigaria o instituto da recuperação extrajudicial prevista nos arts.161 a 167 da Lei nº 11.101/05.

---

[3] A nossa definição de título de crédito é aquela prevista no art.887 do CC/02: "o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei".

[4] BRASIL (2002, s/p): "(...) atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

[5] Ver também em: FORGIONI, P.A. A Evolução do Direito Comercial: da Mercancia ao Mercado. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2016.

Indo além, parece razoável que se aborde um pouco mais as fragilidades da utilização do método socrático no direito comercial brasileiro, o que aqui se denomina como: "limites".

Quando superamos a fase de explicação e recorte de conceitos, explícitos na lei ou na doutrina, em que o aluno já tenha compreendido as dimensões que irá operacionalizar, ele buscará amoldá-las a situações eminentemente práticas que envolvem a aplicação deste conceito à realidade.

Por exemplo, uma vez que o aluno compreendeu corretamente a dimensão do conceito de título de crédito, buscará nos institutos jurídicos sua aplicação no contexto em que está inserido.

Mais à frente, quando for estudar a disciplina de mercado de capitais, poderá se deparar com as particularidades dos ativos relacionados à securitização, de modo que aplicará, no que for cabível, o conhecimento adquirido no estudo das CPRs (Cédula de Produto Rural).

Em suma, quando vencemos as definições e vamos a cenários que exigem conhecimentos sistematizados e enraizados sobre o direito comercial, o método socrático parece não ser o mais indicado, uma vez que o potencial de interlocução do aluno cai sensivelmente.

Assim, a abordagem pela escuta passiva é uma ferramenta central, já que o aluno, através da exposição do professor, poderá compreender todo o contexto em que os institutos se aplicarão e, posteriormente, construir um raciocínio próprio sobre o todo e não apenas uma impressão fragmentada derivada de conceitos.

Outra ferramenta que pode socorrer o professor em casos dessa natureza é a escolha do método do "caso concreto".

Voltando ao exemplo do direito societário, quando o professor traz um caso concreto à sala de aula, explicando uma operação completa de emissão de debêntures, passando por todos os agentes externos envolvidos, assim como os órgãos protagonistas da companhia, o aluno consegue ver o cenário total, colocando em ação todos os conceitos que foram construídos dialeticamente em momento anterior.

Deste modo, o método socrático no ensino do direito comercial possui uma aplicação mais eficiente na construção de conceitos no repertório intelectual do aluno, de modo que outros métodos de ensino podem ser mais favoráveis a dimensionar o aluno em cenários mais abrangentes.

Tenta-se exemplificar, mais uma vez, a afirmação acima, com as operações cambiárias. Imaginemos um cenário em que determinada operação envolva a emissão de um cheque. O título de crédito passa então a circular pelo instituto do endosso e possui avalistas ao longo da cadeia.

No exemplo hipotético dado pelo professor em sala de aula, serão expostos uma série de conceitos iniciais para entender a referida cadeia. Na construção de cada um desses

conceitos, o papel de interlocução do aluno é essencial, quando afirmar, por exemplo, ao professor, que, obrigatoriamente, os agentes devem ser identificados, inclusive quando da transmissão da cártula.

Para um aluno que tem um primeiro contato com a disciplina, é bastante intuitivo que essa premissa seja verdadeira, porque, em geral, nas relações jurídicas de direito privado, as partes são completamente conhecidas, com exceção de alguns institutos, como o contrato com pessoa a declarar (art.467 a 471 do CC/02).

O professor então pode questionar se não existe, na teoria geral dos títulos de crédito, a categoria: títulos ao portador. O aluno responderá que sim (compreendendo esse conceito que aprendeu anteriormente).

Diante disso, o professor poderá, ainda, questionar ao aluno se, de alguma forma, não seria razoável que a lógica dos títulos ao portador se aplicasse também na transmissão do mesmo, ou seja, não identificando seu beneficiário.

Refletindo por conta própria, o aluno poderá chegar à conclusão de que sim, e então o professor trabalhará com ele a noção do chamado endosso em branco do cheque, que tem justamente a função de transformar a circulação de um título que, em princípio, seria nominativo em um título ao portador.

Vencida fase de apreensão dos conceitos básicos, o aluno poderá aprender com o professor o raciocínio de toda a cadeia, ouvindo suas considerações sobre a interação dos institutos e vendo o cenário como um todo, após, repita-se, de construir dialeticamente os conceitos em momento anterior.

20.4 CONCLUSÃO

Conclui-se o presente trabalho com a noção de que o método socrático, quando aplicado à docência, possui suas limitações, não sendo um método adequado em todas as circunstâncias aqui expostas.

Muito útil na construção de conceitos, a possibilidade do uso do método socrático exige que o aluno abandone suas próprias premissas e construa o conceito correto a partir de suas próprias inquietações.

As limitações ao uso do método no ensino possuem duas limitações como argumentado ao longo do texto: a primeira, mais geral, relacionada as repercussões sociais ao que aluno está envolvido ao ser exposto no debate com o professor. A segunda, por sua vez, está relacionada a dificuldade que o aluno possuiria em desenvolver-se no debate, uma vez que quando enfrentasse situações reais, em que os conceitos construídos dialeticamente são exigidos, serão mais bem dirigidos pelo professor ou através da execução ativa da palestra ou pela exposição de casos reais em que explica, sistematicamente, o contexto em que os conceitos apresentados estão inseridos, como foi argumentado ao longo do texto.

Com relação a aplicação no ensino do direito comercial, compreendidas a divisão

anteriormente exposta, o método socrático possui voz em todos os itens, já que seria uma forma abrangente de passar a informação nas escolas jurídicas brasileiras.

Contudo, como foi abordado no último parágrafo do capítulo IV, no ensino do direito comercial, a aplicação mais proveitosa do referido método ficaria restrita a parte conceitual.

20.5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406/02. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 dez.2022.

DELLORE, L.: Direito nos EUA e o método socrático. **Gen Jurídico**. 05 out.2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/10/05/direito-nos-eua-metodo-socratico/. Acesso em: 30 dez. 2022.

FORGIONI, P.A. **A Evolução do Direito Comercial: da Mercancia ao Mercado**. 3ª ed. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2016.

KERR, O.S. The Decline of the Socratic Method at Harvard. 02. fev.1999. **Nebraska Law Review**. nº 113. Vol.78. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562246. Acesso em: 29 dez.2022.

KOHN, A. Your Hand's not raised? Too bad. I'm calling on you anyway. **Allies for Education**, v. 1, n. 2, 9 Mar. 2018. Disponível em: https://journals.calstate.edu/afe/article/view/3266. Acesso em: 29 dez.2022.

NOGUEIRA, R.J.N. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil**. Vol.1. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PLATÃO. **Hípias Maior**. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2000.

21. SISTEMA DE (IN)JUSTIÇA CRIMINAL INTERSECCIONAL

Mariele Karem França Morais Veras[1]
Roberta Duboc Pedrinha[2]

RESUMO: O presente estudo parte da noção de colonialidade do poder, para compreender as noções de raça e suas aproximações com a subalternidade. Tem como objeto de estudo a mulher racializada, particularmente frente ao sistema de justiça criminal. Trata-se de uma abordagem exploratória, de análise qualitativa, centrada no marco teórico da criminologia crítica, feminista, decolonial e antirracista. Busca desvelar a sociedade colonizada e as suas permanências, uma vez que foi constituída pela rígida desigualdade entre os segmentos sociais, erigida sob as bases do racismo estrutural, perpassada pelo patriarcado. Mesmo na contemporaneidade, a mulher racializada pobre encontra-se inserida neste conjunto de categorias que a oprimem: raça, classe e gênero, inscrevendo-a no lugar da subalternidade, pelo controle do seu corpo, funções e papel social. O sistema de justiça criminal reproduz tal opressão, sendo a legislação de drogas um estratégico dispositivo de controle social a serviço da seletividade na estigmatização, criminalização e penalização das mulheres racializadas, pertencentes às estratificações inferiores da sociedade, alvos preferenciais das agências penais. Assim, faz-se necessária a elevação de um feminismo decolonial, anticapitalista, antipunitivista, que almeje a libertação das mulheres racializadas das amarras da colonialidade do poder e da política de encarceramento, rumo à sua emancipação e empoderamento.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; Colonialidade do poder; Raça; Interseccionalidade; Sistema de justiça criminal.

21.1 INTRODUÇÃO

A colonialidade, conceito cunhado por Aníbal Quijano[3], como o processo de colonização, exploração e dominação do poder, saber e ser dos povos, do passado rumo ao futuro, encontra-se presente na formação e estrutura da sociedade latino-americana. Adverte o autor que o colonizador se impôs sobre o colonizado, fixou sua forma de cultura, como se esta fosse universal, de hábitos, crenças e religião, criou teorias acerca da sua superioridade e exerceu o controle dos corpos, coagindo-os ao trabalho involuntário.

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Defensora Pública do Estado do Maranhão – Titular da Execução Penal de São Luís/MA, Mestranda em Direito Constitucional no PPGDC da UFF, orientanda da Professora Doutora Roberta Pedrinha, e-mail: maielemorais@gmail.com

[2] Doutora em Sociologia e Pós-doutoranda em Criminologia e Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e credenciada ao PPGDC. E-mail: robertadubocpedrinha@gmail.com

[3] QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.) A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais: Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-278. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html. Acesso em: 8 out. 2023.

O processo de colonização europeu, no intuito de justificar toda a exploração e o genocídio, causado fora de seu continente, desenvolveu crenças e conceituou raças, hierarquizando-as. As categorias preto, pardo e indígena, antes inexistentes no mundo, surgiram como produto do pensamento colonial[4], a fim de se referirem ao outro, diferente, que restaria fora da totalidade, rebaixado, coisificado diante da praxis da dominação.[5]

Nessa seara, a definição de raça humana, forjada pelo colonizador europeu, engendrou sua classificação e imbricação à hierarquia, com funções e espaços determinados para cada uma delas. Logo, à raça branca europeia, caberia o lugar de supremacia, da superioridade, como também o local natural de ocupação de postos de poder. Já, para o outro, encoberto pela colonização, caberia o espaço da subalternidade, da inferioridade e subordinação, os piores lugares na estratificação social.

Dessa maneira, a sociedade colonizada se ancora no racismo estrutural[6], expressão cunhada por Silvio de Almeida, que permeiam e fundamentam as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, como um componente orgânico, de um processo histórico de dominação e exploração entre seres considerados superiores e inferiores. Daí, nota-se que o racismo estrutural, entranhado no tecido social, faz com que as pessoas racializadas sejam recorrentemente atingidas, alvos de todo o tipo de violência, estigmatizadas, criminalizadas e penalizadas.

Cumpre destacar que a noção de raça ainda é perpassada pelo modelo patriarcal, da colonialidade do poder, saber e ser. No que diz respeito à colonialidade do poder, esta se encontra inserida em vários eixos e instituições da sociedade, inclusive no sistema de justiça criminal. Este erige-se no racismo estrutural[7], que lhe confere vertebração, e o constitui na manutenção do poder das elites dominantes, na reprodução das relações de desigualdade estrutural e na imposição da seletividade penal pelos processos de incriminação e punição.

Já, no que tange à mulher, que sofre a opressão do patriarcado no controle do seu corpo, funções e papel social, quando racializada[8], vivencia uma exploração ainda maior, pois acresce-se ao campo de violações o apagamento e a colonização do ser, pelo racismo, dos efeitos e das consequências da escravização, pelo lugar de inferiorização e subalternidade em que é colocada. Logo, assiste-se à imposição dos processos de invisibilização aos controles sociais, gestados pelo modelo patriarcal, em que a dimensão racial sobrepesa. Afinal, há a incidência do entrecruzamento de opressões, quando os elementos, como

[4] FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2020.
[5] DUSSEL, Enrique. Filosofía da Libertação. Trad.: Luiz João Gaio. México: Loyola, 1977. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/29.Filosofia_da_libertacao.pdf Acesso em: 01 nov. 2023.
[6] ALMEIDA, Silvio de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.
[7] ALMEIDA, Silvio de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.
[8] Assinala a autora que, na França, o termo “racializada” designa todas as mulheres que a colonialidade do poder fabrica como “outras”, para discriminar, excluir, explorar e desprezar. VERGÈS, Françoise. Um Feminismo Decolonial. Tradução de Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020, p. 18.

raça, classe e gênero, se acumulam e encontram, reforçando suas sobrecargas, como denota Kimberle Crenshaw, ao desvendar a interseccionalidade[9]. Essa ideia é corroborada por Patricia Hill Collins[10], todavia aprofundando a teorização do modo como os elementos são co-constitutivos, pensando-os no território norte-americano. Ademais, outras autoras feministas, antirracistas e marxistas apostam ainda na abordagem interseccional com novas conotações e nuances, em perspectiva mais ampla, abrangendo a diversidade em relação à sexualidade, contemplando da orientação à identidade sexual, além de uma dimensão mais totalizante, abarcando a economia política.

Conforme expõe Lélia Gonzales[11], a mulher pobre e negra, configura-se na categoria que mais sofre discriminação na sociedade, e, na mesma linha, ratifica Angela Davis.[12] Também, a questão da classe social traz níveis de exploração que se ampliam na figura da mulher negra, o que propicia a construção de um programa criminalizante e sancionador, particularmente por drogas, na reverberação da seletividade estrutural.

Nessa seara, o aumento expressivo do encarceramento feminino[13], composto em sua maioria por mulheres racializadas, pertencentes aos substratos sociais mais baixos, demonstra que a discussão sobre o processo de criminalização não deve se basear apenas na questão de gênero, mas também trazer para o debate o prisma racial que é constitutivo do sistema de justiça criminal em uma dimensão decolonial.

Portanto, pretende-se, no trabalho em tela, fazer uso de uma abordagem exploratória, com metodologia de análise qualitativa, a qual seja pautada em um referencial teórico, com suporte na criminologia crítica e latino-americana, com foco em autoras feministas, bem como em autores decoloniais e antirracistas. Afinal, tem-se por escopo o desvelamento da colonialidade do poder, dos processos de múltiplas opressões, entrecruzadas no controle dos corpos racializados femininos, em que o encarceramento se eleva como sua principal ferramenta.

21.2 COLONIALIDADE DO PODER: SISTEMA DE OPRESSÃO E CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS RACIALIZADOS

O processo de colonização, ocorrido nos países do sul global, traz marcas indeléveis à sociedade do modelo escravocrata de exploração, incrustado nos corpos racializados, cujas permanências prolongam-se, mesmo após o Período Colonial e Imperial, nas suas

[9] AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019.
[10] COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. Interseccionalidade. Tradução de Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2020. COLLINS, Patricia Hill. Pensamento Feminista Negro. Tradução de Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.
[11] RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Orgs.). Lelia Gonzales: Por um feminismo afro-latino-americano – ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
[12] DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
[13] No período de 2000 a 2016, houve um aumento expressivo do encarceramento feminino em 656%, índice superior ao crescimento do encarceramento masculino. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2 ed. Brasília: Infopen Mulheres, 2015. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf Acesso em: 10 jan. 2023.

interações sociais hierarquizadas e introjeções subjetivas de justificativas à dominação.

Dessa forma, verifica-se, para além da colonização, a colonialidade do poder, expressão elaborada por Anibal Quijano[14], baseada no conceito de raça, no escalonamento dos povos que são agrupados em dois blocos: colonizados e colonizadores, sendo este último o responsável por alicerçar os pilares do sistema de opressão e o controle dos primeiros.

Então, os colonizados, no continente latino-americano, são os racializados, uma vez que a raça branca, pela colonialidade, inscreve-se como universal e superior, restando aos indígenas e aos negros o lugar da subalternidade. Vale conferir que, consoante o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288/2010), negros são os indivíduos que assim se autodeclaram. Compreende os pretos e os pardos, categorias previstas como raças, conforme quesitos da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE/2020), adotados pelo Brasil, em que, segundo os dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), publicada em 2015, a população negra do país corresponde aproximadamente a 55,8% (IBGE/PNAD, 2015).[15]

As mulheres negras, inseridas nesse grupo, menosprezado historicamente pela colonização, colonialidade e dominação, possuem incidências de múltiplas maneiras de opressão que se conjugam e entrelaçam, alçando, como fator de subalternidade, os quesitos racial e de gênero em correspondência à sociedade racista e patriarcal. Nessa perspectiva, o corpo da mulher racializada, desde a escravização da população africana, é subjugado, depreciado, considerado inferior ao corpo da mulher branca que, por sua vez, é visto como inferior ao corpo do homem branco. Assim, à mulher negra, cabia o maior rebaixamento.

Outrossim, dos tempos remotos aos atuais, à mulher negra, não era dado o direito de dispor de seu próprio corpo. No passado, o mesmo era consignado como objeto e propriedade de seus senhores, posto que, para o Direito Civil, a fêmea racializada era compreendida como peça, um bem semovente, semelhante a um animal. Contudo, à luz do Direito Penal, diante do sistema punitivo, era percebida como pessoa, respondendo criminalmente, podendo ser apenada, com todo rigor, dos castigos físicos à perda da vida. Dessa maneira, denota-se a natureza jurídica híbrida acerca de sua condição "escrava". Todavia, além de sofrer as punições no corpo, restando ao talante dos seus "proprietários" todo o tipo de açoites, chicotadas, tronco, mutilação de membros e até a morte, comuns no contexto da exploração colonial, era ainda objeto do controle sexual em vida, durante

[14] Conforme preleciona Anibal Quijano, "um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a idéia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importante do poder mundial," p. 117. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). A Colonialidade do saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais: Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-278. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html. Acesso em: 8 out.2023.

[15] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais: uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira, 2020. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv.98887.pdf. Acesso em: 05 dez. 2023.

variadas fases, para procriação, embranquecimento da população negra, desfrute e sadismo de seus "donos".

Trata-se da objetificação da mulher negra, despojada de sua dignidade, coisificada para além dos controles sociais, do controle sexual, impingido nas etapas de reprodução e gestação[16], alcançando a amamentação e o desenvolvimento da maternidade, quando a separação entre mãe e filho era uma constante na lógica mercantil lucrativa escravocrata, atendendo aos interesses de compra e venda. Consequentemente, tudo isto era uma afronta à sua essência de pessoa humana e de mulher. Nesse sentido, a colonialidade do ser assevera-se como processo de desumanização, reificação e alienação existencial[17], responsável por grandes impactos na mulher negra, instrumentalizada pela organização social capitalista de produção, geradora em seu próprio ventre de mão de obra escrava para o mercado.

Na sociedade escravocrata, a mulher negra colonizada era representada pela figura da mucama, destinada à realização das atividades domésticas, dos afazeres de limpeza e arrumação, adstritas ao espaço privado. Poderia acumular funções, como as de acompanhar e servir tanto as jovens sinhás brancas solteiras quanto as senhoras casadas. No que diz respeito a estas últimas, nas tarefas da maternidade, ofertava-lhes a si própria para a amamentação dos bebês brancos, filhos e netos dos seus proprietários, quando era batizada de ama de leite, alimentando-os, se deixando sugar e, até mesmo, definhar ou ainda cuidando deles, desde a mais tenra infância até a adolescência, em lugar de seus filhos negros.

Ademais, as negras sofriam violências domésticas cotidianas, experimentavam os castigos no âmbito domiciliar, da palmatória às chicotadas, puxões de orelha, arrancos de cabelo, safanões, queimaduras caseiras e todo o tipo de requinte de crueldade afeito às práticas sádicas, que encontravam guarida e aceitação, sendo naturalizadas à época. Outrossim, as mulheres racializadas eram constantemente atormentadas pela exploração sexual dos seus senhores. Eram as principais vítimas de sevícias sexuais e contágios de doenças sexualmente transmissíveis, alvos dos estupros reiterados, com emprego de violência ilimitada, que corroboraram para o branqueamento da população preta na formação da mestiçagem brasileira. Para tal, as teses colonialistas de melhoria da raça pelo embranquecimento justificavam e fundamentavam tais ações, além das teorias relativas à hipersexualização da mulher racializada, vista de forma animalizada e com funções estritamente sexuais e reprodutivas, como corpo apartado de humanidade.[18]

[16] Como aponta Angela Davis, "as punições impostas aos escravos eram visivelmente influenciadas pelo gênero – penalidades especiais eram, por exemplo, reservadas às mulheres grávidas incapazes de atingir as cotas que determinavam a duração e rapidez de seu trabalho." DAVIS, Angela. Estarão as prisões obsoletas? Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 73.

[17] MALDONADO, Nelson Torres. Transdisciplinaridade e Decolonialidade. Revista Sociedade e Estado. v. 31, n. 1, jan/abr, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/se/a/CxNvQSnhxqSTf4GkQvzck9G/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 5 nov. 2023.

[18] RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Orgs.). Lélia Gonzales: Por um feminismo afro-latino-americano – ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

O lugar da mulher branca era o espaço do lar, estava atada ao âmbito privado, uma vez que lhe havia sido negado o espaço público e as esferas de poder. Já a mulher negra ficava confinada à área doméstica, porém, relegada a uma esfera ainda de maior rebaixamento na estratificação social, subalternizada em relação à mulher branca, a qual era considerada de condição superior. Afinal, o capitalismo e o patriarcado estipularam papéis, ocupações e lugares não somente para as mulheres brancas, como também deixaram os piores para as racializadas, através das funções mais depreciadas, como as de limpeza e de cuidado, a serviço da estrutura do sistema. Nessa ótica, como acentua Vergès[19], "o trabalho de cuidado e limpeza é indispensável e necessário ao funcionamento do patriarcado e capitalismo racial e neoliberal e deve permanecer marcado pelo gênero, racializado, mal pago e invisível". Nessa esteira, há permanência quanto aos espaços em que se localizam as mulheres negras, mesmo na contemporaneidade, em empregos informais, com salários menores, nos segmentos mais baixos do escalonamento social em comparação à mulher branca.[20] Tais dados ratificaram a dificuldade na mobilidade dessas mulheres, o que contribui para a manutenção do *status quo* na divisão social e racial do trabalho, advinda do período escravocrata.

Cabe rememorar que a abolição da escravatura não ensejou quaisquer medidas reparatórias à população negra. Essa nunca foi indenizada pelos abusos impingidos, do uso involuntário de seus corpos, da força de trabalho e de tempo de vida. De forma contrária, houve, sim, um projeto institucionalizado de criminalização e penalização dirigida à negritude. Inclusive, mesmo posteriormente à Lei Áurea, voltou-se para o encarceramento de homens e mulheres negras. Isso deu-se, particularmente, na prescrição de condutas tipificadas, como crimes de "vadiagem", "mendicância" e "capoeiragem", consoante elencado no Código Penal Republicano de 1890. Tratava-se de enquadramento penal específico, para pinçar os comportamentos atribuídos aos negros, ex-escravizados, os quais seletivamente eram reprimidos pelo Estado, posto que os agora libertos não possuíam ofício formal, ocupação e escolaridade. Desse modo, os detentores do poder mantiveram suas políticas segregacionistas dirigidas à população negra.

Cumpre frisar que as pessoas racializadas, ainda que libertas, seguiram à margem da sociedade, uma vez que o modo de produção que as explorou por quase quatro séculos, em um sistema colonizador e opressor, ganhou novos contornos, mais sofisticados para o seu exercício. Desde o contexto escravocrata, os negros permaneceram como os principais alvos da seletividade penal[21], que segue na escolha de pessoas e grupos estigmatizados,

[19] VERGÈS, Françoise. Um feminismo decolonial. Tradução de Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

[20] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais: uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

[21] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do

etiquetados como desviantes pelos detentores do poder, das agências punitivas ao sistema de justiça criminal. Daí, decorrem os processos de criminalização e penalização que elegeram, como seu público, em sua maioria, pessoas negras, de classes sociais inferiores e com pouca escolaridade.

Verifica-se, na atualidade, a permanência da mesma seletividade no âmbito do modelo formal de aplicação de sanção, previsto no Código Penal de 1940, reformado em 1984 e ainda em vigor, por meio do aprisionamento dos corpos negros. Conforme dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), relativos ao segundo semestre de 2020, 66% da população carcerária é composta de negros (pretos e pardos)[22], e 51,35% possuem baixa escolaridade, com Ensino Fundamental incompleto.[23] Então, a escolha das pessoas que serão investigadas, processadas e encarceradas pelo poder punitivo estatal é constituída pelo racismo estrutural[24], que formou e segue conformando a sociedade hodierna.

Destaca-se que a questão do racismo estrutural repercute fortemente nas espécies de violência sofridas pelas mulheres racializadas, posto que, da esfera privada à pública, 61,8% das vítimas de violência doméstica e familiar no país são mulheres pretas e pardas.[25] Aliás, inscrevem-se como as principais vítimas dos crimes de feminicídio. Portanto, integram o sistema de justiça criminal, tanto como vítimas ou rés, quanto como autoras e podem ainda atuar como partes processuais, focos de todo o tipo de discriminação.

A história do controle do corpo feminino atravessa dezenas de séculos, sendo perpassada por múltiplas formas de poder e controles incidentes em sua sexualidade, a definir o seu papel social desde a formação educacional à possibilidade ou não, de ofício, orientando seu comportamento e atividades.[26] Nesse ínterim, o controle social, exercido no âmbito privado, era apoiado nas relações patriarcais de poder, consoante um eixo vertical, existente nas relações familiares entre pai-filha e marido-esposa. Na seara religiosa, as mulheres deveriam seguir os preceitos e cânones cristãos, sendo as consideradas des-

Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

[22] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. SISDEPEN – julho a dezembro de 2020. Brasília, 2020. Disponível em:https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWI5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBlMzg3MGM4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 01 nov. 2023.

[23] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

[24] PEDRINHA, Roberta Duboc. As veias abertas do racimo estruturante do sistema punitivo brasileiro: encarceramento em massa e letalidade. In: NICOLITT, André; SOUTO, Lúcia Regina Florentino; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; DIAS, Pablo; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.) Direitos Humanos, racismo e saúde. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Oswaldo Cruz, no prelo.

[25] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 10 ed. São Paulo: FBSP, 2021.

[26] PEDRINHA, Roberta Duboc. Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

viantes sujeitas à correção e punição, restando inclusive enclausuradas em conventos em estado de penitência.[27] Já aquelas, cujo comportamento transgredia os comportamentos morais no Medievo, chegaram a ser punidas como bruxas, em fogueiras inquisitoriais e, na Modernidade, foram consideradas loucas ou histéricas, por não seguirem os padrões, sendo internadas nos manicômios.[28]

O poder sobre o corpo feminino, então, iniciou-se na punição privada, nas relações domésticas, estruturadas no modelo patriarcal. Posteriormente, encontrou guarida na punição pública e institucionalizada do sistema penal, nova maneira de exercício da autoridade sobre os seus corpos. O sistema punitivo pelo encarceramento passou a gerir novo controle sobre as mulheres transgressoras, as "desviantes" da sociedade. Trata-se de castigo, cujo alicerce situa-se na relação de virilidade e beligerância que advém do patriarcado[29], projetando na mulher o sofrimento duplo no que tange ao domínio acerca de sua vida tanto na esfera privada quanto na dimensão estatal sancionadora.

Inobstante, insere-se ao controle do corpo da mulher racializada um sistema de dominação, forjado na raça e na colonialidade do poder. Afinal, a mulher negra não tinha o domínio de sua liberdade, de sua sexualidade, de seu ventre, de seus filhos, de sua vida. Ficou adstrita ao controle de seu proprietário do Período Colonial ao Imperial, submetida a variadas formas de exploração e discriminação. Logo, depreende-se que essa mulher racializada foi marcada pela desigualdade de gênero, com uma intensidade muito maior do que a mulher branca ao longo de sua vivência, dos tempos idos às permanências da atualidade.

Destaca-se que hoje a mulher negra é o foco da seletividade do sistema punitivo, dos processos de criminalização e penalização. A seletividade é compreendida como a escolha de determinadas pessoas e grupos que serão alcançados pelas agências do controle social, em que a conduta desviante é mero pretexto punitivo. Desse modo, a segregação das mulheres racializadas nas prisões leva, dentre outras consequências, à invisibilização e ao silenciamento, pela intensificação do seu apagamento social e existencial, contribuindo para a perpetuação das mazelas do processo de colonização, com destaque para a sua desumanização. Isso decorre, particularmente, em decorrência da incriminação por drogas que atinge significativa parcela das mulheres apenadas no Brasil.

[27] NUNES, Maria. Freiras no Brasil. In: DEL PRIORI, Mary (Org.). A História das mulheres no Brasil. 10 ed. São Paulo: Contexto, 2020.

[28] PEDRINHA, Roberta Duboc. Sexualidade, Controle Social e Práticas Punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

[29] Em "Micropolítica da Abolição", Sabrina Lasevitch Meneses, tendo como um dos referenciais teóricos a autora inglesa Virginia Woolf, explica a relação que fundamenta a repressão do sistema penal, encarcerador, a conecta ao patriarcado, com a pulsão de morte e o desejo de guerra. MENESES, Sabrina Lasevitch. Micropolítica da abolição: diálogos entre a crítica feminista e o abolicionismo penal. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

21.3 CRIMINALIZAÇÃO E PENALIZAÇÃO DAS MULHERES RACIALIZADAS POR DROGAS NO BRASIL

Cabe salientar que a legislação de drogas se caracteriza como o diploma penal que mais criminaliza e penaliza as mulheres racializadas. De acordo com os dados do SISDEPEN 2020, a população carcerária feminina atualmente é composta por 28.688 mulheres, a maioria negra, jovem e de pouca escolaridade[30], sendo que, deste total, 56,16% encontram-se custodiadas pela Lei n.° 11.343/2006.

Cumpre frisar que a política criminal de drogas confere grande discricionariedade às agências punitivas no tocante à definição e ao enquadramento da ação "desviante", particularmente referente a certos núcleos, como "adquirir", "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "ter em depósito", que remetem à ampla dose de subjetividade na categorização do dolo que alterna entre tráfico e uso. Demanda, respectivamente, entre crime hediondo, com pena de prisão de cinco anos até 18 anos, à oscilação para descarcerização, com pena de advertência à prestação de serviços à comunidade pelo prazo máximo de cinco meses.

Nesse contexto, vale sublinhar dois tipos de criminalização: a primária ocorre quando o legislador não estipula critérios objetivos para a tipificação da conduta; e secundária, na qual as instituições da Polícia Militar, da Polícia Civil, do Ministério Público e do Poder Judiciário atuam concomitantemente, prendendo, indiciando, denunciando e sentenciando pela subsunção da ação ao tipo penal do tráfico de drogas, elencado no art. 33 da supracitada legislação especial. Assinala-se tambe que não há clareza no seu texto, carecendo, portanto, de baliza concreta na determinação do âmbito do dolo que ampare a escolha, eivada de subjetividade e preconceito, ao aferir os comportamentos de tráfico e uso.

Logo, as mulheres racializadas, pertencentes às parcelas empobrecidas da população, moradoras de periferias e favelas, facilmente se tornam clientes das instâncias de controle social, por estarem à margem da sociedade, sem acesso às políticas públicas de educação e saúde, em espaços do rebotalho em que o aparato policial age de forma sistemática na seleção da criminalização. Assim, essas mulheres negras, cujos corpos são considerados inferiores hierarquicamente, restam ainda mais suscetíveis ao processo de estigmatização e penalização por encarceramento, porque consubstanciam-se em alvos preferenciais das agências penais, afinal, é, na população negra, que incide o cárcere e a morte quando se desenha a necropolítica, descrita por Mbembe.[31]

Quanto ao cárcere, vale ressaltar que ele degenera, avilta, degrada, embrutece, segrega, gera desculturação e aculturação, já que há um afastamento dos valores da sociedade e diminuição da autonomia, com a adoção de comportamentos próprios da subcultura

[30] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: SISDEPEN, 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWI5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBMzg3MGM4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 30 out. 2023.

[31] MBEMBE, Achile. Necropolítica. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N.1 Edições, 2018.

do ambiente carcerário pelas internas.[32] Produz desestruturação familiar, pois, com o aprisionamento da mãe, há um distanciamento material e afetivo da genitora em face dos seus filhos, os quais também acabam sendo punidos, em clara violação ao princípio da intranscendência da pena. Como consequência, muitos dos infantes, já sem provedor paterno ou até com a ausência de registro de nascimento paterno, ficam sob a guarda e o cuidado de um membro da família, como avós e tios. Mas, em caso de impossibilidade ou desinteresse, são encaminhados aos abrigos de acolhimento, podendo findar em destituições de pátrio poder ou mesmo no rompimento total do vínculo maternal e familiar.

A situação da mãe racializada encarcerada reproduz o mesmo *modus operandis* do tempo do colonialismo, quando a escravizada sofria com a apartação de seus filhos, quando estes eram tomados à força pelos senhores e vendidos ou quando eram impedidas de amamentá-los, para que se tornassem amas de leite dos filhos das senhoras; e quando não podiam educá-los por conta do trabalho forçado. De maneira semelhante, a prisão acarreta o afastamento da genitora do lar, impede a convivência familiar cotidiana no desenvolvimento da primeira infância de crianças negras pobres.

Acresce-se também a situação das gestante e crianças que se encontram nas unidades prisionais, locais marcados pela insalubridade, condições de absoluta precariedade, falta de higiene, de água potável, com alimentação inadequada, animais vetores na transmissão de doenças e superlotação.[33] Daí, demonstra-se o controle e a subjugação desses menosprezados corpos racializados, das mães aos filhos, desde antes do nascimento, quando ainda da gravidez da mulher apenada, cujas sentenças condenatórias, prolatadas por juízes criminais, revelam-se insensíveis e desproporcionais à gravidade do delito, com penas e regimes rigorosos.[34]

Finalmente, assinala-se que o encarceramento das mulheres negras, a maioria por tráfico de drogas, gera também impactos na maternidade e nos corpos de seus filhos. Em 2020, encontravam-se custodiadas, no Brasil, 208 mulheres gestantes, 44 puérperas e 12.821 mulheres, mães de crianças menores de 12 anos de idade. Deste total, 3.210 são presas não sentenciadas, às quais o Poder Judiciário não permitiu que aguardassem em liberdade, juntamente com os seus filhos, o julgamento das ações criminais.[35] Nesses casos, mulheres negras, presas provisórias, muitas vezes, sofrem com o descumprimento judicial

[32] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
[33] BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Inteiro teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf. Acesso em: 6 jun. 2021.
[34] BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Rio de Janeiro: Coletivo de Estudos Drogas e Direito, 2013. Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/proporcionalidad-brasil.pdf. Acesso em: 4 set. 2023.
[35] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao_criminal2/NOTA%20T%C3%89CNICA%20N%C2%BA%2090.2020.DIAMGE.CGCAP.DIRPP.DEPEN.MJ. Acesso em: 31 out. 2023.

da determinação do STF, concedida no *Habeas Corpus* Coletivo n.° 143.641/2018, que deu ordem para que todas as mulheres mães, com filhos menores de 12 anos ou com deficiência, processadas provisoriamente por crimes sem violência ou grave ameaça (como o tráfico de drogas), cumprissem prisão domiciliar, em atenção à prioridade e à proteção do desenvolvimento da primeira infância de seus filhos.

Contudo, destaca-se que a desigualdade estrutural, a qual permeia a vida das mulheres racializadas, que recebem salários menores, possuem empregos informais, com reduzida escolaridade[36] – consequências do projeto de exploração desde a escravização – funciona como fator para que a criminalização da pobreza seja cada vez mais incidente sobre este grupo subalterno, ainda mais no cenário de desmonte de políticas públicas de acesso e distribuição da renda, espraiadas pelo modelo neoliberal.

21.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em tela demonstra que o colonialismo e a colonialidade erigiram as relações de dominação na sociedade, fixando a desigualdade, o racismo e o machismo, estruturantes da exclusão e exacerbados pelo neoliberalismo, nova fase do capitalismo, agora financeiro, dada à sua plasticidade, amoldando-se das democracias às autocracias. A colonialidade do poder para além do colonialismo encontra-se presente na vivência das mulheres racializadas, apartadas em espaços marginalizados, as quais ainda são foco da incidência dos processos permanentes de estigmatização, criminalização por drogas e penalização por encarceramento.

Nesse diapasão, tendo em vista que uma das formas de operacionalização da seletividade penal se modela pela manutenção dos grupos vulnerabilizados, alijados de políticas públicas[37], necessária se faz uma agenda de fortalecimento do Estado Social e das formas de resistência ao modo capitalista de produção em sua etapa neoliberal, com a fusão do poder político com o financeiro, que oprime os segmentos sociais mais pobres em expansão, não inseridos no mercado, compostos por desempregados e subempregados, pinçados pelas teias do controle social, especialmente, pelo sistema penal.

Diante do panorama da situação da mulher racializada no sistema de justiça criminal, é fundamental pensar em caminhos para a construção e consolidação de diretrizes voltadas ao não-encarceramento dessas mulheres que vivem à margem da sociedade. Daí, a imprescindibilidade da propositura de políticas criminais preventivas e não retributivas, restauradoras e não sancionadoras, minimalistas, garantistas e abolicionistas, apoiadas em

[36] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais: uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira, 2020. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv.98887.pdf Acesso em: 05 dez. 2023.

[37] Lola Aniyar explica que “outra forma primária de criminalizar subterraneamente é através da manutenção da marginalidade social, que priva as grandes massas de sua parcela de direitos humanos individuais e sociais”. CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da libertação. Tradução de Sylvia Moretzsohn. 2 Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 130.

novas resoluções de equacionamento da conflitividade na qual a sociedade encontra-se imersa, visando à redução das desigualdades sociais, raciais e de gênero, pela aposta na inclusão.

Deve-se investigar a condição da mulher encarcerada e, particularmente, levar em conta a interseccionalidade[38], elaborada por Kimberle Crenshaw, que frisa o entrecruzamento entre três categorias: classe, gênero e raça, na percepção do sobrepeso dessas formas de opressões, cuja incidência na mulher negra pobre a coloca na posição de maior vulnerabilidade. Nesse contexto, também, são consideradas as alterações e os acréscimos de Patricia Hill Collins[39] [40] e as relevantes reflexões de Bell Hooks[41], posto que devem ser levados em conta os contributos da luta feminista. Afinal, o enfrentamento à seletividade penal das mulheres negras e pobres precisa ser erigido por um feminismo decolonial, anticapitalista, antipatriarcal e antipunitivista, que rompa com as matizes deixadas pelo colonizador, como indica François Vergès[42],

> o que está em questão é o combate firme à violência policial, da militarização acelerada da sociedade e da concepção de segurança que confia ao Exército, à justiça de classe/raça e à polícia a tarefa de assegurá-la. Essa postura implica a recusa do feminismo do encarceramento, do feminismo punitivo.

Não se pode analisar o fenômeno sancionador que incide sobre esse grupo vulnerabilizado sem contextualizar e problematizar o sistema capitalista, a colonialidade do poder e do ser, a desigualdade estrutural, o racismo estrutural e estruturante do sistema penal, presentes no tecido social, elementos nos quais é forjada a agenda punitivista que alcança os corpos negros. O racismo consubstancia-se em uma das engrenagens que move o sistema capitalista e conforma a divisão racial do trabalho que opera para a ocupação de postos laborais inferiores por homens e mulheres racializados.[43]

O projeto neoliberal, amparado em um modo de economia centrado no lucro como seu fim maior, com o aniquilamento do Estado de bem-estar social, de esfacelamento das políticas públicas de distribuição de riquezas, gera o acirramento do empobrecimento da população, com ênfase na negra e, particularmente, em face da mulher racializada. Esta, em decorrência da miséria, da vulnerabilidade social, da sobreposição de classe, gênero e

[38] AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019.
[39] COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. Interseccionalidade. Tradução de Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2020.
[40] COLLINS, Patricia Hill. Pensamento Feminista Negro. Tradução de Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.
[41] HOOKS, Bell. Teoria Feminista: da margem ao centro. Tradução de Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019.
[42] VERGÈS, Françoise. Um feminismo decolonial. Tradução de Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020, p. 34.
[43] Como assinala Lélia Gonzales, "é nesse sentido que o racismo, enquanto articulação ideológica e conjunto de práticas, denota sua eficácia estrutural na medida em que estabelece uma divisão racial do trabalho e é compartilhada por todas as formações socioeconômicas e multirraciais contemporâneas." RIOS, Flavia; LIMA, Márcia (Orgs.). Lelia Gonzales: Por um feminismo afro-latino-americano – ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 187.

raça, será pinçada pelas agências de controle social para seleção da incidência do modelo penal, posto que todos esses aspectos despontam como fatores para incriminação e sancionamento.

Como assevera Angela Davis, a exploração da mão de obra trabalhadora pela escravização dos negros e a opressão do patriarcado constituem elementos que estão interligados na multiplicidade de violências que, desde tempos idos, recaem na mulher.[44] Aliás, a indústria do encarceramento insere, nesse projeto de exploração, novas formas de habitação para as populações racializadas, com o intuito de encobrir as desigualdades raciais e sociais pela segregação desse grupo de pessoas nas prisões[45], visto que as diretrizes econômicas não permitem política sociais inclusivas que efetivamente reduzam ou eliminem as acentuadas desigualdades.

Logo, o cárcere é *locus* destinado ao outro, percebido como diferente, considerado malfeitor e perigoso. Embora seja uma realidade na sociedade, há um desconhecimento generalizado das pessoas acerca das reais condições de vida que ali se dão, em muito pelo receio de enfrentamento disso.[46] O encarceramento é em uma forma cara de tornar as pessoas piores, coisifica o humano, deforma a personalidade, aniquila a identidade, rompe sociabilidades, corrói laços afetivos, segrega em ambiente hostil e insalubre, obstaculiza a socialização e o que dizer da ressocioalização, produz reincidência, fabrica violência, gera prisonização, forja incapacitação, engendra inocuização, é fator criminógeno, reforça a estigmatização, retroalimenta a seletividade penal, reproduz as desigualdades sociais, raciais e de gênero. Ademais, inscreve, nesse espaço, a mulher negra pobre, fixando-a no lugar da subalternidade e inferioridade.

Nesse mote, importante se faz o ativismo das mulheres e da negritude, conjugando a atuação dos movimentos feminista e negro, ou seja, trazendo a diversidade ou ondas do primeiro. Portanto, contempla o feminismo interseccional, decolonial e negro, para que essas linhas se perfilhem no enfrentamento ao recrudescimento dos discursos penais e ao rigor das políticas segregacionistas, pela cisão com o aumento exponencial do encarceramento feminino das negras pobres, conforme salientado nesta pesquisa.

Por fim, de essencial, faz-se a efetivação de um direito antirracista, antimachista e anticlassista, que debata e refute o racismo estrutural, constitutivo do sistema de justiça criminal, eis que as normas jurídicas e os seus operadores reproduzem as relações de hierarquia, de dominação e de exploração racial, patriarcal e de classe, fatores determinantes dos processos de etiquetamento e encarceramento da mulher racializada.

Por derradeiro, que inclua também, em sua agenda de luta pela igualdade social, de gênero e raça, o antipunitivismo e o não-encarceramento no despontar do horizonte da abolição penal, de desconstrução de práticas e subjetividades inclinadas à repressão e à

[44] DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
[45] DAVIS, Angela. Estarão as prisões obsoletas? Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2020.
[46] DAVIS, Angela. Estarão as prisões obsoletas? Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

sanha panpenalista como resposta aos conflitos sociais. Com esse fim, então, evocam-se políticas criminais descriminalizadoras, descarcerizadoras e despenalizadoras, permitindo o convívio entre mães e filhos, a efetivação dos laços afetivos e a estruturação familiar; além das políticas públicas sociais e inclusivas. Assim ascender-se-á o empoderamento feminino e negro, junto a uma pauta mais libertária e humana em um devir-abolicionista.[47]

[47] Vale conferir acerca dos movimentos feministas e do horizonte abolicionista em Sabrina Lasevitch Meneses. MENESES, Sabrina Lasevitch. Micropolítica da abolição*:* diálogos entre a crítica feminista e o abolicionismo penal. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

22. CRIMINOLOGIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DA MACONHA

Marcia Dinis[1]

RESUMO: O artigo analisa a retomada do julgamento no STF do Recurso Extraordinário n. º 635.659, que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, com foco na descriminalização do porte de maconha para uso pessoal. O texto contextualiza a discussão no campo da Criminologia e a influência de políticas racistas na proibição das drogas. O artigo analisa ainda as posições dos julgadores e a polarização de opiniões sobre a descriminalização na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia; Política de drogas; Maconha.

22.1 INTRODUÇÃO

Em agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, em que foi reconhecida a repercussão geral. O Recurso discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006. Apesar de o dispositivo tratar das condutas relativas aos usuários de drogas ilícitas de modo geral, os Ministros da Suprema Corte, até o momento, restringiram seus votos à possibilidade de total descriminalização do porte de maconha para uso pessoal.

O início da discussão se concentrou nas garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. A criminalização do uso de drogas coloca a liberdade e autonomia individuais em oposição à tutela da saúde pública e ao interesse coletivo, também assegurado pela Constituição da República.

Os Tribunais Constitucionais da Argentina e da Colômbia já decidiram que o tipo penal de posse de droga para consumo pessoal é inconstitucional, e a descriminalização da maconha, uma realidade em diversos países. O Supremo Tribunal Federal analisou a experiência de muitos deles, a fim de buscar uma decisão condizente com a situação brasileira, sem deixar de ponderar suas peculiaridades.

A discussão ganhou contornos criminológicos, ao adentrar na seletividade intrínseca ao sistema de justiça criminal, e foram apresentados dados alarmantes sobre o encarceramento em massa e a letalidade policial, decorrentes da política de drogas atual. Há anos, a Criminologia Crítica denuncia que a política denominada "guerra às drogas", na verdade, é uma guerra contra pessoas negras e pobres e, como bem disse o Ministro Alexandre de Moraes, "a aferição da validade de uma norma não pode ignorar a realidade social por ela atingida, em especial os seus efeitos".[2]

[1] Advogada criminalista. Mestre em criminologia pela UCAM. Presidenta da Comissão de Criminologia do IAB.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Min. Alexandre de

A retomada do julgamento do Recurso Extraordinário, que estava parado há oito anos, se apresenta como um momento para analisar a construção dos discursos criminológicos e as perspectivas proibicionistas acerca da maconha. Dessa maneira, o presente artigo examinará a formação da Criminologia como disciplina autônoma e as motivações por detrás desse saber, assim como a história da proibição da *Cannabis*, com o objetivo de discutir a criminalização de seu consumo.

22.2 BREVE HISTÓRICO DOS ESTUDOS DO FENÔMENO CRIMINAL

A Criminologia sempre se ocupou com os motivos subjacentes aos delitos, e o estudo da questão criminal, em seus primórdios, se centrava em entender a razão pela qual alguns indivíduos praticavam determinadas condutas.

Grande parte dos autores concorda que o paradigma criminológico positivista inaugurou a disciplina. A obra de Cesare Lombroso[3], em que procura indicar quais as características físicas e morais de um criminoso, é amplamente conhecida como uma das primeiras a discutir a questão criminal. A Criminologia seria a observação do ser humano que não se encaixa no meio social e, por sua natureza, seria o "homem delinquente".

Esse pensamento persistiu por longo período e até hoje deixa marcas nos estudos das ciências criminais e no entendimento geral da sociedade sobre o tema. O determinismo levou à construção de um imaginário social sobre a existência de um ser humano anormal, tendente à prática delitiva.[4]

Posteriormente, Enrico Ferri ampliou o escopo da disciplina, ao trazer à tona os aspectos sociais do crime, com a criação da Sociologia Criminal. Embora Ferri ainda se apoiasse em fatores biológicos, passou a incluir, em suas análises, a influência das condições sociológicas, de forma a tratar o crime como fato social.[5]

A Sociologia Criminal de Enrico Ferri, em 1892, foi precursora de uma visão determinista da sociedade, em que se "trabalhou a relevância do impacto de fatores exógenos sobre a conduta do indivíduo para defender que a evolução social, pautada pelo que se entendia por cultura e civilização, resultava em diminuição dos desvios".[6] Argumentava-se que, "quanto mais desenvolvida uma sociedade, menor seria a criminalidade".[7]

As publicações de Niceforo, na virada do século, foram decisivas para rechaçar a

Moraes, 02 de agosto de 2023. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set.2023.

[3] O Homem Delinquente, 1876.

[4] CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

[5] LYRA FILHO, Roberto. Criminalidade e sociedade. Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, Brasília, v. 02, n. 6, 1965. pp. 26-27.

[6] DINIS, Marcia. Em Defesa da Despenalização: Uma análise do Projeto de Lei nº 4540/2021 a partir de Roberto Lyra Filho. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo; SILVA FILHO, José Carlos Moreira; e CARVALHO, Salo (Orgs.). Criminologia Dialética, 50 Anos: um diálogo com o legado de Roberto Lyra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 365.

[7] *Idem, ibidem*.

ideia de evolução linear das sociedades e de que certos locais (e pessoas) seriam mais civilizados que outros.[8] Demonstraram, ainda, três dimensões de influência sobre a prática de crimes:

> a) um quid imutável, e que se refere à proteção das condições elementares de todo o homem, e, portanto, às sociedades humanas em si mesmas, consideradas em abstrato; b) uma segunda parte que se refere às condições de existência de uma sociedade, que prepara, cria e aplica a lei; e c) uma terceira, ainda mais restrita, notando que essas zonas não assumem a mesma extensão através dos tempos e lugares, pois certas vezes se estendem mais umas do que outras.[9]

Os autores citados, considerados pioneiros, pretendiam explicar o fenômeno do crime. No entanto, a gênese da Criminologia não pode ser resumida a uma súbita busca pelo porquê da existência de desvios. Anitua, que se filia a Zaffaroni na atribuição da origem das "hist'órias dos pensamentos criminológicos" na época da Inquisição, trabalha a origem dos conceitos "capitalismo", "Estado" e "soberania", entre outros, como impulsos fundamentais para se pensar a Criminologia a partir do século XIII, na Europa:

> Estado e capitalismo estão intrinsicamente unidos, já que constituem dois aspectos de uma nova forma de exercício do poder, ou melhor, de um novo diagrama no qual poderão ser desenvolvidas e ampliadas formas de exercícios do poder, dos quais o poder punitivo talvez seja o mais importante. A 'soberania' implicava que a autoridade – tanto faz que fosse do rei, do Papa, ou do imperador – podia ditar leis, e não se limitar a aplicar as existentes ou consuetudinárias. Dessa forma, o exercício desse poder de domínio implicava a capacidade de transformar a natureza e as relações sociais.[10]

A urgência, para explicar o fenômeno criminológico, se apresentou em meio à nova forma de organização social. O poder punitivo estatal surgia e carecia de legitimação, e a Criminologia serviria para justificar a punição de determinadas pessoas pelo Estado. Conforme leciona Vera Malaguti Batista:

> A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo.[11]

A Criminologia buscou a etiologia do mal, as raízes do crime e os fundamentos do desvio – tudo para legitimar o poder de punir. "É por isso que todas as definições da criminologia são atos discursivos, atos de poder com efeitos concretos, não são neutros".[12]

A Criminologia Crítica, entretanto, foi a virada de chave epistemológica dessa ciên-

[8] NICEFORO, 1943 apud LYRA FILHO, 1965, *Op. cit*, p. 41.
[9] *Idem*, pp. 41-42.
[10] ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, pp. 37-38.
[11] BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 23.
[12] *Idem*, p. 19.

cia, que passou a identificar a criminalidade como criminalização, explicada por processos seletivos de construção social do comportamento criminoso e de sujeitos criminalizados, como forma de garantir as desigualdades sociais, entre riqueza e poder, das sociedades contemporâneas.

Os estudos, fomentados pelo surgimento de novo paradigma criminológico e fundado no interacionismo e na reação social, tiveram como tese central a Teoria do Etiquetamento (*Labeling Approach*), base fundacional para uma crítica do sistema penal. Desse modo, a Criminologia foi tomada pelos movimentos de descriminalização, despenalização e desencarceramento.[13]

A partir do desenvolvimento da Criminologia Crítica, o pensamento criminológico deixa de lado o crime e o *homo criminalis* e passa a focar-se no "sistema de controle social e suas consequências, bem como no papel exercido pela vítima na relação delitual".[14] O olhar, anteriormente direcionado às características individuais dos criminosos, passa a estar nas reações da sociedade à sua volta. Esse processo se deu por influência dos movimentos sociais da época.

O saber, cuja razão de ser é o estudo da questão criminal, serve para a justificação do exercício do poder na sociedade capitalista. A definição das condutas delitivas também se amolda aos interesses da classe dominante. Portanto, "a criminalização nada mais é do que um instrumento de poder, e o conceito de crime, definido por aqueles que o detêm e pretendem perpetuar o *status quo*".[15]

22.3 A ESCOLHA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

A definição do que configura, ou não, um delito está nas mãos dos responsáveis pela criação das leis: qualquer conduta, dentro da infinitude de ações humanas imagináveis, pode ser considerada criminosa, basta que uma lei entre em vigor.

O uso de substâncias entorpecentes, tão antigo quanto a própria humanidade, é um excelente exemplo. Especialmente no que diz respeito à maconha, o seu uso remonta a séculos a.C.[16]. A criminalização de tal conduta – um costume milenar – tem origem em escolhas políticas segregacionistas.

A primeira proibição legal do uso da maconha no Brasil se fundou no preconceito racial escravocrata. Em 1830, o Município do Rio de Janeiro promulgou a Lei do Pito Pango, uma lei racista que criminalizava a cultura negra, ao reprimir o uso dessa substância por parte dos escravos, com pena de prisão, e apresentava tratamento diferenciado aos vendedores brancos, penalizados com mera multa.[17]

[13] ANITUA, *Op. cit.*, p. 657-658.
[14] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 242.
[15] DINIS, *Op Cit.*, p. 366.
[16] MIKURIYA, Tod H. Marijuana in medicine. California Medicine, São Francisco, v. 1, n. 110, 1969.
[17] BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. Revista Periferia (UERJ), Rio de Janeiro, v. III, n. 2, jul./dez., 2011. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285. Acesso em 09 out. 2023.

O movimento que proíbe o uso de certas substâncias se popularizou nos EUA, no século XIX, pautado em uma cosmovisão cristã e missionária. Os proibicionistas associavam a democracia à sobriedade e queriam eliminar os vícios da população. Assim, foi iniciada a "cruzada da abstinência", que influenciou o modelo de prisões atuais.[18]

Com o passar dos anos, a política de combate às drogas tornadas ilícitas cresceu ainda mais naquele país, tendo em vista a revogação da Lei Seca que "fez com que os esforços proibicionistas pudessem se concentrar, agora, somente no ramo das demais drogas".[19]

O proibicionismo se espalhou pelo mundo, com o apoio dos EUA, que lideraram convenções internacionais sobre o controle de substâncias desde 1912, mediante a Convenção Internacional do Ópio de Xangai. A difusão continuou com os esforços da Liga das Nações e, mais tarde, da ONU que alegadamente adotavam essa política como uma forma de promover o bem comum.[20] Em 1961, foi criada a Convenção Única de Entorpecentes, que padronizou os tratados anteriores sobre o assunto.

A história do proibicionismo nos EUA também é marcada pelo racismo, pois as drogas eram associadas a grupos marginalizados, como negros e imigrantes mexicanos.[21] A repressão às drogas serviu para justificar a discriminação e a violência contra esses grupos. No século XX, o Brasil seguiu esse exemplo e adotou uma política de guerra às drogas mais repressiva com o golpe militar de 1964, o qual contou com o apoio dos EUA.

O período da Regime Militar foi marcado por grande influência norte-americana, inclusive no tratamento dado às drogas consideradas ilícitas. A Convenção Única de Entorpecentes, por exemplo, foi ratificada pelo Brasil após os militares tomarem o poder. A importação das convicções estadunidenses se traduziu especialmente no modelo bélico de repressão às substâncias proibidas. Além disso, a ditadura usou o medo e a segurança nacional como argumentos para endurecer as leis e aumentar a repressão, o que também foi importado dos Estados Unidos.[22]

A estrutura militarizada americana se orientava pela lógica da Guerra Fria, sob o pretexto de defender os interesses nacionais. Na prática, a figura do inimigo nacional construída pela guerra foi atribuída aos indivíduos já malquistos pela sociedade.[23] Por conseguinte, a política de drogas, ao ser tomada pela ideologia da segurança nacional,

[18] VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3 ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 54-55.
[19] *Idem*, p. 161.
[20] "A abordagem da temática por um organismo internacional que, em teoria, visava ao bem comum, ampliou a noção de que o combate às drogas promoveria o bem de toda a sociedade, o que contribuiu para a sua disseminação". IAB. Comissão de Criminologia. Parecer sobre o Substitutivo da Comissão Especial ao Projeto de Lei nº 399/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre marco regulatório da Cannabis spp. no Brasil. Parecer na Indicação, nº 24/2022. Relatores: Ana Heymann Arruti e Ladislau Porto. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/parecer-na-indicacao-n-024-2022-11855. Acesso em 13 out. 2023.
[21] SEMER, Marcelo. Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 93-94.
[22] *Idem*, p. 105.
[23] CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial as razões da descriminalização). Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre, UFSC, 1996, p. 175.

presente nas instituições militares, funcionou como uma continuação da política de segregação racial.[24]

Pesquisadores afirmam que a guerra às drogas nos Estados Unidos foi uma forma de perpetuar a discriminação racial contra os negros, que eram os principais alvos das prisões e das sanções.[25] No Brasil, essa política também atinge principalmente moradores das favelas e das periferias, que são majoritariamente pobres e negros[26], repetindo a tradição da Lei do Pito Pango.

O Estado brasileiro adotou um modelo de política criminal que reproduz as desigualdades sociais e raciais existentes e que não contribui para a solução do problema das drogas, mas, sim, para o seu agravamento. Para Luciano Góes, a escolha dessa política reflete o objetivo de segregar e excluir a população negra e periférica:

> É, portanto, dentro da lógica punitivista antinegra, que nossa 'guerra contra as drogas' mira corpos coisificados de uma 'quase gente', cujo único 'direito' é (ainda) ser violentada, modernizando o genocídio negro sob discursos que envolvem a maconha. Com efeito, é evidente a manipulação dos discursos e punições sobre o uso e comércio da maconha ao longo da história [...].
>
> O extermínio do *outro* evidencia a funcionalidade da identificação racial de ser ou não semelhante (e a quem!), eis que o objetivo da guerra nunca foi, e jamais será, a eliminação das drogas consideradas ilícitas – necessárias e utilizadas amplamente pela branquitude. Dito de outro modo, a conveniente 'guerra às drogas' é manipulada como mero pretexto para a continuidade da nulificação de corpos pretos [...].[27]

Nas palavras do autor, trata-se de uma guerra antinegra, em que "a necropolítica é reformulada como sucedâneo da segurança pública branca".[28] A pretexto da guerra às drogas, a massiva letalidade e o encarceramento da população negra constituem-se em uma "resposta natural(izada), decretada e executada pelas agências policiais que consolidam a 'subcidadania' negra, legalizando o *Direito Penal do autor racialmente construído*" (grifo do autor).[29]

22.4 O PORTE DE MACONHA PARA USO PESSOAL

A Criminologia Crítica constatou que a questão criminal é sempre política, pois depende do exercício de poder daqueles para quem cabe legislar e aplicar as normas penais. Um exemplo disso é a criminalização do porte de maconha para uso pessoal. A primeira norma proibitiva da prática, a Lei do Pito Pango, não deixa dúvidas de se tratar de uma

[24] ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 22.
[25] Idem, *ibidem.*
[26] KARAM, Maria Lucia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, out./dez/, 2013.
[27] GOES, Luciano; Lívia Sant'Anna Vaz e Chiara Ramos (coord.). Direito penal antirracista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 48-50.
[28] *Idem*, p. 45.
[29] *Idem*, p. 48.

forma de controle social sobre determinados grupos e comportamentos – à época, controle sobre a população escravizada.

A política de drogas brasileira se baseia em interesses econômicos, morais e ideológicos, presentes e perpetuados desde o Período Imperial. Embora seja inegável a reformulação da política a partir da ditadura militar, verifica-se uma continuidade em seu propósito: controlar a população negra e mantê-la à margem da sociedade por meio do poder punitivo estatal.

A regulamentação das drogas é incompatível com o Direito Penal, principalmente no que concerne ao uso pessoal. Condutas individuais "não devem ser enfrentadas na seara penal, pois possuem nenhuma ou baixíssima repercussão coletiva e não afetam gravemente o bem jurídico da saúde pública".[30] Ainda que se argumente que a proibição da *Cannabis Sativa* se fundamenta em evidências científicas ou em princípios de saúde pública, outras drogas permitidas, como o álcool e o tabaco, comprovadamente causam danos à saúde.[31] Na verdade, esse tipo de argumento, muitas vezes, ignora que são muitas as conjunturas possíveis, que não se limitam à liberação total ou a proibição total do uso:

> Pensando em termos de possibilidades de modelos de controle, no amplo espectro das opções normativas disponíveis entre os dois polos (proibição total/mercado criminal não regulado e legalização total/mercado legal desregulado), é possível identificar como o melhor cenário, a partir do critério de redução de danos sociais e à saúde, a faixa regulatória denominada 'regulação legal estrita', situada entre a proibição com medidas de redução de danos/descriminalização e a regulação do mercado sujeita a restrições e controles. [...] as políticas relacionadas à Cannabis – antes alinhadas a paradigmas mais repressivos – estão sendo gradualmente flexibilizadas.[32]

Além disso, a ciência demonstra que a maconha possui propriedades terapêuticas e medicinais. Tais avanços despontam na expansão da indústria canábica que, em 2022, já rendia 362,9 milhões de reais no Brasil. A proibição do uso da substância parece não impedir o desenvolvimento do mercado, cuja projeção para 2024 é de movimentar 917,2 milhões.[33]

Nesse contexto, voltou à pauta, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, iniciado em 2011, em que fora reconhecida a repercussão geral[34] e no qual se discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas[35]

[30] IAB, *Op. cit*., p. 19.
[31] BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. Discursos sediciosos, v. 3, n. 5-6, 1998, p. 144.
[32] MARONNA, Cristiano Avila. Lei de Drogas interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 183.
[33] KAYA MIND. Anuário da Cannabis no Brasil 2022: A Regulamentação da Cannabis no Brasil e seus Desdobramentos no Mercado. São Paulo, 2022, p. 116.
[34] Tema 506 de repercussão geral.
[35] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 13 out. 2023.

e a consequente possibilidade de descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal.

No início do julgamento, o Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que "a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário".[36] O voto se estendia à descriminalização do porte para o uso de todas as drogas, uma vez que as escolhas dos indivíduos, no âmbito privado, estão protegidas pela Constituição, desde que não ofensivas a terceiros.

Os Ministros Fachin e Barroso se restringiram ao caso concreto e votaram no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do porte para uso pessoal apenas da maconha. Segundo o Ministro Fachin, diante do princípio da ofensividade e em se tratando de questão de saúde pública, o uso do Direito Penal é inadequado para tutelar o porte de drogas para uso pessoal.[37] O Ministro Barroso, além de ressaltar o fracasso da atual política de drogas, o custo do encarceramento e a privacidade e autonomia do usuário, apontou para o fato de que a ausência de critério objetivo, para diferenciar o traficante do usuário, produz um efeito discriminatório: negros e pobres são traficantes, enquanto brancos e ricos, usuários. Por isso, sugeriu a fixação do porte de até vinte e cinco gramas de maconha como parâmetro objetivo para identificação do usuário.[38]

O julgamento foi retomado em 02 de agosto de 2023, ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes destacou que a Lei n.º 11.343/06 "afastou qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade nas hipóteses tipificadas como porte de drogas para uso próprio", devido à ausência de perigo abstrato. Também reafirmou que a quantidade da substância apreendida pode importar na qualificação do agente como usuário ou traficante a depender de critérios de raça, poder econômico e idade. Ao final, sugeriu ainda critério objetivo para distinção.[39]

No dia 24 do mesmo mês, o Ministro Gilmar Mendes, que antes tinha entendido pela descriminalização de todas as drogas, ajustou o voto para restringi-lo à descriminalização ao porte de maconha.[40]

A Ministra Rosa Weber igualmente votou pela descriminalização do porte de maconha, e o Ministro Cristiano Zanin foi o primeiro a divergir, ao entender pela constituciona-

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Relator Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set. 2023.

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Min. Edson Fachin, 10 de setembro de 2015. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set.2023.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Min. Roberto Barroso, 10 de setembro de 2015. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set. 2023.

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Min. Alexandre de Moraes, 02 de agosto de 2023. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set.2023.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Relator Min. Gilmar Mendes, 24 de agosto de 2023. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set. 2023.

lidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Em sua visão, o dispositivo seria o único parâmetro legal existente para diferenciar usuário de traficante. Sugeriu a fixação de um critério adicional para distinguir as figuras: "[...] a quantia de 25g ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas".[41]

Com cinco votos pela inconstitucionalidade do dispositivo e um voto contrário, o Ministro André Mendonça pediu vista, e o julgamento foi novamente interrompido.

Após as últimas sessões de julgamento, parlamentares se pronunciaram contrariamente à descriminalização, e, entre os argumentos, ressalta-se a alegação de que não cabe ao Supremo a decisão sobre a temática, a qual deveria vir dos representantes eleitos. O Presidente do Senado Federal, inclusive, apresentou Proposta de Emenda Constitucional que visa à criminalização da posse e porte de drogas independentemente da quantidade (PEC n.º 45/2023),[42] sendo esta, portanto, uma tentativa de impedir a descriminalização por meio do Poder Judiciário. A manifestação dos legisladores deixa nítido que a tipificação penal da conduta é uma escolha política.

22.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na retomada do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, ministros do STF trouxeram à tona não apenas questões jurídicas, mas também, políticas e sociais de grande relevância.

Para além dos debates acerca da ponderação das garantias fundamentais à liberdade individual e da preocupação com a saúde pública que estão em conflito aparente, o julgamento trouxe destaque para aspectos criminológicos da criminalização da maconha e de seus efeitos. O debate suscitado na Corte Magna representa uma oportunidade crucial para examinar a construção dos discursos criminológicos e as perspectivas proibicionistas em relação à substância.

Nesse diapasão, há de se conhecer o percurso da Criminologia como disciplina autônoma, desde sua origem na Inquisição, quando buscava encontrar a etiologia do mal, até a Criminologia Crítica, que vê a criminalização como uma construção social, destinada a manter as desigualdades sociais.

A análise histórica da política de drogas no Brasil revela sua origem no preconceito racial escravocrata e sua continuidade ao longo dos séculos, refletindo os interesses dos detentores de poder. A chamada "guerra às drogas" se mostrou, em grande medida, uma guerra antinegra, que perpetua a discriminação racial e social.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 635.659. Min. Cristiano Zanin, 24 de agosto de 2023. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06 set. 2023.

[42] BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n° 45, de 2023. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011. Acesso em 13 out. 2023.

No que diz respeito ao porte de maconha para uso pessoal, o debate no Supremo Tribunal Federal demonstra a complexidade da questão. Argumentos a favor da descriminalização enfatizam a inadequação do uso do Direito Penal para tratar condutas individuais que não afetam gravemente a saúde pública. Além disso, a evidência do crescimento da indústria canábica no Brasil reforça que a proibição do consumo de maconha impacta negativamente a população negra, porém não alcança camadas sociais mais favorecidas.

O julgamento aponta para a necessidade de serem definidos critérios objetivos, com vistas a diferenciar traficantes de usuários, bem como aflora a polarização de opiniões sobre a temática.

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n.º 635.659 despertou grandes discussões sobre a política de drogas, levando em consideração aspectos jurídicos, sociais e criminológicos. Independentemente do resultado, o debate em curso representa um passo importante na avaliação e revisão de políticas públicas que têm impacto significativo na sociedade brasileira.

22.6 REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. 1 ed., São Paulo: Boitempo, 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Revista Periferia (UERJ)**, Rio de Janeiro, V. III, n. 2, jul./dez., 2011. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285. Acesso em 09 out. 2023.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos sediciosos**, v. 3, n. 5-6, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 13 out. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.° 45, de 2023**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011. Acesso em 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 635.659**. Relator Min. Gilmar Mendes, agosto de 2015-agosto de 2023. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acesso em: 06/09/2023.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre, UFSC, 1996.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIS, Marcia. Em Defesa da Despenalização: Uma análise do Projeto de Lei nº 4540/2021 a partir de Roberto Lyra Filho. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo; SILVA FILHO, José Carlos Moreira; e CARVALHO, Salo (Orgs.). **Criminologia Dialética**, 50 Anos: um diálogo com o legado de Roberto Lyra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, pp. 365-382.

GOES, Luciano; VAZ, Lívia Sant'Anna; RAMOS, Chiara (Coords.). **Direito penal antirracista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

IAB. Comissão de Criminologia. **Parecer sobre o Substitutivo da Comissão Especial ao Projeto de Lei nº 399/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre marco regulatório da Cannabis spp. no Brasil**. Parecer na Indicação, nº 24/2022. Relatores: Ana Heymann Arruti e Ladislau Porto. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/parecer-na-indicacao-n-024-2022-11855. Acesso em: 13 out. 2023.

KARAM, Maria Lucia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. R. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, out./dez/, 2013.

KAYA MIND. **Anuário da Cannabis no Brasil 2022**: A Regulamentação da Cannabis no Brasil e seus Desdobramentos no Mercado. São Paulo, 2022.

LYRA FILHO, Roberto. Criminalidade e sociedade. **Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal**, Brasília, v. 02, n. 6, 1965. pp. 26-27.

MARONNA, Cristiano Avila. **Lei de Drogas interpretada na perspectiva da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MIKURIYA, Tod H. Marijuana in medicine. **California Medicine**, São Francisco, v. 1, n. 110, 1969.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3 ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

23. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DO SER HUMANO

Maria Lucia Sales Gyrão[1]

Dedico este artigo a um Brasil Democrático, onde há liberdade para se escrever o que se pensa.

RESUMO: A autora do presente artigo procura fazer questionamentos através de um viés fenomenológico acerca da essência do aborto, chegando pela redução eidética que ele nada mais é do que matar o nascituro. E isto apenas é possível pela ditadura do relativismo que compreende o cancelamento dos direitos humanos que tem por fundamento a vida de qualquer pessoa. Traz neste artigo conceitos médicos referentes ao momento em que a vida do nascituro começa, que é exatamente a partir da concepção, quando então passa a existir um ser vivo com DNA humano único e irrepetível, com características próprias. E, por uma razão de ordem lógica não faz parte do corpo da mãe, pois esta após o aborto ou o parto, fica com todos os seus órgãos intactos, sem qualquer mutilação. Após apresenta uma visão do nosso ordenamento jurídico: Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro e Lei dos Alimentos Gravídicos. Os dispositivos destes Diplomas Legais estabelecem que o nascituro é sujeito de direito, tem capacidade de ser parte e legitimidade ativa, tendo direitos personalíssimos e patrimoniais, direitos adquiridos. Por isto, cria-se uma verdadeira antinomia com a permissão do aborto, salvo na hipótese de salvar a vida da gestante e nunca para satisfazer a sua vontade. Solucionar o caso de uma gravides proveniente de um estupro é preciso pensar em políticas públicas que fomentem a educação sexual, apoio psicológico, como já existem nas casas pró-vidas, espalhando-se pelo Brasil. Há muito o que se fazer em prol da proteção do nascituro e da dignidade da mulher basta começar um trabalho em que esteja presente o amor!

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida do nascituro. Dignidade da mulher. Nascituro sujeito de direito.

23.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O presente artigo sobre o direito à vida e à dignidade do ser humano apresenta questionamentos necessários para o discernimento, a reflexão crítica do fenômeno referente à interrupção da gravidez. Aplicando-se o método fenomenológico, que busca a essência do que é dado, mostrado ao sujeito, no caso, a essência reside exatamente no direito à vida do

[1] Pós-doutora/PUC. Doutora, Mestre em Filosofia/IFCS e Mestre em Ciências Jurídicas/UFRJ. Presidente da Comissão de Filosofia do Direito do IAB.

nascituro. Com isto, deve-se afastar a análise perfunctória, ou seja, a argumentação inverídica, baseada em categorias para proteger somente a mãe, possibilitando-a descartar quem já tem vida própria, vida diversa da sua. E para tal se utilizam de afirmações falsas de que o nascituro faz parte do corpo da mulher, sendo sua propriedade, razão pela qual é detentora do poder arbitrário de determinar a vida ou a morte do mesmo. Esta argumentação não tem o menor cabimento, porque não se está, como se assevera fenomenologicamente no mundo da vida, naquilo que é, mas sim na imaginação daqueles que defendem esta tese sem qualquer lógica da interrupção da gravidez.

Aqui são colocados questionamentos a partir de quem tem o direito sobre a vida de outrem, por quem e a quem foi atribuído tal poder de decidir, de escolher se um ser humano pode viver ou não, porque ele incomoda e se sente repulsa pelas circunstâncias em que foi concebido.

Com toda certeza, somente sob a égide de um regime totalitário, no qual só os perfeitos, inteligentes e também em que há um conjunto de situações autorizativas para que a mãe possa livrar-se de quem tem vida no seu útero, é possível deferir a ela este direito, desprezando totalmente a vida do nascituro. E para se justificar, constrói-se uma fantasia, uma inverdade em sua imaginação, em sua mente, mesmo estando diante de uma vida humana, de que esta nada vale e, por isto mesmo, o destino dela deve ser a morte para agradá-la .

A ditadura do relativismo, a eugenia racial, a seleção genética e o privilégio de somente os perfeitos terem as suas vidas protegidas, parece que se está voltando a ideia da raça pura preconizada pelos regimes totalitários. Atribui-se a uma pessoa matar outra, porque ela a incomoda, a choca emocionalmente e por ser inconveniente. É a cultura da permissão do descartável. Hoje tudo é descartável, é cancelável, pois o direito se fundamenta no ato de satisfazer interesses pessoais, faltando-se com o amor ao ser humano, criando-se exceções ao direito à vida porque, na verdade, está se discriminando quem deve ou não viver. Sob o viés do princípio da proporcionalidade, não há dúvida de que deve prevalecer o princípio da inviolabilidade da vida de uma pessoa totalmente inocente e indefesa.

São esquecidos por completo os direitos humanos já proclamados aos quatro ventos e as passeatas contra qualquer tipo de discriminação de homicídio de seres humanos.

É moralmente correto ser tão egoísta que não se possa sacrificar alguns meses pela vida de um ser humano vivo e heroicamente depois entregá-lo para que alguém cuide dele?

23.2 CONCEITOS MÉDICOS RELATIVOS AO MOMENTO EM QUE A VIDA DO NASCITURO COMEÇA

Na terceira parte desta abordagem são mencionados conceitos médicos e não uma ficção relativa ao momento em que a vida do nascituro começa.

Diante do questionamento acerca do momento em que a vida começa, há que se valer da Medicina e da Bioética que dentre as várias teorias que procuram fixar este mo-

mento é adotada pela esmagadora maioria da comunidade científica que a vida se inicia com a concepção. Hoje, esta mesma maioria de médicos repudia o entendimento de que a vida começa com a nidação (depois que o ovo se implantou na cavidade uterina), tendo em vista que existem pesquisas em torno de que os embriões não precisam estar implantados em útero materno, poder-se-á através de um útero artificial continuar com a vida do embrião. Por esta razão, afirmam que a vida já existia desde a concepção.

A Ciência estabelece que é a partir da concepção, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, que passa a existir um ser vivo com DNA humano único e irrepetível, com características próprias de um ser vivo: unidade, continuidade, autonomia e especificidade. A **unidade** refere-se à individualidade biológica que possui como centro organizador o genoma humano; já a **continuidade** indica que a vida humana tem um marco zero que é a concepção, assim, a vida não se dá por saltos, tampouco por um amontoado de células, mas sim por um desenvolvimento contínuo que já se acha previsto pelo genoma (que é um código genético com toda informação hereditária de um ser e é codificada no DNA – ácido desoxirribonucleico – molécula existente no núcleo das células de todos os seres vivos). A **autonomia**, neste particular, deve-se dizer que é em relação à mãe, não sendo possível a assertiva de que o embrião faz parte do corpo da mãe que é corroborado pelo fato de que, após o aborto ou o parto, a mãe continua com todos os seus órgãos intactos. Ora, se fizesse parte do corpo da mãe, por uma questão de lógica, ela ficaria com alguma mutilação. Na verdade, a mãe apenas abriga e custodia o embrião até o nascimento, quando então a mãe continuará custodiando esta criança que teve como marco zero a concepção. A **especificidade** diz respeito a este ser vivo pertencer à espécie humana.

23.3 VISÃO DO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na quarta parte, uma visão do nosso ordenamento jurídico e da antinomia que ocorrerá, sem dúvida, trazendo a insegurança jurídica para a sociedade, caso se aceite o aborto.

Quando há permissão do aborto por estupro, por anencefalia ou por ser indesejada a gravidez, no nosso sistema jurídico verifica-se a antinomia que é o conflito entre leis e normas em relação aos princípios da inviolabilidade da vida constantes da Constituição, de dispositivos do Código Civil e de outros Diplomas Legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro e da Lei dos Alimentos Gravídicos.

De acordo com o artigo 5º, XLVII da Constituição Federal somente é excepcionado o direito à vida pela previsão da pena de morte. Dessa forma, seria um absurdo aplicar a pena de morte para o nascituro que é um ser indefeso e que não cometeu crime algum. Ao contrário, a vida do nascituro é protegida na Constituição Federal através do seu art. 5º, caput.

Já esta proteção está também no Código Civil em seu art. 2º que estabelece a concepção como marco inicial da vida, pois desde este momento o legislador resguarda os direitos do nascituro que já tem vida própria (e é bom que se diga que quem foi o coordenador do Código Civil foi o douto Miguel Reale, jusfilósofo, de grande cultura).

Neste Código, há uma Parte Geral, Livro l, Das Pessoas, em que se encontram os parâmetros do ordenamento jurídico, onde estão estabelecidas as normas sobre as pessoas, os direitos da personalidade e o nascituro (que compreende o zigoto, o embrião e o feto) para depois serem objeto da Parte Especial. E a razão é simples, porque etimologicamente nascituro é "o que está por nascer". Na Parte Especial do Código Civil são atribuídos ao nascituro direitos a partir de agora citados, por ser sujeito de direito com titularidade jurídica, jamais sendo o nascituro uma coisa.

Basta a leitura da Parte Especial do Código Civil em seu artigo 542 que permite a validade da doação ao nascituro, o que vem provar que seria ilógico doar a quem não tem vida, o mesmo se diga em relação ao artigo 1609, parágrafo único que prevê que o nascituro poderá ser reconhecido como filho, logo é um sujeito de direito que tem vida, de igual forma o estatuído no artigo 1779 que possibilita um curador para o nascituro e isto também só será viável porque é ser humano vivo, aplicando-se a mesma lógica através do disciplinado no artigo 1798, relativamente à vocação hereditária, em que o nascituro é legitimado a suceder como pessoa.

Outro Diploma Legal que estabelece a proteção do nascituro é o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7.

Vale assinalar que há o Projeto de Lei nº 478/2007 que prevê o Estatuto do Nascituro.

São fases da vida do ser humano que acaba culminando em uma criança que não poderia ter nascido sem que tivesse uma causa que é a sua essência. Não existe criança sem fecundação, sem concepção.

E tanto isso é verossímil, que até processualmente encontra-se a possibilidade do nascituro promover uma ação, representado por sua mãe em face de seu pai para garantir-lhe um desenvolvimento sadio, obtendo alimentos e a cobertura de despesas necessárias para a preservação de sua vida (Lei Nº 11.804/2008 que institui alimentos gravídicos, ou seja, o nascituro tem capacidade de ser parte e necessita da mãe apenas para suprir a sua incapacidade processual). Ora, se tem capacidade de ser parte e legitimidade ativa é porque tem vida, pouco importando a fase, o nível de seu desenvolvimento. Nunca uma "coisa" poderia promover uma ação.

O nascituro tem direitos personalíssimos e patrimoniais, sendo direitos adquiridos e não expectativa de direitos. Por tudo isto, a Constituição em seu artigo 5º e os citados artigos do Código Civil não discriminam a fase do desenvolvimento da vida, e sim protegem-na desde o seu início. Assim, a interrupção da gravidez não deve ser admitida, salvo

para salvar a vida da gestante e jamais nas circunstâncias enunciadas pelo legislador: no caso de estupro, de anencefalia e da vontade da gestante, estas duas últimas hipóteses acrescidas pelo STF.

Hoje, através do ácido fólico ministrado à gestante, evita-se a má formação no cérebro do nascituro, o que falta, na verdade, é o pré-natal e políticas públicas para acompanhamento da gestante, que é deixada de lado, principalmente quando é carente de recursos e de instrução.

Há alguns casos em que o anencéfalo viveu entre um ano e meio a dois anos de idade. Diante disso, quem poderia violar esse direito fundamental à vida? O ex-ministro do STF, professor Dr. Eros Grau repudiou não só o aborto de feto anencéfalo, mas também o aborto no primeiro trimestre de gravidez, diante de decisão do STF, asseverando que a lei estipula que é crime, todavia o STF acha e decide que não é.

E o repúdio desse ex-ministro ampara-se no fato de que o nascituro faz parte do gênero humano, existindo uma vida em curso.

Com três meses, que se pretende firmar, já existe dimensão corpórea, psíquica e espiritual, sendo que o sistema nervoso central começa a se formar a partir do vigésimo primeiro dia.

Outra questão em que também se viola o direito fundamental à vida dos embriões humanos reside na utilização de células tronco embrionárias obtidas destes embriões, produzidas por fertilização *in vitro* e que não sendo utilizadas no respectivo procedimento, autoriza a sua destruição.

É inaceitável a utilização de células tronco embrionárias humanas, porque para se obter estas células se mata o embrião humano. Hoje, o uso de células tronco adultas (medula óssea e sangue do cordão umbilical) já tem alcançado resultados comprovados de melhora ou cura de doenças em seres humanos, sendo assim inaceitável matar o embrião humano para obter a cura de tais doenças.

A este respeito, convém ressaltar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos subscrita pelo Brasil em 22 de novembro de 1969, conhecida como “Pacto São José da Costa Rica”, é uma poderosíssima “arma” em defesa dos embriões humanos, tendo o governo brasileiro determinado sua integral observância.

De acordo com anterior entendimento do STF, o conteúdo deste pacto tem status de norma supralegal. Uma lei federal que o viole seria fulminada de inconstitucionalidade.

Mas o que é pessoa? A esta pergunta, a Convenção dá uma resposta cristalina em seu artigo 1º número 2: “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.” A expressão “todo ser humano” engloba o ser humano já nascido, o ser humano em gestação no útero materno, mas também o ser humano originado por fertilização extracorpórea e congelado em nitrogênio líquido. Portanto, se o embrião fertilizado *in vitro* é pessoa (e a Convenção proíbe que se negue sua personalidade), segue-se que sua vida é inviolável. Lamentavelmente este argumento é irrespondível para os abortistas.

Apenas a interrupção da gravidez seria possível para salvar a vida da mãe e não matar o nascituro e, muitas vezes, ocorre que o médico consegue salvar as duas vidas. Este profissional deve salvar vidas e não as matar. O juramento hipocrático é no sentido de que o médico manterá o mais alto respeito pela vida humana, desde a concepção, mesmo sob ameaça.

23.4 CONCLUSÃO

É necessária a aplicação de políticas públicas que fomentem o ensino de educação sexual nas escolas, com esclarecimentos no sentido de ensinar precauções através de reuniões com as crianças, adolescentes e os pais destas. A par disso, é importantíssimo também um apoio psicológico e até mesmo um espaço para que as crianças aprendam a se defender fisicamente de possíveis ataques. Tem-se notícia de que há casas pró-vida em Curitiba, Fortaleza etc, que começam a se espalhar pelo Brasil, exatamente no sentido de desenvolver projetos sociais alternativos para evitar-se o aborto e proteger o direito à vida e à dignidade da mulher.

Quanto às mulheres grávidas por estupro, muitas vezes abaladas, sem condições plenas de decidir e sem qualquer apoio psicológico e governamental, acabam escolhendo o aborto. Além disso, muito se incentiva soluções mais práticas e não humanas, em que se exigiria um maior trabalho por parte do Poder Público. Gasta-se tanto com soluções simplistas, sem pensar que aquela mulher é praticamente uma vítima da sociedade por não existirem políticas públicas, consubstanciadas em uma ajuda financeira, psicológica e uma lei de adoção que preveja uma solução rápida.

É incrível que hoje chega-se a permitir o aborto sem qualquer motivo, sendo incentivado até com o uso da pílula do dia seguinte e do DIU, ambos abortivos.

Quanto à penalização do aborto na Lei Penal, pensamos que a mulher nem sempre mereça ser penalizada, ou se o for, não com uma pena privativa da liberdade, mas com uma pena de prestar serviços comunitários. A pena deverá ser aplicada ao profissional de saúde que realiza o aborto e ao estuprador e também não serem permitidos o uso do DIU e da pílula do dia seguinte, pois aí sim tem-se o aborto de forma sorrateira e silenciosa.

Há muito o que pensar e se questionar a este respeito, pois existe uma total inversão de valores. Chora-se por uma pessoa que morreu com um tiro perdido, mas não se chora pela vida perdida, matada, pela banalidade do mal em que não se defende a vida de um inocente nascituro.

23.5 REFERÊNCIAS

ALVES, Padre Anderson. *Fraternidade, saúde pública e aborto*. Acessado em 12/03/2012. Disponível em: http://tabenet.datasus.gov.br/cgi/tabecgi.exe?sim/cnv/mat1ouf.tef.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 9ª ed. Rev. Modif. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENTO, Luis Antônio. Bioética: *Desafios éticos no debate contemporâneo.* 1ª ed., São Paulo: Paulinas, 2008.

BRASIL, *Novo Código Civil Brasileiro: Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002: Estudo comparativo com o Código Civil de 1916*, Constituição Federal, Legislação codificada e extravagante / obra coletiva de autoria da editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapaí. Prefácio do Professor Miguel Reale, 3ª ed., rev. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, Visão geral do novo código civil.

FONTELES, Cláudio *in* Jornal Folha de São Paulo, 01/03/2008, *A vida é dinamismo essencial inesgotável*.

GRAU, Roberto Heros. Artigo publicado *in* Jornal O Globo, 11/12/2106.

LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins et. alli. *Vida: o primeiro direito da cidadania*. Goiânia: Gráfica e Editora Bandeirante LTDA., 2005.

MAUAD, João Luiz. *O Direito só pode ser achado na lei*. Caderno, opinião. Rio de Janeiro: Jornal O Globo, 13/09/2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Theresa Meirelles. *Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal*. Acessado em 05/10/2017. Disponível em www.lex.com.br/doutrina23883291nasciturotutelajuridicaaluzdaconstituicaofederal.aspx.

Fragmento do juramento hipocrático. *Juramento de Hipócrates*. Acessado em 12/10/2023. Disponível em https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml.

24. O DESCAMINHO, SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA E O TRATAMENTO DÍSPAR DADO PELOS TRIBUNAIS[1]

Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr[2].

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a identidade do descaminho com os crimes tributários e os diferentes tratamentos dados à conduta pelos tribunais. Os seguintes eixos e seus desdobramentos serão discutidos: se é crime formal ou material; se é passível de extinção pelo pagamento; se poderia ser enquadrado no conceito de insignificância e assim afastar a punibilidade do agente; e se a Súmula Vinculante 24 é aplicável à conduta. Dessa forma, o objetivo do artigo é demonstrar que a homogeneização do entendimento adotado nos tribunais depende do estabelecimento de uma uniformidade conceitual para o tipo penal em exame. A hipótese é a de que, se há identidade com os crimes tributários materiais, o tratamento deve ser idêntico, em nome da estabilidade jurídica e da unidade do sistema, o que não tem ocorrido. A questão tem relevância regulatória, haja vista a insegurança gerada pela dissonância de entendimento, o que compromete os princípios da razoabilidade e da economia processual, potencializando litígios e sobrecarregando o Judiciário. O exame da questão será feito a partir de uma abordagem teórica, discorrendo sobre a doutrina e a jurisprudência atinentes à questão.

PALAVRAS-CHAVE: Penal; Ilícitos tributários; Descaminho; Independência dos poderes, Regulação.

24.1 INTRODUÇÃO

O Judiciário tem exarado decisões incongruentes acerca do crime de descaminho, revelando uma volatilidade que compromete a esperada segurança jurídica, fator de estabilidade do Estado de Direito. A diversidade de tratamento para questões de idêntica natureza é causa de incertezas para a sociedade, além de fator de aumento de litígios, gerando maior demanda sobre os tribunais. A oscilação contraria os princípios da razoabilidade e da economia processual que devem reger a atuação dos órgãos jurisdicionais.

[1] O autor agradece ao professor Thiago Bottino pelas inestimáveis orientações que me foram dadas para a preparação do texto, bem como pelas contribuições teóricas feitas pelos colegas do doutorado em Direito da FGV-Rio. Sem esse apoio, o presente artigo não seria possível. Ressalvando que eventuais equívocos que tenham permanecido são de minha inteira responsabilidade.

[2] Doutorando em Direito da Regulação FGV-Rio, é mestre em Filosofia pela PUC-Rio, onde também se graduou em Direito e Jornalismo. Possui pós-graduações em nível de especialização em Economia (Análise de Conjuntura) pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e em Direito Empresarial (ênfase em Direito Tributário) pela FGV-Rio. É membro do Instituto dos Advogados Brasileiro – IAB, no qual integra as comissões permanentes de Direito Financeiro e Tributário, de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, de Direito da Infraestrutura e de Filosofia do Direito. É autor de "Brasil, tão bom quanto o nosso voto – ensaios e artigos sobre Estado, governo e sociedade" (Ed. Autor, 2008) e de "Política e direito na filosofia convergente de Norberto Bobbio" (Publit, 2018). É sócio fundador do Ferreira de Mello Advocacia e da Meta Consultoria e Comunicação.

Bugarian e Meneguim[3] lembram que o funcionamento das instituições, o que abrange o Judiciário, deve ser perfeitamente coordenado de forma a permitir o seu eficiente desempenho. Em outras palavras, a heterogeneidade de posições, emanadas pelos órgãos judiciais no que tange a uma mesma matéria e a um mesmo bem jurídico, é potencial causa de sua disfunção.

A imprevisibilidade em torno de matérias tributárias tem impacto particularmente negativo. Dadas as suas características intrínsecas, a área tributária é a que tem maior repercussão para a Administração Fazendária. Da atividade arrecadatória, depende a implementação das políticas públicas e dos serviços que cabem ao Estado.

O descaminho está previsto no art. 334 do Código Penal, topograficamente localizado no Capítulo II, Título XI, Dos Crimes contra a Administração em Geral, mas seu conteúdo e objeto têm plena identidade com as condutas tipificadas no art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137 de 1990, do rol dos crimes materiais tributários *stricto sensu*.

A sua classificação, como crime de caráter tributário, é há muito aceita pela doutrina, e isto se deve ao fato de proteger os mesmos bens jurídicos: o Erário, a arrecadação, a Administração Fazendária. Nas palavras de Baltazar Júnior, trata-se de uma "infração tributária aduaneira", distinguindo-se dos crimes tributários em geral, em função de sua especificidade, que reside na sonegação do tributo devido em operações de importação e exportação de mercadorias. Ainda, conforme o autor, é o "mais antigo crime contra a ordem tributária".[4]

Em que pese a regularidade doutrinária, a abordagem, adotada pelos tribunais para o descaminho, é oscilante. Vejamos:

> Embora o descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a administração pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma inserta no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público – diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas e fraudulentas. Cuida-se, ademais, de crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. [...] STJ, HC 265.706, relator ministro Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma, DJ 10/06/2013.

No ano seguinte, na mesma turma, uma decisão em sentido oposto:

> [...] O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal.

[3] BUGARIAN, Maurício S.; MENEGUIM, Fernando. A Regulação Ótima e a atuação do Judiciário: uma aplicação da Teoria dos Jogos. Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Jurídica – Senado Federal, *n.º 160, novembro de 2014.*

[4] BALTAZAR JR., Crimes Federais. 11 ed., segunda tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 353.

Precedente da 5ª Turma do STJ e do STF. STJ, HC 27.028, relatora ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 02/09/2014.

As decisões díspares relacionam-se frequentemente à aplicação da Súmula Vinculante 24 (SV-24) do Supremo Tribunal Federal, segunda a qual "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". Isso faz com que o entendimento acerca da natureza do descaminho, se crime formal ou material (ou seja, que exige o resultado), tenha relevância para o exame da matéria. Se a conduta guarda identidade com os crimes elencados no art.1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137, o razoável seria que a ele fosse dado pelos tribunais tratamento idêntico.

O crédito tributário exigível pelo Fisco só é constituído após o lançamento, ato vinculado da Administração Fazendária, conforme dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN). À luz da lei e da SV-24, os tribunais, em grande parte dos julgados, afastam a persecução penal para o descaminho antes de findo o processo administrativo, considerando-o crime material. Em outras palavras, a materialidade típica do crime fiscal fica condicionada à constituição administrativa do crédito tributário, via lançamento.

O art. 83 da Lei *n.º* 9.430 de 1996 estabelece que a representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária, será encaminhada ao Ministério Público, após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. O dispositivo refere-se especificamente aos artigos 1.º e 2.º da Lei *n.º* 8.137 de 1990 e 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação previdenciária) do Código Penal.

Por ter a mesma natureza das condutas previstas no art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137, o descaminho receberia o tratamento de crime material contra a ordem tributária, impondo-se, assim, a conclusão do processo administrativo para a propositura de ação penal. É oportuno lembrar que o STF considerou constitucional o art. 83 da Lei *n.º* 9.430, ao julgar ADI 4.980/2022, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR).

Quando os tribunais reconhecem o descaminho como crime tributário, porém, de natureza formal (não exigindo o resultado), afastam a exigência de conclusão do processo administrativo e o correspondente lançamento para o ajuizamento da ação penal pela PGR. Em sentido oposto, reconhecendo a conduta como material, determinam que o processo fiscal seja concluído para que a esfera penal seja acionada. O entendimento da jurisprudência está longe de ser uniforme e pacificado, violentando a unidade sistêmica.

Assim, o que o presente artigo pretende demonstrar é que o descaminho tem clara identidade com os crimes tributários, em especial, os relacionados no art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137/1990. A doutrina e o próprio legislador penal, como veremos no tópico a seguir, reconhecem essa identidade, embora a conduta figure, no Código Penal, entre os crimes contra a administração em geral. Portanto, o razoável seria que os Tribunais Superiores uniformizassem o tratamento que lhe é dado, em nome da previsibilidade e da segurança jurídica.

Uma nova redação para a Súmula Vinculante 24 contribuiria para pacificar a questão, evitando as decisões díspares e incongruentes. A nova redação deveria incluir não apenas o descaminho, como também a apropriação indébita previdenciária e a sonegação fiscal previdenciária, tendo em vista o disposto no art. art. 83 da Lei *n.º* 9.430. Uma proposta de nova redação para a SV-24 será apresentada no tópico "II.d" do presente artigo.

O presente trabalho discorrerá, por conseguinte, sobre alguns desses julgados, revelando a sua disparidade. Trará, também, para o exame da questão, o entendimento da doutrina sobre o descaminho e os crimes tributários. Analisará, em tópicos específicos, como é entendido o descaminho do ponto de vista de sua natureza (se formal ou material), bem como se lhe é aplicável a extinção da punibilidade, o princípio da insignificância e, claro, a SV-24.

24.2 OS ILÍCITOS TRIBUTÁRIOS E O TRATAMENTO PENAL E ADMINISTRATIVO PARA O DESCAMINHO

Há 19 modalidades de crimes tributários, alguns previstos em lei específica, outros, tipificados no Código Penal, de acordo com Bottino.[5] No descaminho (CP, art. 334), o bem jurídico tutelado é a arrecadação, o Erário, a Fazenda Pública nacional, a exemplo do que acontece nos tipos tributários por excelência, previstos na Lei *n.º* 8.137 de 1990. A conduta tem ainda um caráter extrafiscal, de proteção à indústria nacional contra a concorrência estrangeira.

Assinala-se que o descaminho foi o primeiro crime contra o Fisco previsto em ordenamento pátrio (Henrique Duek).[6] O Código Penal do Império (1830) o tipificou junto com o contrabando no Título IV, dos Crimes contra o Tesouro e Propriedade Pública (Capítulo III), visto que o bem, a ser protegido, era o Erário. Foi expresso sob a rubrica de "contrabando", a exemplo do que fazia o Código Penal vigente, até o advento da Lei *n.º* 13.008, de 2014:

> Art. 117 – Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação ou exportação. Pena – perda das mercadorias e gêneros e multa igual ao valor deles.

Historicamente, a classificação vinha sendo respeitada. Por ter o descaminho identidade com os crimes tributários, no que diz respeito aos aspectos relativos à objetividade jurídica, à construção do próprio tipo e à sua natureza material, foi inserido no rol dos ilícitos contra a Fazenda Pública, porém, mesclado ao contrabando. No Código Penal de 1890 (República), a conduta aparece prevista no art. 265, de forma muito semelhante ao diploma do Império, mas já, com previsão de pena privativa de liberdade:

[5] BOTTINO, Thiago. A Súmula vinculante vincula? Um estudo da Súmula vinculante 24. Reflexos Penais da Regulação, Volume II (FGV-Rio). Porto/Portugal: Juruá, 2018.

[6] HENRIQUE DUEK, Orlando. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 23, n. 113, pp. 389-407, 2015.*

> Importar ou exportar gêneros e mercadorias proibidas; evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e o consumo das mercadorias; e, por qualquer modo, iludir ou defraudar este pagamento. Pena – prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais.

Na Consolidação das Leis Penais de 1932, a classificação conceitual e localização topográfica do descaminho espelhou a do Código anterior, com idêntico teor, repetindo o art. 265 (Crimes contra a Fazenda Pública), e cominando penas idênticas. Já, no Código Penal de 1940, a conduta foi estabelecida juntamente com o contrabando entre os crimes contra a Administração Pública, e não mais contra a Fazenda, com previsão no art. 334:

> Importar ou exportar mercadoria proibida [*contrabando*], ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria [*descaminho*]. Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (grifos nossos)

A Lei *n.º* 13.008 de 2014 deu nova redação ao Código Penal, separando o descaminho do contrabando, este deslocado para o art. 334-A, mas o mantendo, como referido de início, no Capítulo II, do Título XI, "Dos Crimes contra a Administração em Geral".

> Código Penal, art. 334 – Descaminho: Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos
>
> A conduta tem identidade material e de objeto com o art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137 de 1990 que assim dispõem:
>
> Art. 1º (redação pela Lei *nº* 9.964/2000) – Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributos, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – omitir informação, ou apresentar informação falsa à Fazenda Nacional; omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
>
> II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
>
> III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
>
> IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
>
> V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

O art. 3.º do Código Tributário Nacional dispõe que "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Para que a Fazenda Pública possa pleitear a cobrança de qualquer recolhimento, impondo uma obrigação ao contribuinte, é preciso que a atividade objeto do Fisco se encaixe em uma das hipóteses de fatos geradores do crédito tributário.

A produção, comercialização e circulação de mercadorias e serviços constituem fatos geradores, obrigando o contribuinte ao recolhimento do tributo devido. O crime de descaminho se caracteriza por uma dissimulação pela qual o agente se abstém de pagar impostos que seriam obrigatórios, porque são relativos à entrada, saída ou consumo de produtos no país.

A independência entre os poderes tem significado relevante para o Estado Democrático de Direito, razão pela qual o princípio aparece insculpido logo de início no texto constitucional (Art. 2.º da CF). Para efeito de análise de condutas que podem, ao mesmo tempo, ser objeto das esferas penal ou cível e de instâncias administrativas, tal princípio reveste-se igualmente de grande importância. O descaminho, por ser uma infração fiscal, é um ilícito penal. Em que momento cada instância deve e pode agir ganha significado no presente debate.

Nos termos da Portaria *n.º 199/2022 da Receita Federal, a autoridade fiscal deve levar ao conhecimento do Ministério Público o fato que, em tese, configure crime para providências na esfera penal. Nas palavras de Simões*[7]*, o "instrumento de comunicação entre Receita e MP" é a representação fiscal para fins penais, que deverá ser apresentada "ao término do processo administrativo ou quando constatado que o sujeito passivo da obrigação tributária não recolheu aos cofres públicos os valores devidos dentro do prazo legal".*

O que constitui, pois, a justa causa para a ação penal quanto ao ilícito de natureza tributária, e aí, em tese, incluído o descaminho, é o inadimplemento do recolhimento dos valores devidos ao Fisco no término do processo administrativo, sem que o contribuinte tenha cumprido a sua obrigação. Considerando o Direito Penal a *ultima ratio* do ordenamento, se a tutela administrativa puder agir, não caberá a persecução penal.

Como referido de início, o exame da jurisprudência expõe um desalinho entre os entendimentos que o Judiciário adota para resolver conflitos que envolvem o tipo penal em tela. A divergência de tratamento é ensejadora de insegurança jurídica e está na contramão dos princípios da economia processual e da razoabilidade, sendo um potencial fator de disfuncionalidade do ordenamento.

O tratamento jurisprudencial, distinto para situações idênticas relacionadas ao descaminho, se evidencia em face de quatro questões a serem tratadas nos tópicos subsequentes: se é crime formal ou material; se o pagamento do débito extingue a punibilidade; se é aplicável o conceito de insignificância para a conduta; e se é cabível a Súmula Vinculante 24.

24.2.1 Crime formal ou material?

A Súmula Vinculante 24 de 2009 do STF consolidou o entendimento que vinha sendo adotado por grande parte dos tribunais, ou seja, de que os crimes, previstos no art. 1.º

[7] SIMÕES, Mauro. Crime previdenciário e decisão definitiva na esfera administrativa. Conjur, 07 de maio de 2022.

da Lei n.º 8.137, são de natureza material, como se depreende da leitura do HC 89.739/PB/STF de 24 de junho de 2008, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso:

> Ação penal. Crimes contra a ordem tributária ou crimes tributários. Art. 1º, inciso I e II da Lei 8.137/1990. Delitos materiais e de resultado, que é o de suprimir ou reduzir tributos (*caput* do art. 1º). Procedimento administrativo não encerrado. Lançamento não definitivo. Delitos ainda não tipificados. Extinção do processo quanto à imputação correspondente. HC concedido, em parte, para este fim. *Crime material contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo devido*. [*grifo nosso*]

Reforçando a tese de conduta material:

> O crime contra a ordem tributária é crime material e não crime formal. Portanto, só se consome quando o lançamento não mais for passível de alteração. Somente após o fim do processo administrativo é que o contribuinte poderá valer-se do pagamento do tributo e extinguir a punibilidade. (STF, HC 81.611).

A despeito da inequívoca identidade entre o descaminho e os delitos tributários previstos nos incisos de I a V do art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990, porque ambos são da mesma natureza, já que resultam em sonegação fiscal por meio de artifício operado pelo agente e protegem os mesmos bens jurídicos (a arrecadação e o Erário), os Tribunais Superiores aplicam regras distintas, de forma oscilante.

Reconhecendo a identidade do descaminho, temos o Superior Tribunal de Justiça (STJ) o considerando também um crime material em diferentes julgados, como no caso do HC 265.706 de 2013, transcrito na "Introdução" do presente artigo, ou ainda nos julgamentos dos *Habeas Corpus* n.º 48.805/2007 e n.º 109.205/2008: "Processo administrativo-fiscal. O descaminho se identifica com o crime contra a Ordem Tributária".

Ainda:

> Na pendência de processo administrativo no qual se discute a exigibilidade de débito fiscal, não há de se falar em procedimento penal. Recurso ordinário provido para se extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a ação penal. RHC 25.228. STJ, 6ª Turma, ministro Nilson Naves. (DJe 08/02/2010).

Em sentido contrário, ao ser considerado um crime formal, o que de pleno afasta o exaurimento da via administrativa para a persecução penal, temos, como exemplo, o *HC n.º 270.285/RS/2014:*

> O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito. Trata-se, portanto, de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal. Precedente da Quinta Turma do STJ e do STF (5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Acórdão em 28/10/2014).

A oscilação das decisões do STJ decorre, em nosso entendimento, do não reconhecimento da classificação que a doutrina atribui ao tipo em questão, ou seja, de crime contra a

ordem tributária. Guardando total semelhança material e de objeto com os crimes, previstos nos incisos do art. 1º da Lei n.º 8.137 de 1990, o descaminho apresenta-se como uma conduta eminentemente material.

Resulta de uma deliberada ação do agente, visando a se desonerar de recolher aos cofres públicos recursos, oriundos de uma operação que dá causa a fato gerador típico de incidência tributária. Entretanto, a exemplo do tratamento dado aos incisos do art. 1.º da Lei n.º 8.137, não basta haver a ilusão e o artifício, é preciso também que ocorra efetiva sonegação, ou o efetivo dano, comprovado pelo lançamento.

Sendo crime material e o procedimento administrativo não estando concluído, não há lançamento definitivo, e, assim, o delito ainda não está tipificado. Se essa abordagem vale para os crimes elencados no art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990, deve valer para o descaminho, dada a inegável identidade entre as condutas.

O crédito tributário, confirmado pelo lançamento, constitui elemento essencial do tipo, bem como a condição objetiva da punibilidade. Não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade seja verificada. A decisão final do procedimento administrativo sobre a existência do crédito tributário é o fato externo que complementa o elemento do tipo no caso dos delitos tributários materiais.

Ganha relevo aqui a questão da independência das esferas administrativa e criminal e o entendimento de que o Direito Penal opera quando falham os outros mecanismos de controle, em especial, o Administrativo.

Dessa forma, o crime de descaminho é, na essência, um crime contra a Fazenda Pública, devendo, portanto, ter tratamento idêntico e ser submetido as mesmas regras dos demais crimes materiais tributários.

24.2.2 A extinção da punibilidade

A extinção da punibilidade em condutas lesivas a bens jurídicos de natureza econômica configura um instituto, assentado no ordenamento pátrio. Ríos[8] lembra que, dentre os dispositivos que o consagram expressamente, estão o art. 34 da Lei *n.º* 9.249 de 1995, que concede a extinção para os crimes fiscais, mediante o pagamento do débito.

A referida Lei estabelece que a punibilidade é afastada, desde que o pagamento seja feito antes do oferecimento da denúncia criminal. No entanto, o fato é que a jurisprudência já firmou entendimento de que o adimplemento, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória, é causa de extinção da punibilidade. A razão para isso é que a Lei *n.º 10.684, de 2003, que estabeleceu o Programa de Refinanciamento de Dívidas Fiscais (Refis), não fixou o limite temporal dentro do qual o pagamento da obrigação tributária e de seus acessórios daria causa à extinção da punibilidade. Diante disso, os tribunais passaram a aceitar o pagamento a qualquer tempo para conceder o benefício.*

[8] RÍOS, Rodrigo Sánchez. Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 14.

O art. 9.º da Lei *n.º 10.684, de 2003 previu a suspensão da pretensão punitiva do Estado durante o período em que o contribuinte estiver incluído no parcelamento, não apenas para os tipos previstos nos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137 de 1990, como também para os artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação previdenciária) do Código Penal. Outras* condutas delitivas, prejudiciais ao Erário, recebem o benefício da extinção da punibilidade e pela mesma razão que é estimular o recolhimento do crédito fiscal, preservando a arrecadação.

A prática legislativa, no que concerne aos delitos de natureza econômica, está claramente voltada para um incremento de instrumentos jurídico-criminais de caráter reparadores, visando a excluir ou reduzir a imposição efetiva das consequências judiciais da conduta tipificada como ilícita.

Emerge, de forma clara nessa questão, a preocupação do legislador em preservar a arrecadação e o equilíbrio financeiro da Fazenda Pública, valorizando mais esse aspecto do que a condenação moral, representada pela consecução de uma prática delituosa que mereça, de forma pedagógica, a reprovação da sociedade.

Abstratamente, a punibilidade reside na pretensão punitiva estatal. Mas pode haver crimes sem punição, em virtude das exceções previstas na própria legislação. Essa percepção ganha relevância, se considerarmos o Direito Penal como *ultima ratio* do ordenamento. Nesse sentido, conforme as palavras de Ferrajoli, citadas por Ríos, o "direito penal deverá intervir o mínimo possível, para garantir o máximo de liberdade".[9] Estamos, pois, aqui diante do princípio da intervenção mínima.

Nesse aspecto, é preciso ressaltar que a lei penal é voltada igualmente para estimular comportamentos pós-delitivos, tendentes a resguardar determinados bens jurídicos e, no caso em tela, a arrecadação e o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. Afirma Ríos:

> Ao reparar voluntariamente o dano – antes de o início dos procedimentos investigatórios – o agente reconhece a vigência da norma perante a comunidade, e a prática deste ato demonstra o seu retorno à legalidade (âmbito de prevenção especial). Portanto, a reparação não pode ser confundida com a responsabilidade civil *ex delict*. [...][10]

Se o agente (contribuinte) pagar o débito ou pedir o seu parcelamento, ocorrerá a extinção da punibilidade. Como referido, essas possibilidades encontram-se reguladas, respectivamente, pelo art. 34 da Lei *n.º* 9.249 de 1995 que prevê a extinção da punibilidade, mediante o pagamento do tributo devido, e pelo artigo art. 9.º, parágrafos 1.º e 2.º da Lei *n.º* 10.684 de 2003 que dispõem sobre o parcelamento de débitos à Secretaria da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), conforme as Leis abaixo.

Lei *n.º* 9.249 de 1995, art. 34:

[9] *Op. Cit.*., p. 32.
[10] *Op. Cit.*., p. 53.

> Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Lei *n.º* 10.684 de 2003, art. 9.º e parágrafos:

> É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.
>
> § 1o A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2o Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

O disposto no parágrafo 2.º do art. 9.º da Lei *n.º* 10.684, como vemos, ampliou o benefício previsto inicialmente, de forma condicional, pelo *caput* do art. 34 da Lei *n.º* 9.249. A extinção da punibilidade, mediante quitação do débito pelo contribuinte, extingue a punibilidade a qualquer tempo e não mais apenas antes do oferecimento da denúncia.

Scaranello[11] lembra que, no estímulo ao pagamento para a extinção da punibilidade, "o bem jurídico a ser protegido é a ordem tributária" como um todo, "assim entendida como o patrimônio da fazenda pública, compreendido por seus ingressos e gastos".

De acordo com a autora, a jurisprudência também vem adotando a posição de que basta o adimplemento do tributo, seja pela extinção natural da obrigação tributária (pagamento), ou por adesão ao parcelamento (Refis), para afastar a punibilidade, desde que sejam cumpridas todas as parcelas assumidas pelo contribuinte.

Conforme vimos acima, o descaminho não figura expressamente nos diplomas que concedem os benefícios da extinção da punibilidade e da suspensão da pretensão punitiva do Estado. Porém, em grande parte dos julgados, os Tribunais Superiores, reconhecendo o descaminho como crime fiscal, admitem a extinção da punibilidade do agente pelo pagamento do crédito. *Senão, vejamos novamente:*

> *Embora se encontre topograficamente na parte destinada pelo legislador penal aos delitos praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma inserte do art. 334 do CP procura proteger é o erário público – diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Cuide-se, ademais, de crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, mostra-se possível a extinção da punibilidade pelo delito de descaminho, ante o pagamento do imposto devido, nos termos do que disciplinam os artigos 34, caput, da Lei nº 9.242 de 1995, 9º,*

[11] SCARANELLO, Tatiana. Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária na atual conjuntura da jurisprudência pátria. MSJ, 2020.

> *parágrafo 2º, da Lei nº 10.684 de 2003, e 83, parágrafo 4º, da Lei 9.430 de 1996, com redação pela Lei nº 12.382 de 2011. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. HC 265.706/RS, Ministro Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma do STJ. (DJ 10/06/2013). (grifo nosso)*

Se o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento, temos a aplicação do princípio da intervenção mínima da esfera penal no que tocante às infrações tributárias, ainda que estas possam representar, igualmente, uma conduta passível de punição criminal. Como ressalta Scaranello, "a norma penal é a última possibilidade do julgador".[12]

Isso significa que, a rigor, o adimplemento do tributo (pagamento do crédito ao Fisco) implica a extinção natural da obrigação tributária. Por sua vez, o parcelamento, por adesão a um dos institutos previstos em Lei, notadamente o Refis (*Lei n.º 9.164/2000 e sucedâneas), é causa de suspensão da exigibilidade do crédito, enquanto (e somente se) o contribuinte pagar todas as parcelas assumidas.*

Logo, temos que a finalidade primeira da legislação tributária não é a privação da liberdade do agente, mas, sim, fazer com que ele cumpra com as suas obrigações perante a Fazenda Pública, contribuindo para a preservação da arrecadação. Não haveria, dessa forma, razão para os tribunais darem tratamento distinto ao descaminho, haja vista ter essa conduta, como vimos, identidade com os ilícitos tributários.

Em que pese as posições díspares quanto à extinção da punibilidade para o descaminho terem avançado no tempo, a sua aplicação pela jurisprudência dos Tribunais Superiores não é recente, e justamente, devido à sua identidade com os crimes tributários, como evidencia o enunciado do HC 48.805 de 26 de junho de 2007:

> Processo penal. Habeas corpus. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da *nº* Lei n 9.249/95. *Ubi eadem ratio ibi idem ius*. 1. *Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral*. 2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade. 3. Ordem concedida. (STJ/*HC 48.805, 6ª Turma, ministra relatora Maria T. Moura 26/06/2007)*. (grifo nosso)

No enunciado acima, cabe salientar, paralelamente, a coerência em relação ao reconhecimento do descaminho como crime tributário, a incoerência revelada pelo tribunal sobre aplicação da condição para a extinção da punibilidade (antes do oferecimento da denúncia por crime fiscal), não mais exigível, por força do disposto no parágrafo 2.º do art. 9.º da Lei *n.º* 10.684 de 2003, conforme mencionado anteriormente.

Por fim, é oportuno lembrar que o parcelamento dos tributos, decorrentes do descaminho no âmbito de um processo administrativo, tem o condão de suspender a prescrição, tendo em vista o posterior ajuizamento pela Fazenda de Ação Penal, em caso de inadimplemento, em consonância com o parágrafo segundo do art. 9.º da Lei em comento.

[12] *Op. Cit..*, p. 2.

24.2.3 A aplicação do conceito de insignificância

O princípio da insignificância não tem previsão expressa constitucional ou infraconstitucional no ordenamento pátrio, mas é amplamente aceito pela doutrina e aplicado pelos tribunais. No entendimento de Santos[13], "[...] é uma construção dogmática que visa a solucionar injustiças referentes à ação e à sanção aplicáveis. Aproxima o direito penal da realidade social".

Age, consequentemente, para reduzir os excessos de tipificação. Em outras palavras, tem o intuito de excluir ou afastar a própria tipicidade criminal diante de ofensas que representam valores ínfimos. Para tanto, não estabelece o ato praticado como crime. Isso significa que a aplicação do princípio ensejará a absolvição do agente e não apenas a diminuição ou substituição da pena. O seu reconhecimento, conforme julgados do Supremo, afeta a tipicidade do ponto de vista material (Ex: STF, HC 108.946, Ministra Relatora Carmem Lúcia, 1ª Turma, 22/11/2011).

A rigor, a conduta objeto do princípio da insignificância é típica, ilícita e culpável, porém, tendo em vista o seu pequeno valor, ou seja, a pequena ofensa no que concerne à sua natureza econômica, a sanção criminal será afastada. Vale para o pequeno dano ao patrimônio da vítima, o que se aplica não apenas a particulares, como à Fazenda Pública. Baltazar Júnior acrescenta que o princípio da insignificância tem como fundamento o fato de a tipicidade não se esgotar "na mera adequação formal do fato à norma", ou seja, "exige-se um mínimo de lesão ao bem jurídico protegido".[14]

Farias e Aranha Neto[15] lembram que originalmente o critério norteador para a adoção do princípio era apenas uma circunstância genérica, no sentido de que o valor seria irrelevante para a Administração Pública. Ou seja, ainda que houvesse adequação formal ao tipo, "o direito penal só seria chamado a atuar, caso o desfalque ao patrimônio público fosse considerado suficientemente relevante".

Ainda, segundo os autores, em relação à esfera fiscal, critérios mais objetivos e seguros foram surgindo quando a Administração Tributária passou a editar normas que comprovassem o desinteresse do Estado em cobrar pequenos valores. Se os valores objeto da cobrança forem tão insignificantes que não compensem o dispêndio de recursos humanos e materiais empenhados na tarefa de cobrança, essa deve ser deixada de lado, à luz do princípio da razoabilidade.

Eis, portanto, que o princípio da insignificância resulta, ele também, a exemplo do que ocorre com a extinção da punibilidade, do reconhecimento do Direito Penal como *ultima ratio* do ordenamento – a intervenção mínima da esfera penal. Assim temos que, se a Fazenda Pública, à luz dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eco-

[13] SANTOS, Natália Ferreira. O princípio do princípio da insignificância aplicado aos delitos de furto e descaminho. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, Magister, 2004, p. 70.
[14] Obra cit., p. 360.
[15] FARIAS, Felipe Medeiros de; ARANHA NETO, Waldemar. A aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho. Revista Jurídica, 2017, p. 55.

nomia processual não executa civilmente, em razão de um pequeno valor, o ajuizamento de um processo criminal tampouco se justificaria.

A tese evoluiu nos tribunais para abarcar o crime de descaminho no conceito de insignificância, por equiparação aos crimes contra ordem tributária, dada a identidade material entre eles. Como referência histórica, temos o HC 34.281/2004 e o Recurso Especial 250.631/2001, respectivamente, da 5.ª e 6.ª Turmas do STJ.

O STF, por sua vez, também passou a estabelecer requisitos objetivos para a aplicação do princípio. No julgamento pela 1.ª Tuma da Corte do HC 121.394 (RS), em 27 de maio de 2014, temos, de forma exemplificada, os principais deles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Além desses requisitos, o agente não deve ser contumaz na prática, e a aplicação do princípio deve considerar cada caso concreto.

No que concerne ao conceito de insignificância aplicado ao crime de descaminho, contudo, o entendimento dos Tribunais Superiores revela-se aqui, mais uma vez, de grande volatilidade em um curto espaço de tempo. Em 2016, a 1.ª Turma do STF posicionava-se contrariamente ao benefício.

> O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela Jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento de atipicidade. Precedentes. HC 129.149. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (DJ 09/11/2016).

Em decisão diametralmente oposta, no âmbito da mesma turma do STF, temos o seguinte, apenas um ano depois:

> Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei *nº 10.522 de 2002, com a atualização das portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. Ordem de HC concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o restabelecimento do juízo de rejeição da denúncia exarado pelo magistrado de 1º grau. HC 136.984. Minisra Rosa Weber, 1º Truma do STF (DJ 15/03/2017). (grifo nosso)*

Ainda:

> O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que se deixou de recolher para a configuração do delito, *embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal*. Precedentes da 5ª Truma do STJ e do STF. HC 27.028. Relatora Ministra Laurita Vaz. (grifo nosso)

Percebemos, pelos enunciados acima, que a incongruência no âmbito dos Tribunais Superiores aqui é dupla: em relação ao reconhecimento do descaminho como crime contra

ordem tributária e quanto à aplicação ou não, do princípio da insignificância, o que, por vezes, ocorre mesmo quando a decisão não reconhece a conduta como um ilícito fiscal material.

Sobre os valores para a aplicação hoje do princípio da insignificância, o que conta é o tributo devido em relação ao fato gerador e não, ao valor das mercadorias (Ex: STJ, Resp. 685.135, Ministro Relator Félix Fischer, 5.ª Turma, unânime, em 15/03/2005). Também, não se computam multas ou juros (Ex: STJ, Resp. 201200489706, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, em 10/06/2014).

Para o STF, o valor é de R$ 20.000,00, de acordo com o art. 20 da Lei 10.522/2002, com atualização pelas portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda (STF HC 119.849, relator Ministro Dias Toffoli, 1.ª Turma, em 19/08/2014 e STF HC 123.861, Relatora Ministra Rosa Weber, 1.ª Turma, em 07/10/2014, entre outros julgados, que reconhecem este valor como parâmetro).

Mas aqui, ainda, há uma discordância entre os Tribunais Superiores, conforme aponta Baltazar Júnior[16], eis que o STJ chegou a firmar entendimento, em 2014, (Resp repetitivo 1.393.317, Ministro Relator Rogério Schietti cruz) de que o valor a ser considerado para a insignificância aplicado ao descaminho deveria ser o de R$ 10.000,00, com base no art. art. 20, da Lei n.º 10.522/2002, mas, com a redação dada pela Lei *n.º* 11.033/2014. Quanto à aplicação do princípio da insignificância aos ilícitos tributários e, por extensão, ao descaminho, a jurisprudência dos Tribunais Superiores se revela oscilante e incongruente.

24.2.4 A Súmula Vinculante 24 do STF

A respeito dos crimes de caráter tributário, é inevitável a subsidiariedade da norma penal em relação à esfera administrativa fazendária, conforme salientam Pupo e Tripodi.[17] Os crimes materiais, como sabemos, exigem a consumação da conduta. Para que haja consumação da conduta em ilícitos tributários materiais, é indispensável que se tenha o lançamento definitivo do valor devido pelo contribuinte.

Nos termos do art. 142 do CTN, cabe à Fazenda Pública (Receita Federal, nos casos de tributos da União, e fazendas estaduais e municiais, nas respectivas esferas) a competência privativa do lançamento, não sendo essa, à luz da legislação, atribuição do juízo penal. Sendo o descaminho um crime contra a ordem tributária, reconhecimento que lhe é dado historicamente pela doutrina, guardando identidade, de forma especifica, com as condutas previstas no art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137 de 1990, do rol dos crimes materiais tributários *stricto sensu*, a ele deve também ser aplicada a Súmula Vinculante 24 do STF (SV-24).

Uma vez que a sua aplicação por parte dos tribunais é volátil, uma solução visando a contribuir para a pacificação da matéria, garantindo, assim, maior coerência e previsibi-

[16] *Op. Cit..*, p. 361.
[17] TRIPODI, Cecília. Boletim ICCcrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em 01 de setembro de 2012.

lidade ao sistema, seria a reformulação da própria SV-24. Eis aqui uma proposta de nova redação:

> Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, notadamente os previstos no art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/90 [rol específico dos crimes tributários materiais], e artigos 168-A [apropriação indébita previdenciária], 344 [descaminho] e 337-A [sonegação previdenciária], do Código Penal, antes do lançamento definitivo do tributo.

A nova redação se justificaria, pois conceitualmente essas condutas de natureza material estão abrangidas pela regra irrecorrível de que é preciso findar o processo administrativo, com o efetivo lançamento do crédito tributário, para que a persecução penal tenha início. Como são 19 os crimes contra a ordem tributária, incluindo os previstos na Lei n.º 8.137/90 e no Código Penal, a nova redação poderia ir além, definindo quais, dentre as demais onze condutas (além das mencionadas acima), têm natureza material, devendo também ser objeto da aplicação da referida Súmula.

Contudo, é preciso salientar que a aplicação da Súmula em questão não é uniforme sequer no âmbito do próprio STF, como esclarece Bottino [18], potencializando um ambiente de insegurança jurídica que se coloca na contramão do Estado de Direito. Lembra o autor que a SV-24, após ser editada em 2009, foi descumprida em 2010, reafirmada no mesmo ano, novamente descumprida em 2011, novamente reafirmada em 2014 e, por fim, descumprida mais uma vez em 2016. Nesse sentido, Bottino afirma que

> uma súmula vinculante pode ser mitigada, ou seja, não vincular sempre (só às vezes), o próprio STF cria incentivos para que surjam novos recursos a fim de discutir aspectos particulares de cada caso. Ao deixar de revisar a SV-24, explicitando as situações em que ela não incide, modificando o seu texto para que ela se adequasse ao entendimento do tribunal, o STF contribuiu para o crescimento de processos que não existiam se a aplicação da súmula vinculante fosse clara.[19]

O que podemos concluir é que, embora uma nova redação da SV-24 possa contribuir para esclarecer a aplicação da regra de exigência de conclusão do processo administrativo para o início da ação penal nos crimes tributários materiais, a providência não seria uma condição suficiente para alcançar tal fim. Tendo em vista a volatilidade do Supremo em torno de seus próprios entendimentos e postulados, essa seria, apenas, uma condição necessária.

A uniformidade de entendimento do Supremo sobre a aplicação de seus postulados é algo que depende de uma decisão autônoma dos próprios ministros da Corte, não sujeita a interferências externas. À doutrina, cabe apenas apontar as incongruências e indicar possíveis caminhos para a solução. Uma contribuição adicional (ou caminho para a solução) poderia vir do legislador, definindo expressamente quais são os crimes tributários de caráter material que, como tal, só podem ser objeto de ação penal após a conclusão do processo administrativo e o consequente lançamento do crédito fiscal.

[18] *Op. Cit.*., p. 317
[19] *Idem*

24.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar a identidade do crime de descaminho com os ilícitos contra a ordem tributária. Esclareceu que, embora a conduta esteja topograficamente prevista no Código Penal (art. 334), guarda total semelhança com os crimes tributários *stricto sensu*, mais precisamente, com os tipos previstos no art. 1.º e incisos da Lei *n.º* 8.137 de 1990. Mostrou ainda que, historicamente, a doutrina e o legislador sempre consideraram o descaminho uma conduta contra a Administração Fazendária e o Erário, tendo sido ele considerado o primeiro crime tributário de nosso ordenamento.

Percebeu-se ainda que a uniformidade doutrinária em relação à conduta é relevante, devido à atuação da esfera judicial. A identidade do descaminho com os crimes tributários materiais importa, porque determina (ou assim deveria ser) a aplicação, pelos tribunais, de princípios que são previstos para os tipos tributários de natureza material, em particular, o da extinção da punibilidade e o da insignificância.

A despeito desse entendimento doutrinário majoritário, espelhado pelo legislador penal ao longo do tempo, o artigo procurou mostrar que a aplicação de regras e princípios inerentes aos ilícitos tributários nem sempre é estendida ao descaminho pelos tribunais, em particular os superiores. Por meio da apresentação de julgados díspares, exarados pelos tribunais, alguns, oriundos da mesma turma julgadora e com curta margem de tempo entre eles, foi demonstrada a volatilidade do Judiciário quanto à matéria. Esclareceu-se que tal comportamento, potencializando litígios e sobrecarregando o sistema, é incompatível com a almejada segurança jurídica, indispensável ao fortalecimento e à manutenção do Estado de Direito.

O artigo enfatizou ainda que a natureza material do descaminho reveste-se de significado para o seu tratamento penal. Isso ocorre, pois a legislação exige, no que diz respeito aos ilícitos tributários materiais, a conclusão do processo administrativo, com o efetivo lançamento do crédito tributário, a fim de que se tenha a possibilidade de ajuizamento da ação criminal. Se essa condição prevalece para os crimes tributários materiais, deve igualmente prevalecer para o descaminho.

Neste trabalho, fez-se igualmente uma breve digressão sobre o princípio da separação dos poderes e o reconhecimento, pela doutrina e ordenamento pátrio, do Direito penal, como *ultima ratio* do sistema. É o conceito de intervenção mínima da lei penal que fundamenta a atuação prioritária da Administração Fazendária em face de ilícitos fiscais e, por consequência, garante a aplicação do princípio da extinção da punibilidade, mediante o recolhimento do tributo a qualquer tempo, ainda que haja sentença condenatória com trânsito julgado (na forma do parágrafo segundo do art. 9.º da Lei *n.º* 10.684 de 2003).

O artigo esclareceu também que a materialidade dos crimes tributários só está completa quando do lançamento definitivo do crédito devido ao Fisco. Salientou que o lançamento é ato de competência exclusiva da Fazenda Pública, como dispõe o art. 142

do CTN, não tendo a esfera penal competência para fazê-lo – o que reforça a ideia de independência das esferas e do Direito como *ultima ratio* do sistema. Isso evidencia o entendimento de que, em crimes tributários de caráter material, o processo administrativo deve estar concluído, para que possa haver persecução penal. O exame da jurisprudência mostrou, entretanto, que a regra nem sempre é seguida pelos tribunais.

Além disso, o trabalho discorreu sobre a aplicação da Súmula Vinculante 24, segunda a qual "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". Mostrou que, por vezes, tal Súmula é aplicada pelos tribunais a outros ilícitos tributários de caráter material, inclusive o descaminho, por vezes não. Mostrou ainda que o próprio Supremo tem tido um comportamento oscilante em relação à Súmula, o que alimenta a insegurança jurídica.

Em seu conjunto, partindo da hipótese de que o descaminho é um crime tributário, de natureza material (como entende a doutrina majoritária), o artigo procurou defender a tese, em nome da uniformidade sistêmica, de que a SV-24 deve ser estendida à conduta tipificada no art. 334 do Código Penal, bem como a todos os ilícitos tributários materiais, aliás, como já o faz grande parte da jurisprudência.

Por fim, no sentido da uniformidade, propôs uma nova redação para a referida Súmula, fazendo, porém, a ressalva de que sua reformulação, por si só, não é condição suficiente para uma pacificação no âmbito do próprio Supremo, haja vista o comportamento volátil desse Tribunal acerca de seus próprios postulados. Dessa forma, sugeriu, como providência adicional, a intervenção do legislador penal, com vistas a especificar, dentre os 19 crimes tributários existentes, quais têm natureza material, a exigir, portanto, o fim do processo administrativo, para que possa haver a persecução penal.

24.4 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE NASCIMENTO, Vicente Pinto de. **O contrabando em face da Lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

BALTAZAR JÚNIOR., José Paulo. **Crimes Federais**. 11 ed., segunda tiragem.

São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo. **Artigo Conjur**, 13 de maio de 2013. Faltou o nome do artigo.

BOTTINO, Thiago. A Súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula vinculante 24. **Reflexos Penais da Regulação**. Porto, Portugal: Juruá, 2018, v. II.

CALMON, Sacha. **Infrações tributárias e suas sanções**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

CARVALHO, Bruno Fernandes. **Churning no mercado de capitais: a relevância jurídico-penal do trading excessivo**. Projeto de Qualificação de Doutorado. Orientadora: Professora Titular Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo/SP: 2022.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. **Crimes contra a arrecadação para a seguridade social:** apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo, requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Orientador: professor doutor Eduardo Reale Ferrari. São Paulo/SP, 2008.

DUEK, Orlando Henrique. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pp. 389-407, v. 23, n. 113, 2015*,.

FARIAS, Felipe Medeiros de; ARANHA NETO, Waldemar. A aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho. **Revista Jurídica**, 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal** – parte geral. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Ed.Coimbra, 2004.

MORAIS, Benjamin. O delito de contrabando. In*:* FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense,1962.

LOBO TORRES, Ricardo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

NOAL, Alexandre Duarte Leão. A imprescritibilidade do término do processo administrativo-fiscal como condição para a prescrição penal do crime de descaminho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2012.

PUPO, Matheus Silveira; TRIPODI, Cecília. **Boletim ICCcrim** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim de 01 de setembro de 2012.

REIS, André Wagner Melgaço. **A aplicação do direito de insignificância no crime de descaminho à luz da jurisprudência do STJ e do STF**. Del Rey Jurídica, 2007.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Tributário.** 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar.

ROSENTHAL, Sergio. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho. **Revista Dialética de Direito Tributário**, 1999.

SANTOS, Natália Ferreira dos. O princípio do princípio da insignificância aplicado aos delitos de furto e descaminho. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, 2004.

SCARANELLO, Tatiana. Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária na atual conjuntura da jurisprudência pátria. **MSJ**, 2020.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza. A relação entre o processo administrativo de constituição do crédito tributário e os crimes de descaminho e apropriação indébita à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. **Revista Jurídica**, 2011.

SIMÕES, Mauro. **Crime previdenciário e decisão definitiva na esfera administrativa**. **Conjur**, 07 de maio de 2022.

25. A JUSTIÇA ELEITORAL E O CONTEXTO HISTÓRICO DO SEU ADVENTO

Paulo Roberto de Gouvêa Medina[1]

RESUMO: O texto procura esboçar o cenário da Primeira República no Brasil, dominado por um sistema eleitoral vicioso e anárquico, bem como marcado por sucessivas crises políticas que vão desembocar na Revolução de 1930. Uma das bandeiras da revolução era a Justiça Eleitoral, enfim instituída pelo Código Eleitoral de 1932. Com a Justiça Eleitoral, o processo de votação vai-se aprimorando ao longo do tempo até atingir o sistema das urnas eletrônicas. Essas, a despeito de críticas infundadas e tendenciosas, assinalam o epílogo da referida evolução e tornam o sistema brasileiro modelar.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Eleitoral; Código Eleitoral de 1932; Sistemas de votação.

25.1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, focalizando neste número especial da Revista do IAB, no contexto histórico em que surgiu a Justiça Eleitoral, associa duas efemérides marcantes da vida jurídica do Brasil: os 180 anos da nossa Instituição, comemorados em 2023, e os 90 anos daquele ramo especial da Justiça, que transcorreu o ano passado. O Instituto dos Advogados Brasileiros surgiu nos albores da nossa história como país independente em 1843, quando os bacharéis formados em Coimbra já se somavam aos egressos dos dois cursos de Direito, criados em 1827, nas cidades de Olinda e São Paulo, formando, assim, uma classe jurídica fadada a contribuir para a cultura e o desenvolvimento nacionais. A Justiça Eleitoral, instituída e instalada em 1932, em decorrência de uma revolução que se propunha regenerar os nossos costumes políticos, emanou, sobretudo, da atuação dessa mesma classe na vida pública brasileira, como protagonista do "bacharelismo", fenômeno social, caracterizado pela predominância dos bacharéis em Direito na liderança político-partidária. Ambas as instituições tinham por escopo o primado do Direito e, por meio dele, o aperfeiçoamento da democracia brasileira. Antes do IAB, a classe jurídica andava dispersa; e anteriormente à Justiça Eleitoral, o processo de votação era anárquico, mascarando-se a vontade do eleitor, apurada nas urnas, mediante práticas viciosas: o sigilo do voto era uma ficção, facilitada pelo uso de cédulas, as quais não se mostravam indevassáveis e, em certos estados, tornavam-se menos importantes do que as "listas de votação", em que assinaturas eram forjadas e eleitores fantasmas, ressuscitados. Mesmo naquelas unidades da federação em que não se chegava a tanto, o processo de apuração camuflava a

[1] Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Ex-Conselheiro Federal da OAB. Medalha Rui Barbosa da OAB. Membro-Efetivo do IAB, desde 1980. Membro do IAMG, integrando o seu Conselho Superior.

vontade manifestada pelo eleitor nas famosas "atas falsas" que celebrizaram as "eleições a bico de pena". Ao fim e ao cabo, a homologação dos pleitos ficava sob a responsabilidade das Casas Legislativas, cabendo ao Congresso Nacional referendar as eleições para a Presidência da República e verificar a legitimidade dos poderes conferidos aos deputados e senadores, a qual, quando negada, ensejava as chamadas "depurações ou degolas". Em vão, Rui Barbosa procurou mostrar que essa função, ainda que anômala, haveria de ser exercida pelo Congresso, com o caráter de uma função jurisdicional, agindo o órgão legislativo como se fora um tribunal.

Nesse sistema, que vigorou ao longo de toda a Primeira República, não havia, em geral, campanhas eleitorais regulares, salvo em uma ou noutra ocasião, como se procura mostrar no texto. Ocorrido, até, a situação inusitada e bizarra de uma eleição presidencial, a de 1919, em que o candidato vitorioso, Epitácio Pessoa (que derrotou Rui Barbosa), nem sequer se encontrava no País, quando de sua realização, aqui chegando apenas para tomar posse depois de cumprir missão diplomática como representante do Brasil na Conferência da Paz de Versalhes.

A tudo isso, a Justiça Eleitoral e o processo por ela aplicado vieram pôr cobro. Instituído em 24 de fevereiro de 1932, pelo Decreto n.º 21.076, o Código Eleitoral, e, por esse instrumento legislativo, fora criada a Justiça Eleitoral, tendo como órgão de cúpula o Tribunal Superior Eleitoral. Essa Corte foi instalada em 20 de maio do mesmo ano. Assim, uma nova etapa se inaugurava na história política do Brasil. É o que se verá a seguir.

25.2 O CENÁRIO POLÍTICO DA PRIMEIRA REPÚBLICA: CAMINHO ABERTO PARA A JUSTIÇA ELEITORAL

Noventa anos depois, convém recordar os antecedentes da criação, no Brasil, da Justiça Eleitoral, a fim de que se tenha ideia precisa da sua importância para o aperfeiçoamento da democracia entre nós. Se hoje é fácil perceber que a existência de uma Justiça especializada, incumbida de controlar o alistamento eleitoral, a realização e a apuração dos pleitos eleitorais, bem como a certificação dos candidatos eleitos, tanto para os órgãos executivos quanto para os órgãos legislativos, representa a garantia da legitimidade de todo o processo de escolha dos representantes do povo. Antes que isso acontecesse, não havia um consenso a esse respeito nem plena convicção de que aí residia o fator fundamental da estabilidade das instituições políticas. Basta dizer que, desde a implantação da República, ao longo de quarenta e um anos, o país viveu sob o domínio de um regime formalmente democrático, mas, na essência, oligárquico, cujas sucessões nos cargos eletivos se faziam sem a garantia de que as escolhas dos seus novos ocupantes correspondessem à vontade popular. Esta se manifestava de forma insegura e era, muitas vezes, fraudada ou mesmo ignorada no sistema de reconhecimento de poderes, então adotado, ao cabo do processo eleitoral. Em consequência, o clima político ou era de apatia nas ocasiões em

que não havia disputa ou passava por momentos de turbulência, quando a refrega deixava ressaibo de inconformidade com o resultado oficial nos que eram dados como vencidos, sem que disso se convencessem.

No plano mais alto, o das eleições presidenciais, o país só viveu, naqueles tempos, três experiências de disputas reais para o provimento do cargo, as quais deram ensejo, aliás, a memoráveis campanhas. A primeira foi em 1909/1910, quando da Campanha Civilista, que contrapôs ao nome do candidato das forças dominantes o Marechal Hermes da Fonseca, encarnação do militarismo, à candidatura de Rui Barbosa, representante da oposição civilista. A segunda ocorreu em 1921/1922, em que Nilo Peçanha, à frente da Reação Republicana, enfrentou o candidato situacionista, Arthur Bernardes. Finalmente, a derradeira, e seu desfecho iria desencadear o movimento que gerou a reversão desse panorama sombrio, que foi a encetada, em 1929/1930, pela Aliança Liberal de Getúlio Vargas-João Pessoa, derrotada nas urnas, segundo os resultados oficiais, pela chapa da situação, formada por Júlio Prestes-Vital Soares. Por força de uma revolução vitoriosa – a Revolução de 30 –, levou-se ao poder o político que encabeçava a chapa vencida – já estando morto, então, o seu Vice, cujo assassinato, aliás, embora sem relação direta com esse episódio, fora o estopim da revolução.

A revolução emergente da Aliança Liberal teve como caldo de cultura o clamor por eleições legítimas, mas foi também fermentada pelo movimento tenentista, desencadeado em 1922, com a revolta do Forte de Copacabana, que celebrizou os chamados “18 do Forte”, liderados pelos tenentes, Eduardo Gomes e Siqueira Campos – grupo de jovens oficiais que desafiou as autoridades, de peito aberto, caminhando pela orla da praia com as tropas legalistas. Dois anos mais tarde, na mesma data da eclosão daquele movimento, em 5 de julho de 1924, explodia, em São Paulo, a rebelião chefiada pelo General reformado, Isidoro Dias Lopes, com o apoio da Força Pública estadual, tendo à frente o Major Miguel Costa. Era a segunda insurreição protagonizada pelos tenentes. Derrotados, um grupo de revoltosos, aos quais se juntaram outros vindos do Rio Grande do Sul, deu origem à Coluna Prestes (originariamente referida como Coluna Miguel Costa-Prestes), que se pôs a penetrar, em uma cruzada, pelo interior do Centro-Oeste e do Nordeste do país, até dispersar-se, indo alguns, como Luís Carlos Prestes (futuro líder comunista no País), exilar-se na Bolívia.

Uma das bandeiras da referida revolução era a da criação, no país, de uma Justiça Eleitoral, que fosse confiada jurisdição sobre os pleitos políticos, de forma a assegurar a verdade das escolhas. O movimento uniu os estados de Minas Gerais, Paraíba e São Paulo, além de contar com o apoio dos tenentes e de prestigiosos líderes nacionais, entre eles, os Ex-Presidentes Arthur Bernardes e Epitácio Pessoa, contra os quais, justamente, se haviam levantado os revoltosos de 1922 e de 1924. Achavam-se todos supostamente imbuídos das mesmas ideias, propugnando, consequentemente, por novas práticas políticas e pela verdade eleitoral.

É certo que, vitoriosa a revolução, o governo provisório que dela emergiu passou a exercer o poder ditatorialmente, parecendo ignorar os compromissos por ela assumidos. Só dois anos depois, cuidou de elaborar a prometida reforma da legislação eleitoral, promulgando, afinal, um Código Eleitoral, por meio do Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Isso não assegurava, entretanto, a institucionalização do regime, a eleição dos novos governadores estaduais e o restabelecimento do Congresso Nacional, uma vez que havia claros indícios de continuísmo da ditadura instalada. Foi por essa a razão que São Paulo levantou-se em armas, deflagrando a Revolução Constitucionalista, a 9 de julho de 1932. A revolta armada, com todos os visos de uma guerra civil, embora sufocada pelas forças que apoiavam a situação dominante, fez com que essa retomasse os compromissos de 1930 e buscasse institucionalizar o movimento em nome do qual se investira no comando do país. Foram convocadas, então, eleições para a Assembleia Constituinte que daria juridicidade à Revolução de 30, as quais foram realizadas em 3 de maio de 1933. Na 16 de julho de 1934, fora promulgada a segunda Constituição republicana.

O Código Eleitoral de 1932, como resume Victor Nunes Leal, "instituiu o voto feminino, baixou a 18 anos o limite de idade para ser eleitor e deu segurança efetiva ao sigilo do sufrágio. Sua principal inovação consistiu em confiar o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e proclamação dos eleitos à justiça eleitoral."[1]. "Os princípios básicos da reforma" – acrescenta o citado autor – "foram incorporados ao texto da Constituição".[2] Importante destacar que o sigilo do sufrágio era estabelecido em termos peremptórios, dizendo o Código que o voto seria "absolutamente indevassável", como nota o mesmo autor.[3] Da Justiça Eleitoral cuidou a Constituição de 1934 nos artigos 82 e 83.

Tratava-se de uma instituição inovadora e, de certo modo, *sui generis.* Em parecer apresentado à Câmara dos Deputados, em novembro de 1958, o deputado Prado Kelly, eminente jurista que foi, depois, Ministro do Supremo Tribunal Federal, observava que três eram os sistemas de controle do processo eleitoral então existentes: o que confiava a missão a órgão do Executivo; o que a atribuía à magistratura ordinária; e o que a entregava a uma justiça especializada. Acrescentava, em seguida, o ilustre parlamentar que a Argentina optara pelo segundo modelo, enquanto a antiga Tcheco-Eslováquia (desde 1918) e o Uruguai, à semelhança do Brasil, adotavam o terceiro sistema.[4] É este, ainda hoje, o sistema instituído pela Constituição da República Oriental do Uruguai (arts. 322/328).

O que a sábia solução do Código de 1932 representou para o nosso país em termos de avanço, do ponto de vista civilizatório e jurídico, pode ser bem avaliado quando se tem em vista as mazelas do sistema anterior.

---

1 LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975, pp. 230-231.
2 LEAL, Victor Nunes, op. cit, p. 231.
3 LEAL. Victor Nunes, op. cit., p. 233.
4 PRADO, Kelly, Estudos de Ciência Política. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. II, p. 413. V. também, sobre o assunto, PAULINO, Jacques, Curso de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 293/294, onde se referem os exemplos dos Estados Unidos e do México, da mesma natureza do adotado na Argentina.

25.3 AS MAZELAS DE UM SISTEMA ELEITORAL ANÁRQUICO

As formas de votação, adotadas na Primeira República, não davam garantia ao eleitor para o livre exercício do direito de voto, nem asseguravam a apuração da verdade eleitoral manifestada nas urnas. Eram, em muitos casos, um simulacro de voto e chegavam mesmo a assumir ares bizarros de uma farsa.

Não havendo legislação uniforme sobre o assunto, as formas de votação variavam de estado para estado. Adotavam-se cédulas para a votação, mas estas eram inseridas em envelopes nem sempre indevassáveis ou insuscetíveis de garantir o sigilo. Às vezes, continham a rubrica do eleitor. Daí o "voto a descoberto", uma das contrafações do antigo sistema. Eis o que narra Victor Nunes Leal a esse respeito:

> O sigilo de voto, apesar de proclamado várias vezes na legislação anterior, era então burlado por diferentes processos. O mais frequente consistia em usarem os partidos sobrecartas de tamanho, formato e cor diferentes. Assim, ao ser depositado na urna, à vista de todos, o voto era perfeitamente identificável. Como os eleitores mais ladinos começaram a meter cédulas de um partido em sobrecarta de outro, para ludibriar a vigilância da mesa e dos espias, passou-se a entregar ao eleitor a sobrecarta já fechada, com o voto apropriado.[5]

As cédulas individuais tornavam-se, em alguns casos, irrelevantes em face das "listas de votação", admitidas, em certa época, em determinados estados, como informa Raymundo Faoro:

> O quadro é de 1899, em Pernambuco: o presidente de uma mesa eleitoral convoca um menino de dez anos para o serviço eleitoral. 'Lavrada a ata'– conta o futuro chefe político – 'teve lugar a votação, numa lista em que, realmente, assinaram apenas os membros da mesa, porque as demais assinaturas, de quase uma centena de eleitores, foram rabiscadas por mim e alguns dos mesários, bem assim por diversos curiosos que ali apareceram [...][6]

O certo é que, ainda que seguro fosse, em alguns casos, o ato de votar, tudo se camuflava ao proceder-se à apuração dos votos. Confiada à própria mesa receptora, a contagem se fazia pelos respectivos mesários e, em seguida, lavrava-se a ata, que era o documento sacramental da fantasiosa realidade dos pleitos.

Atuava, então, ora de forma canhestra, ora com habilidade e mestria o "bico de pena", expressão que traduzia a prodigiosa elaboração das "atas falsas". Nelas se registravam as votações obtidas pelos candidatos, ao sabor da imaginação dos mesários e, no geral, de acordo com a vontade do partido dominante. Era assim, ao fim e ao cabo, que se davam como eleitos os candidatos.

O sistema favorecia, como se vê, o controle do voto pelo chefe político local. Nisso

[5] LEAL, Victor Nunes, *op. cit.*, p. 232.
[6] FAORO, Raymundo, Os Donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977, v. 2, p. 650.

consistia o que chistosamente se denominava "voto de cabresto", ou seja, o voto dado sob o guante do "coronel" do lugar – um dos aspectos mais nocivos do regime do coronelismo, que imperava naquele tempo.

As fraudes no processo de votação eram generalizadas. As que tiveram maior repercussão foram as praticadas na Campanha Civilista, e Rui Barbosa produziu contra as fraudes então ocorridas um libelo fartamente documentado.[7]

O Prof. Sampaio Dória resumiu bem o quadro que se apresentava naquela época, nestas considerações:

> Antes de instituída a Justiça Eleitoral, nos moldes atuais, o processo das eleições, entre nós, desertava do regime representativo o primeiro dos dois princípios magnos que o constituem: o assentimento do povo na investidura do poder. Entre a opinião do povo e o reconhecimento dos eleitos, abria-se o vácuo asfixiante do embuste e da mentira. Fraude em todo o processo eleitoral: na composição do eleitorado, por nele figurarem defuntos, inascidos, analfabetos e decaídos; na votação, por votarem os mesmos indivíduos várias vezes, na mesma ou noutras mesas receptoras, com títulos diferentes; na apuração dos votos, por prevalecerem atas em duplicata, lavradas, na véspera, em livro também rubricado pelo juiz; no reconhecimento dos poderes, por artifício matemático de somar subtraindo, ou subtrair somando, para dar por eleitos derrotados, ou por derrotados eleitos.[8]

O "reconhecimento de poderes" era outra anomalia que viciava o sistema anterior ao da instituição da Justiça Eleitoral. Tratava-se, em última análise, da competência atribuída ao Congresso Nacional para homologar, ou não, os resultados das eleições que indicavam os novos representantes do povo nas duas Casas que o compõem. Expedidos pelas Juntas Apuradoras nos estados os diplomas respectivos, cabia ao Congresso aceitá-los ou não. Esse procedimento, que transcorria perante as Comissões de Verificação de Poderes, não obedecia a critérios objetivos nem se limitava a uma simples conferência de resultados. Ao revés, como ressaltou o Prof. Sampaio Dória, no trecho transcrito, dava margem a abusos de toda ordem, culminando sempre na prevalência da vontade da maioria ou atendendo aos interesses da conjuntura política. Em suma, seria deputado ou senador não aquele que houvesse sido eleito, mas o que contasse com o beneplácito da Casa Legislativa – e assim também, da parte das Assembleias Legislativas nos estados. Era a chamada "depuração" na linguagem parlamentar, batizada de "degola" na expressão popular. É digno de nota aliás que, levado ao paroxismo, em 1930, pelo Congresso Nacional, no reconhecimento dos eleitos em 1.º de março daquele ano, o referido sistema foi uma das causas imediatas e decisivas da Revolução de 30.

O episódio é assim narrado por José Maria Bello:

> A Nação já se acostumara havia muito tempo aos abusos e escândalos do Legislativo no cumprimento daquela sua prerrogativa; o 'reconhecimento de poderes' afigurava-se, muitas vezes, uma forma de novas eleições. Mas,

[7] BARBOSA, Rui, Memória sobre a Eleição Presidencial. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, vol. XXXVII, Tomo II, 1910.

[8] DÓRIA, A. de Sampaio, Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Max Limonad, 1960, vol. III, p. 476.

> como em outras oportunidades, especialmente quando se cindia a política federal, em torno das candidaturas à Presidência da República, os trabalhos de reconhecimento adquiriam extrema importância, pois serviriam como índices das disposições do Congresso. Não prevendo as possíveis consequências de sua atitude, a maioria que apoiava o Presidente Washington Luís e a candidatura Júlio Prestes, muito conciliatória sempre com os políticos governistas do Rio Grande do Sul, e deixa de reconhecer candidatos, presumidamente eleitos, dos partidos governistas de Minas Gerais e Paraíba. (Desta, toda a bancada.). Destarte, a proclamação da vitória da candidatura Prestes, sem embargo da declaração do chefe do partido oficial do Rio Grande do Sul, de aceitá-la, não conseguiu fazer serenar os dissídios partidários.[9]

Assinala-se que, além de negar reconhecimento a toda a bancada da Paraíba – estado do candidato à Vice-Presidência na chapa da Aliança Liberal – o Congresso também excluiu do rol dos eleitos quatorze deputados de Minas Gerais – estado, cujo Presidente, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, era um dos principais líderes do movimento oposicionista. Entre os excluídos ou "degolados" estava, por exemplo, além de outros nomes de prestígio, Afrânio de Melo Franco, um dos políticos mais destacados da Primeira República, antigo Ministro da Viação e Obras Públicas, futuro chanceler e representante do Brasil na Liga das Nações.[10] Poupado da "degola" foi apenas, entre os nomes mais influentes, o Senador Olegário Maciel que, simultaneamente, havia sido eleito Presidente do Estado e em torno do qual existia, ainda, expectativa favorável do governo Washinton Luís, no sentido de que viesse a aceitar o candidato situacionista, Júlio Prestes, dado como vitorioso no pleito para Presidente da República.

Essa "degola" radical e assombrosa foi, como se disse, fator determinante na trama revolucionária que, já então, se articulava. Antes de tudo, porém, é reveladora dos abusos aos quais dava ensejo o sistema eleitoral da Primeira República, sem um órgão independente e neutro que "supervisionasse os pleitos".

Como bem observou Victor Nunes Leal, no seu livro tantas vezes citado, "o bico de pena" e "a degola ou depuração" foram as "falsificações mais importantes [que] dominavam as eleições da Primeira República".[11] Tais expedientes fraudulentos ilustram com nitidez – e sem que para isso se carregue na tina – o quadro caótico do sistema eleitoral da época, cuja superação justificava uma das bandeiras da Revolução de 30, a verdade

[9] BELLO, José Maria, História da República. 5 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1964, p. 341. A alusão ao chefe do partido oficial do Rio Grande do Sul – o Partido Republicano Rio-Grandense – diz respeito a Borges de Medeiros, antigo Presidente daquele estado, sucessivamente reeleito para o cargo, em um sistema que destoava do restante do país. Borges de Medeiros chegara a reconhecer a vitória da chapa Júlio Prestes-Vital Soares em entrevista à imprensa, no Rio de Janeiro. De resto, como outros líderes da Aliança Liberal, nenhum ânimo de apoiar a revolução demonstrava.

[10] Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Melo, Um Estadista da República – Afrânio de Melo Franco e o seu Tempo. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S. A., volume único, p. 1005. Ver também MORAES, Aurino, Minas na Aliança Liberal e na Revolução, Brasília, Câmara dos Deputados, 1990, pp. 302-303. É de pasmar o confronto que o citado autor, aí, estabelece entre os votos obtidos pelos candidatos mineiros "degolados", segundo as atas das mesas receptoras, e a votação final, reconhecida pela Câmara dos Deputados, que justificou a "degola". O autor, em bem documentado trabalho, faz uma anatomia da fraude.

[11] LEAL, Victor Nunes, op. cit., p. 229.

eleitoral, que haveria de ser alcançada na medida em que se instituísse, no Brasil, uma justiça especializada ou dotada de jurisdição sobre o referido processo. Nem todos os ideais pregados pela Aliança Liberal e subsequentemente pelo movimento revolucionário foram perseguidos ou realizados, e há razões para crer que os motivos que o fizeram eclodir prendiam-se mais à conjuntura política do que a um escopo de regeneração dos costumes políticos. Como quer que seja, a criação da Justiça Eleitoral foi uma conquista da Revolução de 30, e a sua implantação correspondeu a um sólido pilar do Estado Democrático de Direito no Brasil que, assim, se erigiu e hoje o sustenta.

25.4 A CRIAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL

A concepção da Justiça Eleitoral ganhou corpo após a vitória da Revolução, expressando-se no Código Eleitoral de 1932. Seu principal autor foi o advogado, político e diplomata gaúcho, Assis Brasil – Joaquim Francisco de Assis Brasil, de seu nome todo. Dissidente do Partido Republicano Rio-Grandense havia algum tempo, atuando em linha antagônica à de Borges de Medeiros, defendia Assis Brasil o aperfeiçoamento do sistema representativo e dos processos de votação, temas por ele abordados em 1893, no seu livro "Democracia Representativa". O voto feminino, o voto secreto, a apuração imparcial eram os pontos fundamentais da reforma eleitoral, pregada pelo respeitado líder oposicionista do Rio Grande do Sul.[12] Preconizava, além disso, a instituição de uma "Justiça independente do poder político", como "condição primária, irredutível, de verdade da Democracia".[13] As linhas estruturais da nova Justiça especial não foram, porém, esboçadas por Assis Brasil no citado livro e somente seriam concebidas quando da elaboração do projeto do Código de 1932.

Os primeiros itens referidos ganhariam destaque no Manifesto da Aliança Liberal, lançado, no Rio de Janeiro, em 20 de setembro de 1929, na Convenção realizada no Palácio Tiradentes, sob a direção de Antônio Carlos. O discurso proferido pelo Presidente de Minas dava ênfase, igualmente, a essas reivindicações. Nele, Antônio Carlos propugnava pelo "funcionamento regular e livre do sistema representativo" e "pelas garantias de sigilo" na votação, como essenciais a um sistema eleitoral consentâneo com as instituições democráticas.[14]

O Manifesto, divulgado na referida Convenção, foi redigido pelo político gaúcho, Lindolfo Collor. Em um texto longo, expõe as razões e o programa da Aliança Liberal, dedicando mais de um tópico ao sistema eleitoral. Referindo-se ao sistema eleitoral brasileiro, afirma que "somos ainda, neste particular, um dos estados de maior atraso no continente". Defende o voto secreto, lembrando que, "nas eleições estaduais do Rio Grande

[12] Cf. DE SOUZA, J. P. Coelho, O Pensamento Político de Assis Brasil. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1958, pp. 29-34.
[13] Apud Prado Kelly, op. cit., p. 414.
[14] Cf. PEREIRA, Lígia Maria Leite Pereira; FARIA, Maria Auxiliadora de. Presidente Antônio Carlos, um Andrada da República – o arquiteto da Revolução de 30. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, pp. 354-355.

do Sul, praticava-se, até o ano de 1923, o voto público: o eleitor rubricava com a sua assinatura a cédula, que depunha nas urnas". Justifica o voto obrigatório. Propõe nova organização partidária, que desvincule os partidos dos governos. Clama pela punição das fraudes eleitorais. Censura o sistema de reconhecimento de poderes, em que vislumbra a realização de um novo escrutínio.[15]

Os citados documentos traduziam o compromisso da Aliança Liberal e nortearam a elaboração do Código Eleitoral de 1932. Este, instituindo a Justiça Eleitoral, assegurou, afinal, da forma mais isenta e segura, os princípios regeneradores que instituía.

25.5 EVOLUÇÃO DO VOTO NO BRASIL

O sistema eleitoral brasileiro experimentou, a partir de então, sucessivas reformas e importantes avanços que possibilitaram o aperfeiçoamento do processo de votação.

O voto secreto, por si só, não afastava a possibilidade de fraudes ou coações, que viciavam a manifestação da vontade do eleitor.

Até as eleições presidenciais de 1955, adotava-se, inclusive, para os pleitos de escolha majoritária, cédulas individuais de votação, confeccionadas e distribuídas pelos próprios partidos e candidatos. Essa forma de votar não assegurava a independência do eleitor. Sobretudo no interior do país, era comum a organização do que, na gíria eleitoral, se chamava de "marmitas", isto é, envelopes contendo cédulas de um partido que eram fornecidas aos eleitores. Estes as levavam para a cabine eleitoral, onde apenas substituíam o envelope recebido pela sobrecarta oficial, fornecida pela mesa da seção eleitoral. Votavam, assim, como se emissários fossem dos que lhes preparavam a "marmita".

No referido pleito nacional, adotou-se, pela primeira vez, a cédula única que continha os nomes dos candidatos e, diante de cada um deles, o quadrilátero respectivo em que o eleitor deveria consignar um "x", assinalando a sua escolha. A cédula era única, no sentido de que englobava todos os candidatos à presidência. Mas não era oficial, porque a sua distribuição ficava, ainda, a cargo dos partidos, sem que disso se encarregasse a própria Justiça Eleitoral.

O principal partido de oposição da época (o qual, naquele momento, subsequente à morte de Getúlio Vargas, com o Vice-Presidente Café Filho no poder, encontrava-se em uma posição que, não sendo propriamente situacionista, já não era, contudo, a de oposição), a União Democrática Nacional (UDN), batera-se pela instituição da chapa única oficial. Porém, a ideia encontrou resistência do Partido Social Democrático (PSD) (cujo candidato, Juscelino Kubitscheck, tido como favorito, seria o vencedor) ao argumento de que não havia garantia de distribuição regular da cédula pela Justiça Eleitoral por todo o país, tanto mais porque a Força Aérea Nacional e, em especial, o então Ministro da Aeronáutica, Brigadeiro Eduardo Gomes, tinham vínculos com a UDN, pela qual o ilustre

[15] Cf. BONAVIDES, Paulo Bonavides; AMARAL, Roberto, Textos Políticos da História do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002, vol. IV, Revolução de 30 e Governo Provisório.

oficial disputara, duas vezes, a Presidência da República. A fórmula da cédula única não oficial, então instituída, foi a encontrada para contornar as divergências existentes entre os dois maiores partidos. Atuou, para tanto, como mediador, o então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Edgard Costa.[16] O projeto de lei, instituindo a cédula única, acabou sendo obra do Tribunal Superior Eleitoral.

Nas eleições majoritárias que se seguiram, adotou-se, finalmente, a cédula única oficial. Esta veio a ser, depois, estendida aos pleitos proporcionais para os órgãos do Legislativo federal, estadual e municipal, mediante o estabelecimento de espaços nas cédulas, em que o eleitor escrevia o nome ou o número do seu candidato.

Isso representou, sem dúvida, um grande avanço no processo de votação. No entanto, o aperfeiçoamento definitivo, que consagraria a forma de votar adotada no Brasil como modelar, veio com a adoção da urna eletrônica.

Tal fato ocorreu em 1996. A experiência tem mostrado que as urnas eletrônicas, além do seu aspecto prático, tornando o processo de votação simples e fácil, garantem a segurança da manifestação de vontade do eleitor, sendo insuscetíveis de violação, pela eventual ação de *hackers*, uma vez que, não estando ligadas à *Internet*, não permitem acesso *online*. Os programas respectivos (*softwares*) são elaborados pelo Tribunal Superior Eleitoral e franqueados à fiscalização dos partidos e demais interessados com antecedência. Testes de sua inviolabilidade têm sido realizados, jamais se identificando qualquer falha ou risco de violação.

Não obstante, lançou-se, ultimamente, uma campanha de descrédito das urnas eletrônicas, baseada em afirmativas fantasiosas, a qual outro objetivo não parecia ter senão o de tumultuar o processo eleitoral e, quiçá, preparar terreno para ulterior reação de inconformados com os resultados das futuras votações, mediante tentativas de subvertê-los. Pretextando impedir possíveis erros ou manipulações, ganhou corpo a ideia de conjugar ao voto eletrônico o voto impresso que daria ao eleitor um comprovante de sua escolha, suscetível de embasar prova contrária às supostas fraudes. A proposta de Emenda Constitucional nesse sentido foi, entretanto, rejeitada pela Câmara dos Deputados. Na verdade, a criação do voto impresso, nas circunstâncias, seria uma forma de reduzir a eficácia do processo de votação, cujo maior mérito é o de possibilitar a revelação imediata dos vencedores nos pleitos, além do que essa duplicata de voto iria, certamente, comprometer o sigilo da votação. Em suma, a inovação traria um retrocesso sob todos os aspectos. Não era uma ideia imbuída de boa-fé e nenhuma racionalidade apresentava.

Como advertiu o eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso em artigo sobre o tema, "o voto impresso seria ótimo para os caciques políticos, que exigiriam a apresentação do comprovante do voto em fulano ou beltrano".[17] Seria uma forma de estimular e

[16] Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. A Escalada – Memórias. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1965, pp. 367-374.

[17] VELLOSO, Carlos Mário da Silva, Urnas eletrônicas, garantia de respeito ao voto do eleitor. O Estado de S. Paulo, edição de 23 abril de 2021.

reviver a atuação dos coronéis de outrora, notadamente, no interior do país. Voltar-se-ia, ademais, ao tempo da recontagem de votos, desprezando-se a solução racional, para retornar ao clima de insegurança e controvérsia que assinalava o sistema do voto impresso.

No entanto, a pregação contra as urnas eletrônicas tomou força, e a suposta fragilidade do seu sistema passou a ser o *leitmotiv* de um movimento político nitidamente golpista, que atingiu o seu triste ápice no episódio de 8 de janeiro de 2023, quando uma horda de radicais ensandecidos tomou, de assalto, as sedes dos Três Poderes, destruindo e depredando o que encontravam pela frente, até mesmo objetos de valor histórico. Um pretexto delirante serviu de combustível à ação de fanáticos e vândalos que intentavam, em última análise, desmanchar um avanço de muitos anos na história política do Brasil, que se consolidara com o sistema atual de votação, sob a garantia da Justiça Eleitoral. A barbárie tentando fazer retroceder – e derrotar – a civilização.

O quadro dantesco que a televisão nos mostrou não correspondia ao horizonte sonhado pelos que, há noventa anos, julgaram haver afastado, de forma definitiva, as ameaças aos valores da democracia, em especial, o respeito à verdade eleitoral. Mas essa crise, sem precedentes na nossa história, mostrou também quão fortes são as instituições nacionais, para resistir a atentados dessa ordem e fazer prevalecer o direito sobre a força. Assim há de ser sempre, uma vez que a nação tem hoje a certeza de que pode confiar na legitimidade dos pleitos, na lisura do voto e no exercício isento da jurisdição confiada à Justiça Eleitoral, como penhor da plenitude democrática.

25.6 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Memória sobre a Eleição Presidencial. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, vol. XXXVII, Tomo II, 1910.

BELLO, José Maria. **História da República**. 5 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos Políticos da História do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

DÓRIA, A. de Sampaio. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1960.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder** – Formação do patronato político brasileiro. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KELLY, Prado. **Estudos de Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 1966.

LEAL, Victor Nunes Leal. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Um Estadista da República** – Afrânio de Melo Franco e o seu Tempo. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S. A.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **A Escalada** – Memórias. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1965.

MORAES, Aurino Moraes. **Minas na Aliança Liberal e na Revolução**, Brasília: Câmara dos Deputados, 1990.

PEREIRA, Lígia Maria Leite; FARIA, Maria Auxiliadora de. **Presidente Antônio Carlos, um**

Andrada da República – o arquiteto da Revolução de 30. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SOUZA, J. P. Coelho de. **O Pensamento Político de Assis Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1958.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Urnas eletrônicas, garantia de respeito ao voto do eleitor. **O Estado de S. Paulo**, 23 de abril de 2021.

26. PANORAMA DOS INCENTIVOS FISCAIS NO ÂMBITO LOCAL NAS EXPERIÊNCIAS LUSITANA E BRASILEIRA

Ricardo Antonio Lucas Camargo[1]

RESUMO: Discute-se, no presente ensaio, em caráter panorâmico, a configuração dos incentivos fiscais, como instrumentos de desenvolvimento local, nos contextos constitucionais português e brasileiro, a partir dos balizamentos formais e da indicação dos tipos de benefício existentes. Aponta-se, ainda, para os cuidados a serem tomados quando da respectiva concessão.

PALAVRAS-CHAVE. Direito Comparado; Tributação local; Incentivos fiscais; Constituição portuguesa de 1976; Constituição brasileira de 1988.

26.1 INTRODUÇÃO

Considerando que muito se tem falado, nos últimos tempos, acerca de uma reforma tributária, parece de bom alvitre discutir um dos temas mais frequentes, no âmbito do Direito Comparado, que é o dos incentivos fiscais.

Ainda que se ouça, aqui e acolá, a arenga, que os tributos seriam pagos com prazer se fossem bem gastos, o que a experiência ensina é que a relação credor/devedor, por mais civilizados que sejam seus termos, sempre é de interesses conflitivos, cuja medida do ganho de um significa a perda do outro.

A relação fisco-contribuinte não foge a essa generalidade, e mesmo aqueles que se orgulham de pagar impostos assemelham-se muito mais aos veteranos de guerra que se vangloriam das cicatrizes, mas, se lhes fosse dado escolher, não as obteriam.

Mesmo antipática ao cidadão comum a própria ideia de tributação, o fato é que ela constitui o principal instrumento, voltado a prover os cofres públicos dos meios para desempenhar as tarefas de que não pode pretender o Estado desvencilhar-se, qualquer que seja a forma pela qual se organize, seja unitária, seja federada.

As maneiras de gerir a tributação, com escopos fiscais e extrafiscais para fins deste estudo, serão trabalhadas a partir da comparação entre um Estado, organizado de forma unitária e outro, na forma federativa, os quais, no entanto, têm afinidades entre si, sobretudo pela sua ligação por mais de três séculos: a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil.

Essa gestão, contudo, nem sempre se dá em termos hostis, tanto em Portugal quanto no Brasil, entre o Estado e o indivíduo, e a prova disto se encontra na frequência dos benefícios fiscais, em especial, como "incentivo".

[1] Professor da Faculdade de Direito da UFRGS – Doutor em Direito pela UFMG – *E-mail*: ricardocamargo3@hotmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7489-3054.

Assim, centrar-se-á o exame, neste artigo, no emprego de incentivos fiscais para o desenvolvimento de economias locais em ambos os Estados, a partir da análise das respectivas Constituições, recordando, ainda, que a disciplina de tributos locais – marcadamente impostos – no âmbito de um Estado Unitário, procedimentalmente, é distinta da que se adota em um Estado Federal, em que unidades são dotadas de Executivo e Legislativo autônomos.

Em seguida, serão elencados os instrumentos que operacionalizam os benefícios em questão nos dois ordenamentos, sem se descer à casuística, diante das limitações dimensionais editorialmente exigidas.

26.2 TRIBUTAÇÃO LOCAL: BALIZAS CONSTITUCIONAIS

Soaria estranho que, no Estado Unitário, se pudesse falar em medidas de caráter tributário dos poderes locais, mas a descentralização da prestação dos serviços públicos seria inviável sem a possibilidade do aporte de receitas em caráter mais célere para a autoridade mais próxima de prestá-los, diretamente ou por delegação ao particular – cuja atuação não seria gratuita. Teria que ser paga pelos recursos provenientes da massa de contribuintes[2]– o que é mais uma razão pela qual nem mesmo no seu âmbito seria realizável a utopia fisiocrata do imposto único.[3]

Embora incumba à Assembleia da República, em Portugal, legislar para a criação dos tributos locais, nos termos da letra "i" do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa[4] – o que viria a traduzir, mais incisivamente, a manutenção da unidade de comando da nação, a despeito da descentralização administrativa[5] –, não se admite que se venha, pura e simplesmente, a subtrair as fontes de receita que viabilizam os municípios e as freguesias à prestação das tarefas que lhes são atribuídas.[6]

No âmbito dos Estados Federais, cada uma das unidades irá editar, por si, as leis para disciplinar os tributos de sua competência, que será atribuída, em primeiro lugar, pelo Texto Constitucional.

---

[2] SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 285; TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 186; BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83; BATISTA, Joana Paula. Remuneração dos serviços públicos. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46; JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 332; MASAGÃO, Mário. Natureza jurídica da concessão. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 25-26

[3] RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. Lições de finanças públicas. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 317; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Imposto Único – veneno ou remédio. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 8, n. 1, p. e352, 2020. DOI: 10.37497/revistacejur.v8i1.352. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/352. Acesso em: 8 out. 2023.

[4] REPÚBLICA PORTUGUESA. Tribunal Constitucional. Processo 388/2017. Acórdão 17/2018. Relatora: Conselheira Joana Fernandes Costa. Disponível em: < http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180017.html>. Acesso em: 8 out. 2022.

[5] ZBYSZEWSKI, João Paulo. O financiamento das autarquias locais portuguesas. Coimbra: Almedina, 2006, p. 42; SOUSA, Marcelo Rebelo de. Lições de Direito Administrativo. Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1995, pp. 290-1.

[6] ROCHA, Joaquim Freitas. Direito Financeiro local. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 45.

No caso da Constituição brasileira de 1988, além dos balizamentos gerais para a tributação, postos nos artigos 145 a 152, e da discriminação dos impostos cabíveis a cada um dos tipos de entidades federadas – União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios – está prevista a edição, pelo Poder Central, no artigo 146, das denominadas "normas gerais de Direito Tributário", que irão ofertar os critérios para a instituição e gestão dos tributos, cujo conteúdo mínimo é indicado nas alíneas em que se desdobra o inciso III do aludido artigo 146.[7]

Embora continue o tributo a desempenhar sua tradicional função de provimento aos cofres públicos dos recursos indispensáveis para a realização das atividades que incumbem ao Estado, seu emprego "extrafiscal", isto é, para a obtenção de determinados comportamentos, positivos ou negativos, tem sido cada vez mais frequente.[8]

É comum esse fenômeno – o da extrafiscalidade – materializar o "fomento", como função econômica do Estado, mediante redução ou mesmo eliminação de ônus fiscais, engajam-se em fins públicos os beneficiários[9], ainda que nem sempre a tal função se ligue, eis que pode o emprego extrafiscal do tributo voltar-se a compensar determinadas situações de desconforto, como, por exemplo, a isenção que se concede de tributos sobre o patrimônio de pessoas acometidas por doenças incuráveis e limitantes para uma série de exigências da vida civil.[10]

---

[7] CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. ICMS e equilíbrio federativo na Constituição Econômica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 25; BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Ed. Atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 11-4.

[8] CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 360, nota 4; CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 149; PEREIRA, Affonso Insuela. O Direito Econômico na ordem jurídica. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 153-154; ÁVILA, Humberto Bergmann. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 343; ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Pressupostos do estudo jurídico do ICM. Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 5, n. 15/16, p. 110, jan/jun 1981; GRILLO, Fábio Artigas. Carga tributária e desenvolvimento econômico no Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 15, n. 73, p. 78, mar/abr 2007; TORRES, Ricardo Lobo. Sistemas constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 633-636; ELALI, André de Souza Dantas & ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 14, n. 71, pp. 12-13, nov/dez 2006; BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 595; SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001, p. 126-127; SILVA, Sérgio André R. G. da. A tributação na sociedade de risco. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 14, n. 67, pp. 150-151, mar/abr 2006.

[9] PATRÍCIO, J. Simões. Curso de Direito Econômico. Lisboa: Associação dos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980, pp. 201-202; VAZ, Manuel Afonso. Direito Econômico – a ordem econômica portuguesa. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 285; NUNES, António José Avelãs. Os sistemas económicos. Coimbra: Coimbra Ed., 1973, pp. 196-7; GONÇALVES, José Renato. As finanças das autarquias locais e os incentivos fiscais ao interior. In: OTERO, Paulo, ARAÚJO, Fernando, GAMA, João Taborda da (Orgs.). Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, v. 3, p. 345; SOUZA, Washington Peluso Albino de. Lições de Direito Econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 214.

[10] BUFFON, Marciano; ARISI, Caroline Bessa. A isenção do imposto de renda para os cidadãos portadores de neoplasia maligna frente ao princípio da isonomia no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 69, p. 357, jul/dez 2016.

26.3 INCENTIVOS FISCAIS LOCAIS – CRITÉRIOS FORMAIS

O poder de conceder benefícios fiscais, inclusive para o fim de materializar "fomento", normalmente, apresenta-se como contraface do poder de impor ônus desta mesma natureza[11], ainda que já se tenha notícia, na vigência da Constituição brasileira de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, da possibilidade de o Poder Central conceder benefícios em relação a tributos locais, como forma de assegurar a submissão financeira de governos que pudessem, em tese, não ser correligionários do Presidente da República.[12]

Se, em Portugal, autorizadas pela Assembleia da República, as entidades menores podem conceder benefícios fiscais[13] – até mesmo como forma de viabilizar-lhes o acesso pelos beneficiários com maior agilidade[14] – os tipos e a amplitude desses benefícios estarão delimitados na lei autorizativa[15], diante da possibilidade efetiva de os agentes econômicos locais converterem esses benefícios em formas de criar favorecimentos[16], porque leis-quadro, como a Lei de Finanças Locais e o Estatuto dos Benefícios Fiscais, estabelecerão os critérios formais, materiais e temporais para o respectivo emprego.[17]

Vale, para o caso português, o emprego da expressão "lei-quadro"[18], que seria impróprio em relação à caracterização das "normas gerais" do Direito brasileiro, visto que estas são normas que se voltam a ofertar parâmetros para as pessoas políticas legislarem sobre as matérias de sua competência no âmbito federativo[19], enquanto diplomas, como

[11] VASQUES, Sérgio. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2015, p. 189.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento 258.338/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ-e 24 set 2010; idem. Recurso extraordinário 169.880/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU 19 dez 1996; idem. Recurso extraordinário 218.160/SP. Relator: Min. Moreira Alves. DJU 6 mar 1998; idem. Recurso extraordinário 98.437/MG. Relator: Min. Francisco Rezek. DJU 12 ago 1983.

[13] PEREIRA, Paulo Trigo. Regionalização, finanças locais e desenvolvimento. Lisboa: Ministério do Equipamento, Planeamento e Administração de Tributos, 1998, p. 72.

[14] MONCADA, Luís Solano Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 126.

[15] NABAIS, José Casalta. Direito Fiscal. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 192.

[16] VASQUES, Sérgio. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2015, p. 199.

[17] MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Os benefícios fiscais – sistema e regime. Coimbra: Almedina, 2018, p. 111.

[18] ROCHA, Joaquim Freitas da. Do valor normativo da Lei Geral Tributária (a questão do valor reforçado). In: OTERO, Paulo, PINTO, Eduardo Vera-Cruz, QUADROS, Fausto; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Org). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 2012, v. 5, pp. 726-7.

[19] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 483; CASAL, Vinicius Adami. A Lei da Liberdade Econômica à luz do Direito Econômico – análise da Lei 13.874/2019. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 77; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Federalismo fiscal e pacto federativo. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 13, n. 61, p. 187, mar/abr 2005; BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário brasileiro. Ed. atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6; FALCÃO, Amílcar de Araújo. Autonomia dos governos locais em matéria tributária. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 11, n. 47, p. 9-10, jan/mar 1957; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Imunidade tributária. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 124; SOUSA, Rubens Gomes de. O imposto sobre vendas e consignações, o imposto sobre circulação de mercadorias e a conferência de bens móveis ao capital de sociedades. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 21, n. 90, p. 430, out/dez 1967; COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 304; VIANA, Arízio de. Orçamento brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1950, p. 298; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 253; BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais do ICMS e desenvolvimento regional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 170; ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132; RAMOS FILHO, Carlos Al-

a Lei Geral Tributária, a Lei de Finanças Locais e o Estatuto dos Benefícios Fiscais, em Portugal, vão traduzir, antes, critérios para a atuação de entidades administrativas, a serem detalhados por atos normativos infralegais.[20]

No Brasil, os critérios para os entes locais disciplinarem, sempre por lei (Constituição, artigo 150, § 6.º), os benefícios fiscais, em especial para fins de fomento, estão postos tanto nas atribuições do Senado, em estabelecer o piso e o teto para alíquotas de impostos estaduais (Constituição, artigo 155, § 1.º, IV, § 2.º, V, "a" e "b" e § 6.º, I) e em fixar, para algumas operações, as próprias alíquotas (Constituição, artigo 155, § 2º, IV), quanto nos procedimentos, estabelecidos em normas gerais, para a sua instituição válida, preservando o equilíbrio econômico nacional (Constituição, artigo 155, § 2.º, XII, "g", e Lei Complementar n.º 24, de 1975, com as respectivas alterações).

É importante salientar que, para fins de fomento, as taxas, pelo seu caráter sinalagmático, raramente se prestam, embora haja notícia de isenção ou redução delas para fins de incentivo à instalação e ao desenvolvimento de atividades empresariais.[21]

O interesse, para as entidades locais, do tributo, como meio de materialização dessa função econômica do Estado, olhos postos no Direito positivo português, se voltará principalmente ao regime do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI), do Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT) e o Imposto Único sobre Circulação (IUC)[22], além da "derrama" ou adicional sobre o lucro tributável e não isento do imposto sobre rendimentos de pessoa coletiva[23]. Em relação ao Direito positivo brasileiro, a atenção deverá voltar-se ao Imposto sobre Transmissão de Imóveis Causa Mortis e Doações (ITCD), ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), devidos aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, bem como ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis inter vivos (ITBI), devidos aos Municípios e ao Distrito Federal.

berto de Moraes. Responsabilidade fiscal – aspectos fundamentais da Lei Complementar 101/2000. Manaus: Caminha Consultoria Empresarial Via Legis, 2002, p. 87; PINTO, Carlos Alberto A. de Carvalho. Contribuição de melhoria – a lei federal normativa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 2, n.12, p. 1, abr/jun 1948; LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 427, jan/mar 1950.

[20] CHARPENTIER, Jean. Les lois-cadres et la fonction gouvernementale. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l´Étranger. Paris, v. 74, n. 2, p. 226, 1958; OLIVEIRA, Fernando Albino de. CVM - Comissão de Valores Mobiliários e mercado de capitais. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 22, n. 89, p. 259-260, jan/mar 1989; VIEIRA, José Luiz Conrado. Novo regulamento do capital estrangeiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 18, n. 30, p. 158, out/dez 2005; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Curso elementar de Direito Econômico. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 105.

[21] AZEVEDO, Patrícia Anjos. A administração local e a tributação. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. Porto, n. 28, p. 187, 2018.

[22] PINTO, Ana Marisa Monteiro de Moura. A autonomia tributária local – a sua relevância e as novas exigências. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, pp. 43-4 (dissertação de mestrado).

[23] PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. Fiscalidade. Coimbra: Almedina, 2011, p. 57; MORAIS, Rui Duarte. Apontamentos ao IRC. Coimbra: Almedina, 2009, p. 202.

26.4 INSTRUMENTOS DE INCENTIVO FISCAL

Como benefícios fiscais materializadores da função estatal de fomento, no Direito português, aponta-se para as isenções, reduções de alíquota, deduções à matéria coletável, deduções à coleta e restituições que não decorram de haver sido erroneamente recolhido o tributo.[24]

No Brasil, têm-se, além das isenções, das reduções de alíquota e de base de cálculo, as concessões de crédito presumido, as remissões, o aproveitamento dos créditos de insumos e as restituições não decorrentes de o tributo ter sido erroneamente recolhido.[25]

No Direito brasileiro, podem os incentivos fiscais ser fruídos pela simples previsão em disposição abstrata, genérica, ou ter a respectiva fruição dependente de reconstituição perante a Administração (Código Tributário Nacional, artigo 179), ou ainda decorrer de ato negocial.

Em Portugal, ao lado dos atos unilaterais, decorrentes da concessão do benefício em caráter geral ou da necessidade de reconstituição dos fatos autorizativos da fruição, pode também estar ligado à celebração de contratos, como os de "estabilidade", empregados ainda antes da Constituição de 1976, disciplinados pelo Decreto-lei n.º 549/73, de 25 de outubro, em que as empresas se obrigavam a não elevar preços, ou, ao fazê-lo, não ultrapassar determinada margem, ou os compromissos assumidos, nos termos do Decreto-lei n.º 74/74, de 28 de fevereiro, pelas empresas, no sentido de incrementar produção de bens e serviços, modernização tecnológica, investimentos, promoção social do trabalho, localização, qualidade e preço de produtos.[26]

Podem estar ligados – mas não necessariamente – à concessão de benefícios fiscais os contratos de viabilização da criação e do desenvolvimento de empresas, de saneamento diante das dificuldades que estas possam enfrentar e mesmo os de assistência financeira.[27]

Todos esses instrumentos estão à disposição dos entes locais e aparecem como expressões de descentralização administrativa, no caso português, ou de entidades com autonomia política, embora gravitando em torno de um único ente soberano, no caso brasileiro.

É importante salientar que as cautelas, as quais se costuma tomar em relação ao fomento em geral e aos incentivos fiscais em particular, por traduzirem uma exceção à "regra de ouro" da economia de mercado, segundo a qual ofertantes e procurantes vão atuar com as suas próprias forças, sem o reforço de musculatura estatal, intensificam-se em face

[24] FRANCO, António L. Sousa. Finanças públicas e Direito Financeiro. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 184-5; MONCADA, Luís Solano Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 351; PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. Fiscalidade. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 399-402.

[25] HENRIQUES, Elcio Fiori. Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e orçamentário – os gastos tributários no Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 268-272.

[26] NABAIS, José Casalta. Contratos fiscais (reflexões acerca de sua admissibilidade). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, pp. 197-8; SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. Coimbra: Almedina, 1991, p. 461.

[27] VAZ, Manuel Afonso. Direito Econômico – a ordem econômica portuguesa. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1990, p. 293.

dos poderes locais, em função de poderem servir de meios aptos, conforme a pujança do ente que os conceda, a aprofundar os desequilíbrios entre as regiões do país, destruindo-o, como unidade econômica, além de comprometerem a integração econômica supranacional, em razão de serem criadas condições mais vantajosas para um dos agentes.

Daí, a necessidade de serem trabalhados os incentivos fiscais locais a partir não somente dos condicionamentos formais como também da própria tipificação estabelecida pelo Direito Positivo, de tal sorte que esta função econômica pública, indissociável da própria ideia de desenvolvimento, não se venha a desvirtuar, como só acontecer a todo poder infrene.

26.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto no contexto do Estado Unitário lusitano quanto no do Estado Federal brasileiro, as gestões locais, para promoverem os respectivos desenvolvimentos econômicos, têm à disposição mecanismos de fomento fiscal.

Se é verdade que nem todo benefício fiscal se volta ao fomento, este se manifesta em larga medida neste âmbito, minimizando o caráter conflituoso da relação fisco-contribuinte.

Por outro lado, a observância dos condicionamentos procedimentais para a outorga dos benefícios, bem como da tipicidade legal cerrada destes, é imperativa para se evitar a respectiva distorção em instrumento apto a falsear o funcionamento do mercado e a promover aprofundamentos dos desequilíbrios econômicos, especialmente, quando se trata das medidas de desenvolvimento local.

26.6 REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Pressupostos do estudo jurídico do ICM. Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 5, n. 15/16, p. 110, jan/jun 1981.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Patrícia Anjos. A administração local e a tributação. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. Porto, n. 28, p. 187, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário brasileiro. Ed. atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Ed. Atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BATISTA, Joana Paula. Remuneração dos serviços públicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963.

BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais do ICMS e desenvolvimento regional. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BUFFON, Marciano & ARISI, Caroline Bessa. A isenção do imposto de renda para os cidadãos portadores de neoplasia maligna frente ao princípio da isonomia no Estado Democrático de

Direito. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 69, p. 357, jul/dez 2016.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Curso elementar de Direito Econômico. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. ICMS e equilíbrio federativo na Constituição Econômica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Imposto Único – veneno ou remédio. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 8, n. 1, p. e352, 2020. DOI: 10.37497/revistacejur.v8i1.352. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/352 . Acesso em: 8 out. 2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1991.

CASAL, Vinicius Adami. A Lei da Liberdade Econômica à luz do Direito Econômico – análise da Lei 13.874/2019. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

CHARPENTIER, Jean. Les lois-cadres et la fonction gouvernementale. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l´Étranger. Paris, v. 74, n. 2, p. 226, 1958.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ELALI, André de Souza Dantas & ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 14, n. 71, p. 12-13, nov/dez 2006.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Autonomia dos governos locais em matéria tributária. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 11, n. 47, p. 9-10, jan/mar 1957.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Imunidade tributária. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FRANCO, António L. Sousa. Finanças públicas e Direito Financeiro. Coimbra: Almedina, 2003, v.2.

GONÇALVES, José Renato. As finanças das autarquias locais e os incentivos fiscais ao interior. In: OTERO, Paulo, ARAÚJO, Fernando, GAMA, João Taborda da (org.). Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, v. 3.

GRILLO, Fábio Artigas. Carga tributária e desenvolvimento econômico no Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 15, n. 73, p. 78, mar/abr 2007.

HENRIQUES, Elcio Fiori. Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e orçamentário: os gastos tributários no Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003.

LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 427, jan/mar 1950.

MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. Os benefícios fiscais – sistema e regime. Coimbra: Almedina, 2018.

MASAGÃO, Mário. Natureza jurídica da concessão. São Paulo: Saraiva, 1933.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MORAIS, Rui Duarte. Apontamentos ao IRC. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. Contratos fiscais: reflexões acerca de sua admissibilidade. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

NABAIS, José Casalta. Direito Fiscal. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUNES, António José Avelãs. Os sistemas económicos. Coimbra: Coimbra Ed., 1973.

OLIVEIRA, Fernando Albino de. CVM - Comissão de Valores Mobiliários e mercado de capitais. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 22, n. 89, p. 259-260, jan/mar 1989.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Federalismo fiscal e pacto federativo. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 13, n. 61, p. 187, mar/abr 2005.

PATRÍCIO, J. Simões. Curso de Direito Econômico. Lisboa: Associação dos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980.

PEREIRA, Affonso Insuela. O Direito Econômico na ordem jurídica. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. Fiscalidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PEREIRA, Paulo Trigo. Regionalização, finanças locais e desenvolvimento. Lisboa: Ministério do Equipamento, Planeamento e Administração de Tributos, 1998.

PINTO, Ana Marisa Monteiro de Moura. A autonomia tributária local – a sua relevância e as novas exigências. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014 (dissertação de mestrado).

PINTO, Carlos Alberto A. de Carvalho. Contribuição de melhoria – a lei federal normativa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 2, n.12, p. 1, abr/jun 1948.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade fiscal – aspectos fundamentais da Lei Complementar 101/2000. Manaus: Caminha Consultoria Empresarial Via Legis, 2002.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. Lições de finanças públicas. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Do valor normativo da Lei Geral Tributária (a questão do valor reforçado). In: OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz, QUADROS, Fausto; SOUSA, Marcelo Rebelo de [org]. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 2012, v. 5.

ROCHA, Joaquim Freitas. Direito Financeiro local. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Sérgio André R. G. da. A tributação na sociedade de risco. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 14, n. 67, p. 150-151, mar/abr 2006.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Lições de Direito Administrativo. Lisboa: Pedro Ferreira Ed., 1995.

SOUSA, Rubens Gomes de. O imposto sobre vendas e consignações, o imposto sobre circulação de mercadorias e a conferência de bens móveis ao capital de sociedades. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 21, n. 90, p. 430, out/dez 1967.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Lições de Direito Econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. Sistemas constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VASQUES, Sérgio. Manual de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2015.

VAZ, Manuel Afonso. Direito Econômico – a ordem econômica portuguesa. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 293.

VIANA, Arízio de. Orçamento brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1950.

VIEIRA, José Luiz Conrado. Novo regulamento do capital estrangeiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 18, n. 30, p. 158, out/dez 2005.

ZBYSZEWSKI, João Paulo. O financiamento das autarquias locais portuguesas. Coimbra: Almedina, 2006.

27. DOS EFEITOS DA POSSE

Rogério Ribeiro Domingues[1]

RESUMO: Este estudo tem por objeto analisar os efeitos jurídicos da posse no que tange às benfeitorias, às acessões, aos frutos e aos produtos, considerando a boa-fé ou má-fé do possuidor.

PALAVRAS-CHAVE: Posse. Benfeitorias. Acessões. Frutos. Produtos.

27.1 INTRODUÇÃO

A natureza jurídica da posse é controvertida. Para uns trata-se de um fato situado fora do mundo jurídico. Para outros é um fato que produz efeitos jurídicos. Há quem considere que a posse é um fato e também um direito e os que defendem que a posse em si mesma é um direito. Consequentemente, no que tange aos seus efeitos, há quem os negue, quem lhe atribua um único efeito e quem lhe confira dois ou diversos efeitos.

Pontes de Miranda[2] entende ser a posse um fato estranho ao mundo jurídico. Tanto o poder como o exercício desse poder ou a possibilidade desse exercício de poder estariam no mundo fático, não adentrando no mundo jurídico, o que só ocorre quando se constitui em direito à posse, ou seja, o *"jus possidendi"*. Para Pontes, mesmo quando há esbulho ─ que pertence ao mundo fático ─ a posse continua fora do mundo do direito, a menos que o esbulho tenha ofendido a algum direito fora da posse em si, como a propriedade, ou quando o possuidor, por via de fato, reage ao esbulho [3].

O renomado jurista sustenta que "o princípio do *"status quo"*, ou *"princípio da conservação do fáctico"*, considerado como imprescindível à paz jurídica, como à paz fáctica, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros. *"Quieta non movere""* [4]. Para Pontes, embora a posse só se dê no mundo fático, os sistemas jurídicos tiveram de formular regras jurídicas que consideram determinadas ofensas à posse como atos contrários ao direito. Examinando o artigo 502, do Código Civil de 1916, que corresponde ao § 1º, do artigo 1210, do Código Civil atual, esclarece que não há direito

[1] Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes. Ex-Professor de Direito Civil da Universidade Estácio de Sá. Advogado. rogerio@rogeriodomingues.com

[2] "No suporte fáctico da aquisição pela posse de boa-fé está a posse que diremos interditalmente tutelada, para simplificar, e êsse suporte fáctico entra no mundo jurídico desde logo, e não posteriormente como pode entrar a posse só interditalmente tutelada. Desde que o suporte fáctico da posse venha da aquisição, entra no mundo jurídico, e nasce o direito à posse, o "ius possidendi", efeito do direito subjetivo do proprietário. Aí, a posse, com a boa-fé, gera a propriedade, e a propriedade gera o direito à posse." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomo 10 – § 1059-4, p. 11).

[3] "Quem toma posse do terreno sem qualquer oposição está no mundo fáctico, e mantém-se no mundo fáctico: se alguém vem a opor-se, as duas atitudes ─ que são no mundo fáctico ─ interesssam ao direito como elementos fácticos quem podem ter ligações com o mundo jurídico, ou vir a ser elementos de suporte fáctico suficientes à incidência de alguma regra jurídica. Daí uma como abertura de portas à res facti." (*Ibidem*, Tomo 10 – § 1059-1, p. 5).

[4] *Ibidem*, Tomo 10 – § 1.109-1, p. 281.

à legitima defesa nem à recuperação da posse através da justiça de mão própria, pois não há contrariedade a direito, o que revela a existência, no sistema jurídico, do princípio do *"status quo"*, ou seja, o *"quieta non movere"* [5].

Prosseguindo, Pontes insiste que não há direito à legitima defesa: "o que se dá é que esses atos deixam de ser, por serem em *"legitima"* defesa, atos contrários ao direito". Ressalta que a legítima defesa só pode ocorrer enquanto a posse não for perdida, pois, se tal se dá, não mais se é possuídor, não se podendo dizer que haja legitima defesa da posse[6].

Portanto, para Pontes, a defesa da posse não é efeito dela decorrente, mas sim do interesse geral de assegurar o *"status quo"*, para que nada seja mudado sem ser dentro da paz. Nessa toada repele as teorias que atribuem a proteção possessória à proteção à personalidade, a ser delito o usar-se da força e a ser complemento necessário da proteção da propriedade. A razão da proteção dada à posse estaria apenas em assegurar a paz social, consoante o princípio *"quieta non movere"* [7].

Também Karl Friedrich Ferdinand Sintenis[8] considera que a posse não produz efeitos jurídicos. Sustenta que a proteção possessória e a usucapião, apontados como efeitos da posse por Savigny, não são decorrentes da posse em si. Os interditos pressupõem um ato de violência e a usucapião um título que lhe sirva de lastro.

Entre os juristas que admitem que a posse produz efeitos, alguns, como George Cornil[9], Charles Mayns[10], e Van Wetter[11], só reconhecem um único efeito: a proteção possessória. Mas há quem entenda que esse único efeito é a presunção de propriedade, como Aubry e Rau[12].

---

5 *Ibidem*, Tomo 10 – § 1.109-3, p. 282-283.

6 *Ibidem*, Tomo 10 – § 1.110-1, p. 283-284.

7 MIRANDA, *Op. Cit.*, Tomo 10 – § 1.111-1, p. 285.

8 "On a soutenu récemment que les interdits et l'usucapion n'étainent pas non plus des suítes immédiates et nécessaires de la possession, puisque les interdits supposent encore un acte de violence, et l'usucapion un titre qui lui serve de base, de sorte que la possession n'aurait pas de consequences juridiques du tout. SINTENIS (Nº72, p.252-259. Cependant cel auteur reconnait que la possession se trouve avec les interdits et l'usucapion dans um rapport médiat et indirect des plus importants, et que c'est à ce point de vue seulement que l'on s'attache en droit à constater l'existence de la possession (p.258). Comme je n'ai jamais soutenu autre chose, cet auteur n'a fait que prouver d'une manière très -convaincante ce que ni moi, ni aucun autre écrivain n'avait jamais révoqué en doute (note de la 6ª éd.)" (SINTENIS, *apud* SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de La Possession en Droit Romain*. 7.ed. Trad. Francesa de Henri Staedtler. Paris: Auguste Durand Librairie, 1866. Tomo I – § 2, p. 9 – nota 1).

9 "La protection possessoire est le produit constant et régulier de la possession sans plus, sans autre condition. Mais il n'en est pas de même de l'usucapion: celle-ci n'est pas le produit constant et régulier de la possession seule: elle est le produit de la possession jointe à une série d'autres conditions" (CORNIL, George. *Traité de La Possession dans le Droit Romain.* Paris: Fontemoing, 1905. Capítulo I – § 1º, p. 3 – nota 3*)*.

10 MAYNS, Charles. *Cours de Droit Romain*. Bruxelas/Paris: Bruylant – Christophe & Cie/A. Durand & Pedone – Lauriel, 1891. Tomo I. Livro Segundo. Capítulo I – § 89, p. 630-631.

11 "La possession produit des interdits. C'est son effet unique; tous les autres qu'on a voulu lui attribuer, ne sont pas des effets véritable. On ne peut considérer comme tel la dispense de la preuve à l'action revendicatoire; sans doute le possesseur poursuivi par cette action n'a rien à prouver; il obtient gain de cause par cela seul que le demandeur n'établit pas son droit de propriété." (WETTER, P. Van. *Cour Elémentaire de Droit Romain Ad*. Paris: Hoste/A. Durand et Pedone – Lauriel, 1875. Tomo I. Título VII. Capítulo III – § 152, p. 237).

12 Aubry e Rau (*apud* LINS. Edmundo. Ensaio Sobre a Posse. *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 1914, v. X, Capítulo II – § 1º, p. 139.)

Concordamos plenamente com Pontes de Miranda quanto ao fato de a posse ser protegida em função da manutenção da paz jurídica. Tal não ocorria no direito romano, quando não havia a ideia do monopólio da justiça pelo Estado, só sendo necessário propor a ação reivindicatória ou possessória se o titular do direito não conseguisse resolver a questão pelos seus próprios meios. Mas o fato de a posse ser protegida para assegurar a paz social não significa que ela não produza efeito jurídico nem que não esteja dentro do mundo do direito.

Para nós a proteção possessória constitui inequívoco efeito da posse, instantâneo, que se produz tão logo ela é adquirida ou se inicia, sendo oponível *"erga omnes"*, como um direito real. A proteção possessória independe de qualquer qualificação da posse. Tanto faz que ela seja legítima ou ilegítima, de boa-fé ou de má-fé, justa ou injusta, nova ou velha. Basta haver posse que há proteção. Logo, trata-se de efeito da posse, não sendo decorrência da presunção relativa de propriedade, pois ela é protegida mesmo quando o possuidor não é nem alega ser proprietário, podendo defendê-la até contra o dono.

A ideia de que a defesa da posse pressupõe um ato de violência, sendo efeito desta e não da posse, não nos parece lógica, pois a posse é que é protegida. Fazemos coro com Caio Mário da Silva Pereira[13] quando diz que se trata de negativismo injustificável. Como visto, qualquer posse, independentemente de seus atributos, é protegida.

A proteção possessória é o único efeito produzido por qualquer posse, como expõe Edmundo Lins[14] com clareza. Outros efeitos há, porém exigem outras condições acidentais, como na usucapião, que requer posse própria, tempo e outros elementos, conforme a espécie.

A interminável discussão doutrinária acerca dos efeitos da posse não nos parece ter consequências práticas, pois, como lembra Astolpho Rezende[15], a posse tem os efeitos que a lei lhe atribui. Não cabe negá-los, pois o legislador assim os considera e proclama, nas palavras de Caio Mario[16]. Do mesmo modo Clovis Bevilaqua[17] enfatiza que os efeitos da posse devem ser considerados em face da lei, com o que estamos de total acordo.

A proteção possessória e a usucapião não serão objeto deste estudo. Examinaremos aqui os demais efeitos previstos em lei, com análise prévia do momento em que cessa a boa-fé, tal a relevância da averiguação do fato de a posse ser exercida com boa-fé ou má-fé e, sendo de boa-fé, em qual momento ela cessa.

---

[13] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. IV. Capítulo LXVI – 295, p. 46.

[14] LINS, *Op. Cit*., Capítulo II – § 1º, p. 139; 143.

[15] REZENDE, Astolpho. A Posse e a Sua Proteção. São Paulo: Saraiva, 1937. Capítulo 15º-177, p. 430.

[16] "Outros efeitos gera a posse, embora exijam a presença de elementos qualificados, modificativos e adicionais. Não são efeitos exclusivos, mas oriundos da posse condicionada, ou da posse acompanhada de algo mais. Não cabe, porém, negá-los, pois que o legislador assim os considera e proclama." (PEREIRA, *Op. Cit*., Capítulo LXVI – 295, p. 46).

[17] BEVILAQUA, Clovis. Direito das Coisas. 5ª ed, atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, (s/d), v. I. Capítulo II – § 18, p. 53-54.

27.2 A BOA FÉ E OS EFEITOS DA POSSE

A boa-fé, além de reduzir o prazo da usucapião, permite ao possuidor não ter que restituir os frutos colhidos. Confere-lhe o direito de ser indenizado pelo valor das benfeitorias úteis ou necessárias, podendo retê-las enquanto não for indenizado. Pode levantar as benfeitorias voluptuárias, desde que não cause dano à coisa principal e que não seja por elas ressarcido. Há ainda o direito à indenização pelas acessões que fizer em prédio alheio. Evidencia-se, pois, a importância da averiguação da boa-fé ou má-fé do possuidor e também, na hipótese de boa-fé, a fixação do momento em que ela cessa.

Todavia, para análise das consequências da boa-fé nos efeitos da posse, é imperioso ressaltar que a boa-fé não exige necessariamente a crença de que se adquiriu o domínio, como afirmam diversos autores, como Lafayette Rodrigues Pereira[18] e Carlos Roberto Gonçalves[19], entre outros.

É que há duas espécies de boa-fé. Uma não requer a convicção de que se adquiriu a propriedade, mais sim de que se obteve posse legítima, como ocorre com quem adquire o usufruto ou firma contrato de locação com quem não podia ceder o usufruto nem locar, sem saber. Essa boa-fé permite ao possuidor não ter que restituir os frutos, ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias e os demais efeitos que estamos analisando. Mas essa posse direta de boa-fé não se presta à usucapião. Para tanto impõe-se que se acredite estar adquirindo o domínio. Essa é a segunda espécie de boa-fé, que além de produzir todos os efeitos aqui abordados propicia e reduz os prazos da usucapião.

Sendo a boa-fé o desconhecimento pelo possuidor dos vícios que maculam a posse, ela desaparece quando o possuidor passa a conhecê-los. O artigo 1202, do Código Civil, dispõe que a boa-fé só perde este caráter desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente. Em consequência, o possuidor só terá direito aos frutos se no momento em que os colher estiver de boa-fé. As benfeitorias e acessões só acarretam o direito à indenização se feitas enquanto o possuidor estiver de boa-fé.

Na ausência de circunstâncias que determinem o momento em que o possuidor teve ciência dos vícios que inquinam sua posse têm-se entendido que a partir da citação a posse seja considerada de má-fé, como leciona Marco Aurélio Bezerra de Mello[20]. Astolpho

[18] "Possuidor de boa-fé, para o efeito de fazer seus os frutos percebidos, se diz aquele que possue a coisa com a convicção de proprietário. Essa convicção requer um título (7), mas como o título é antes um elemento da boa-fé do que uma condição essencial da aquisição, nada importa seja vicioso na fórma ou na substância (8), ou que seja meramente putativo (9). Em qualquer destes casos, embora inhábil para transferir domínio, o título é suficiente para fundamentar a boa-fé, desde que o possuidor lhe ignore o vício." (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1943. Capítulo II. Título Terceiro – § 57, p. 120 [adaptação do Código Civil, por José Bonifácio de Andrade e Silva]).

[19] "A condição fundamental, pois, para que o possuidor ganhe os frutos é sua boa-fé, ou seja, o pensamento de que é proprietário. Tal condição vem expressamente exigida pelo artigo 1214 do diploma civil." (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Coisas. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Capítulo VIII – 1.1, p. 202).

[20] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Capítulo II-8.4, p. 42-43.

Rezende[21] lembra que a lei não exige a citação para configurar a má-fé, que pode existir antes. Mas, se o reivindicante não tiver como prová-la, ao menos a partir da citação ela estará caracterizada. A princípio a citação só determinará a má-fé se a ação movida contra o possuidor for julgada procedente. Para Orlando Gomes[22], a partir da contestação, ainda que a pretensão do reivindicante seja infundada e improcedente, o possuidor, mesmo não convertido em possuidor de má-fé, teria abalada sua convicção, não conservando a boa-fé com a força da ausência de qualquer dúvida. Charles Mayns[23] sustenta que está longe de ser exato o entendimento de que após a contestação o possuidor de boa-fé se torna de má-fé. Mas admite que esse possuidor de boa-fé, a partir da contestação, terá sua responsabilidade, em certas situações, tão rigorosa quanto a do possuidor de má-fé, mas somente se for condenado a restituir a coisa.

Apesar de reconhecermos que a partir da contestação há as limitações apontados por Orlando Gomes e Charles Mayns, entendemos que o conhecimento da existência de uma ação, através da citação, que pode traduzir uma pretensão sem fundamento, por si só, não pode por fim à boa-fé do possuidor. Somente a procedência da ação é que acarretaria na sua inequívoca má-fé, sem qualquer dúvida ciente dos vícios de sua posse, ao menos desde a citação.

Ao contrário do direito romano, em que havia a regra *"mala fides superveniens non nocet"*, nosso direito exige que a boa-fé perdure no exercício da posse, não sendo suficiente que ela tenha ocorrido no momento de sua aquisição, como dispõe o artigo 1202, do Código Civil.

Essa regra do direito romano, ou seja, a má-fé posterior não macular a posse adquirida com boa-fé, ao nosso ver prevalecia apenas em relação à posse adquirida com *"justum initium"*, que levava à usucapião, cujo prazo não se interrompia pela má-fé posterior do adquirente, que era protegido pela *"exceptio doli"*, pela *"exceptio rei venditae et*

[21] REZENDE, *Op. Cit.*, Capítulo XIII – 166, p. 409.

[22] "Cessa a boa-fé com a contestação da lide. Não é improvável que, a despeito da ação, mantenha o possuidor a convicção de que a sua posse é legítima. A pretensão do reivindicante pode ser infundada e improcedente. Desse modo, a lide propriamente não converte o possuidor de boa-fé em possuidor de má-fé. Impede, no entanto, que continue a fruir a coisa com a desenvoltura do seu legítimo e incontestado senhor, porque, desde então, sabe que a sentença pode favorecer ao autor da ação. Esta possibilidade abala, por sem dúvida, sua convicção. Não é possível, por conseguinte, admitir que conserve a boa-fé, com a força que lhe imprime a ausência de qualquer dúvida. Por outro lado, a sentença deve ser retroperante, como é. Reconhecido o direito do reivindicante, é justo que se lhe restituam os frutos colhidos no curso da ação. A lei presume que desde a contestação da lide tenha cessado a boa-fé do possuidor." (GOMES, Orlando. Direitos Reais. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Capítulo VI – 45, p. 59).

[23] "On dit souvant, et les jurisconsultes romains l'avaient déja dit, qu'après la litis contestatio, le possesseur de bonne foi est assimilé au possesseur de mauvaise foi. Cette proposition est loin d'être exacte. ll est vrai que, par la litis contestatio, le défendeur de bonne foi est averti des prétentions qu'un autre élève sur la chose et que par conséquent il n'en peut plus disposer qu'à ses risques et périls; il est vrai encore que, le lien obligatoire qu'il contracte par le iudicium acceptum peut, à certains égards, lui imposer une responsabilité aussi rigoureuse que cele qui pèse sur le possesseur de mauvaise foi. Mais il n'en existe pas moins entre les deus positions des différences importantes, même au point de vue purement pratique. Ainsi le possesseur de mauvaise foi est constitué en demeure par la litis contestatio, tandis qu'il ne peut être question de demeure de la part du défendeur de bonne foi, tant qu'il n'a pas appris par le jugement qu'il est tenu de restituer." (MAYNS, *Op. Cit.*, Tomo I, Livro Segundo, Título Primeiro – § 119, p. 784-785).

traditae" e pela ação publiciana. A segunda espécie de boa-fé, não fulcrada na crença da aquisição do domínio, que também era conhecida no direito romano, como registra Pietro Bonfante[24], também se transformava em posse de má-fé, com a ciência do vicio, como demonstra Charles Mayns[25] ao dizer que a boa-fé cessava, transformando-se em má-fé ao menos a partir da *"litis contestatio"*, se houvesse condenação em restituir a coisa.

Porém, especial atenção merece o artigo 1212, do Código Civil, correspondente no artigo 504, do Código Civil de 1916, que acolhe a regra romana, como bem percebeu Marcus Vinicius Rios Gonçalves[26], ao dispor que o possuidor pode propor a ação de esbulho ou a de indenização contra o terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. Logo, se o terceiro recebeu a coisa esbulhada sem saber do esbulho, estando de boa-fé no momento da aquisição, não poderá ser demandado pela via possessória, ainda que venha a ter conhecimento posterior do esbulho e da ilegitimidade de sua posse. Correto o Enunciado de nº 80, da I Jornada de Direito Civil: "É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real."

Vale alertar que esse terceiro blindado contra a reintegração de posse é o que tem o justo título lastreado na crença de que é dono. O terceiro de boa-fé que simplesmente possui por força de um desdobramento da posse, em que o possuidor indireto não tem boa-fé, poderá ser retirado da posse direta conjuntamente com o possuidor indireto. É que a posse do possuidor direto é mero desdobramento da posse do possuidor indireto. Os direitos que tiver, inclusive a indenizações, decorrentes de sua boa-fé, o possuidor direto deverá opô-los ao possuidor indireto, este sim, de má-fé e responsável pela reparação dos danos causados.

Como só pode haver boa-fé se houver justo título, ou ao menos a crença justificada na sua existência, esse terceiro há de ter adquirido a posse de quem se fez passar por proprietário ou legítimo possuidor. Apesar desse terceiro que acredita ser dono ficar protegido no que tange à reintegração de posse, só podendo ser desalijado por ação petitória, esse terceiro será possuidor de má-fé a partir da ciência da ilegitimidade de sua posse, sujeitando-se as suas consequências com relação às benfeitorias, às acessões, aos frutos e aos

[24] BONFANTE, Pietro. Instituciones de Derecho Romano. 8. ed. Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Academia Editorial Reus, 1929. p. 322-323.

[25] "On dit souvant, et les jurisconsultes romains l'avaient déja dit, qu'après la litis contestatio, le possesseur de bonne foi est assimilé au possesseur de mauvaise foi. Cette proposition est loin d'être exacte. ll est vrai que, par la litis contestatio, le défendeur de bonne foi est averti des prétentions qu'un autre élève sur la chose et que par conséquent il n'en peut plus disposer qu'à ses risques et périls; il est vrai encore que, le lien obligatoire qu'il contracte par le iudicium acceptum peut, à certains égards, lui imposer une responsabilité aussi rigoureuse que cele qui pèse sur le possesseur de mauvaise foi. Mais il n'en existe pas moins entre les deus positions des différences importantes, même au point de vue purement pratique. Ainsi le possesseur de mauvaise foi est constitué en demeure par la litis contestatio, tandis qu'il ne peut être question de demeure de la part du défendeur de bonne foi, tant qu'il n'a pas appris par le jugement qu'il est tenu de restituer." (MAYNS, *Op. Cit.*, Tomo I, Livro Segundo, Título Primeiro – § 119, p. 784-785).

[26] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Dos Vícios da Posse. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 40-41.

produtos, respondendo até mesmo por indenizar os prejuízos causados posteriormente à perda da boa-fé, como, por exemplo, os lucros cessantes até a restituição da coisa.

27.3 BENS PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS

Recíprocamente considerados os bens são principais e acessórios. Principais são aqueles que têm existência própria, independente da de qualquer outro bem. Acessórios são os cuja existência depende da do bem principal. São acessórios as benfeitorias, as acessões, os frutos e os produtos. A regra é o bem acessório seguir o principal, pertencendo ao dono deste. Mas, quando o possuidor não é dono, tampouco tem posse legítima, porém desconhece o vício, estando de boa-fé, essa regra sofre modificações.

27.4 BENFEITORIAS E ACESSÕES

Benfeitorias são melhoramentos feitos no bem principal e podem ser necessárias, para sua conservação, úteis, quando aumentam ou facilitam sua utilização, ou voluptuárias, as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o seu uso habitual, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. As acessões são acréscimos feitos no bem principal e sofrem tratamento jurídico diferente das benfeitorias.

Os efeitos da posse em relação às benfeitorias e acessões são diferentes se o possuidor estiver de boa-fé ou de má-fé. A lei os trata de modos distintos, tanto quanto aos direitos como quanto às obrigações.

27.4.1Possuidor de boa-fé

O possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias que tiver feito na coisa, conforme o artigo 1219, do Código Civil, que o autoriza também a levantar as benfeitorias voluptuárias, se o puder sem detrimento da coisa e se o reivindicante não preferir indenizá-las.

Há ainda, conferido pelo mesmo dispositivo legal, o direito, exclusivo do possuidor de boa-fé, de reter a coisa enquanto não for indenizado pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias. Cabe observar que esse direito de retenção deve ser alegado na contestação, como dispõe o §2º, do artigo 538, do Código de Processo Civil.

Quanto às acessões, o possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado, nos precisos termos do artigo 1255, do Código Civil. Se o valor das acessões for superior ao do terreno em que se plantou ou edificou, o possuidor de boa-fé adquirirá a propriedade do solo mediante pagamento do valor do terreno, fixado por acordo ou judicialmente, como prevê o § único, do artigo 1255, não existente no Código Civil anterior.

27.4.2Possuidor de má-fé

Diferentemente do possuidor de boa-fé, o possuidor de má-fé não tem direito à indenização pelo valor das benfeitorias úteis, tampouco o de levantar as voluptuárias. Mas

tem direito, conferido pelo artigo 1220, do Código Civil, a ser indenizado pelo valor das benfeitorias necessárias, embora não lhe assista o direito de retenção.

Sem dúvida, o não ressarcimento das benfeitorias necessárias realizadas pelo possuidor de má-fé importaria em enriquecimento sem causa pelo reivindicante. Não se pode perder de vista que essas benfeitorias eram necessárias à conservação da coisa, não se justificando que não sejam indenizadas.

A indenização pelo reivindicante do valor das benfeitorias necessárias ao possuidor de má-fé, assim como pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias ao possuidor de boa-fé, quando este deu causa à deterioração da coisa, compensam-se com os danos, nos termos do artigo 1221, do Código Civil.

Pode o reivindicante, obrigado a pagar ao possuidor de má-fé as benfeitorias necessárias, optar, consoante o artigo 1222, do Código Civil, entre o seu valor atual e o seu custo. O fundamento é questionável. Se, por um lado, evita premiar o possuidor de má-fé com eventual valorização das benfeitorias, sob o pretexto de não permitir o seu enriquecimento sem causa, por outro lado permite que o reivindicante se enriqueça face à desvalorização da moeda, que avilta o poder de compra do valor do custo. Arnoldo Wald[27] critica o dispositivo legal e defende uma reforma legislativa que determine a atualização do valor dispendido nas benfeitorias necessárias, como, de há muito tempo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Do modo que está disposto na lei, permitindo que o reivindicante escolha entre o valor atual e o custo, sem dúvida pode haver um enriquecimento sem causa pelo reivindicante, exatamente ao contrário da intenção do legislador. A atualização monetária do valor dos custos também não nos parece a solução ideal, podendo propiciar enriquecimento sem causa ainda assim.

O correto, para evitar o enriquecimento sem causa, seria determinar que a indenização seja pelo valor atual das benfeitorias, como defende Carvalho Santos[28]. Afinal, se

[27] "O princípio nesta matéria é evitar o enriquecimento à custa alheia tanto por parte do reivindicante (que poderá pagar o valor do objeto recebido – valor atual) como do possuidor (que poderá ser pago de acordo com o que gastou – valor histórico). É interessante assinalar que a indenização de acordo com o preço de custo poderá ser, muitas vezes, fonte de injustiça, pois o possuidor gastou certa quantia, correspondente, na época, a determinado poder aquisitivo, e, tempos depois, receberá a mesma quantia, com um poder aquisitivo ou valor real muito inferior. Seria o caso de, numa reforma legislativa ou mediante construção jurisprudencial, aplicar ao preço de custo das benfeitorias a correção monetária, já agora consagrada como princípio geral de direito vigente. Nesse sentido já se manifestou, aliás, o Supremo Tribunal Federal em acórdão do qual foi relator o Ministro Leitão de Abreu (RE 76.773, julgado em 23-9-1974 – RTJ, 70/785) reconhecendo, no caso, a existência de uma dívida de valor." (WALD, Arnoldo. Direito Civil: Direito das Coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV. Capítulo VI – 4, p. 108.)

[28] "A argumentação não convence. Porque o justo seria que o reivindicante pagasse as benfeitorias que passam a seu patrimônio pelo seu valor atual, em qualquer hipótese. Nem é verdade que o possuidor recebendo a importância do valor atual das benfeitorias, ao invés do que dispendeu, estivesse tendo lucro, ou se locupletando, à custa do proprietário. E a razão é obvia: porque a valorização se deu ainda quando o imóvel em poder do possuidor, passando para o patrimônio do reivindicante já valorizado. Ora, si assim é, só com muito boa vontade, para não dizer com sofisma, se poderá admitir que o possuidor tenha se locupletado à custa do proprietário, no caso de receber o valor atual das benfeitorias. Que lucro tem o possuidor à custa do reivindicante, em tais casos, não podemos perceber: a) porque si as benfeitorias não fossem feitas pelo possuidor, naturalmente, o imóvel não se teria valorizado: b) porque si as benfeitorias fossem feitas na ocasião

houver valorização, o reivindicante estará indenizando pelo valor que entrou no seu patrimônio, inferior ao custo atualizado monetariamente ainda que o possuidor receba mais do que dispendeu. Mas pode ocorrer o contrário. Se a coisa perder o valor, o reivindicante continuará pagando a indenização pelo valor que integrou seu patrimônio.

Ao contrário do possuidor de boa-fé, que é indenizado pelas acessões que fizer em terreno alheio, podendo até mesmo adquirir a propriedade do solo, o possuidor de má-fé perde para o dono do solo o que tiver plantado, semeado ou edificado em terreno alheio, como disposto no artigo 1255, do Código Civil, sem direito à indenização.

O princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa não é violado, a nosso ver, quando o legislador não determina que o dono do solo indenize o possuidor de má-fé pelas edificações e plantações feitas em sua propriedade. O possuidor de má-fé tem plena consciência de que construiu ou plantou em terreno alheio e, diferentemente das benfeitorias necessárias, não se pode imputar ao dono o ônus de realizá-las ou indenizá-las. Nas benfeitorias necessárias a coisa necessitava das obras sob pena de deterioração, o que não ocorre na hipótese de acessão.

27.5 FRUTOS E PRODUTOS

A percepção do fruto não diminui a coisa principal. Já o produto retirado do bem principal, como as pedras de uma pedreira, diminui sua quantidade, tendo o legislador lhes dispensando tratamento diferenciado.

Os frutos podem ser pendentes, que ainda não estão em condições de ser colhidos, percipiendos, que poderiam e deveriam ter sido colhidos, mas não foram, e percebidos, que foram colhidos estando já separados da coisa principal. Estes se subdividem em existentes e consumidos.

Também se classificam os frutos em naturais, industriais e civis. Naturais são os que se renovam pela natureza, como os produtos agrícolas, industriais os que decorrem da produção humana, como os produtos de uma fábrica, e civis são os rendimentos, como alugueres e juros.

A relevância dessa classificação se cinge ao momento da percepção. Os frutos naturais e industriais entendem-se colhidos e percebidos logo que são separados do bem principal, ao passo que os frutos civis reputam-se percebidos dia por dia, na redação do artigo 1215, do Código Civil.

Trata-se de ficção que permite ao possuidor receber os frutos enquanto esteve de boa-fé, ainda que, de fato, não os tenha colhido. O possuidor de boa-fé terá direito a receber os frutos como se fossem percebidos dia por dia, mas deverá restituí-los se recebidos por antecipação, como muito bem expõe Orlando Gomes[29].

em que o imóvel passou para o reivindicante, certo que não teria nesse momento, o valor atual, que nada, pois, ficou dependente da atuação ou do direito do reivindicante." (SANTOS, J.M de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. v. VII. p.232. art.519)

[29] "A percepção dos frutos civis ou rendimentos, como os juros e aluguéis, não se efetiva por ato mate-

27.5.1Os frutos e a boa-fé

O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos, mas não aos pendentes e percipiendos, conforme o artigo 1214, do Código Civil. Quanto a estes, nos termos do seu § único, o possuidor de boa-fé terá direito a ser ressarcido pelas despesas com a produção e custeio, sem o que haveria enriquecimento sem causa pelo reivindicante. Os frutos porventura colhidos com antecipação devem ser restituídos, ainda em conformidade com o comando legal em comento.

Esse direito aos frutos percebidos limita-se, a nosso ver, aos consumidos, devendo ser restituídos os ainda existentes. Nosso Código Civil não esclarece esse ponto, mas é o que nos parece correto e está em conformidade com o direito romano. Charles Mayns[30] ensina que o possuidor de boa-fé deve restituir todos os frutos que se acham com ele, mas não os que consumiu. Também não responde o possuidor de boa-fé pelos frutos que deixou de colher, exatamente como era no direito romano.

27.5.2Os frutos e a má-fé

O possuidor de má-fé responde por todos os frutos percebidos, desde o momento em que se constituir de má-fé. Responde também pelos frutos que, por culpa sua, deixou de perceber, conforme o artigo 1216, do Código Civil. Mas tem direito às despesas de produção e custeio, sob pena de violação ao princípio geral de direito que interdita o enriquecimento sem causa.

Se o possuidor de má-fé tiver desdobrado sua posse, cedendo a posse direta a terceiro de boa-fé, que desconheça o vício, o possuidor de má-fé, agora na posse indireta, responderá por todos os frutos colhidos por este terceiro, como bem expõe Carvalho Santos[31] nos comentários ao artigo 513, do Código Civil de 1916, equivalente ao artigo 1216, do Código atual.

27.5.3Produtos

A extração dos produtos, diferentemente dos frutos, diminui a coisa principal. De tal sorte o possuidor responde pelos produtos, quer seja possuidor de boa-fé, quer seja de má-fé. Uma vez mais prevalece o impedimento ao enriquecimento sem causa.

---

rial, mas, por presunção da lei, que os considera percebidos dia por dia. Também devem ser restituídos, se recebidos com antecipação. Mas, ao contrário do que se verifica com os frutos naturais e industriais, não é necessário que tenham sido efetivamente recebidos. O possuidor terá o direito de os receber até o dia em que cessar a boa-fé. Adquirem-se de die in diem." (GOMES, *Op. Cit.*, Capítulo VI – 45, p. 60).

30 MAYNS, *Op. Cit.*, Tomo I, Livro Segundo, Título Primeiro – § 119, p. 783-784.

31 "O possuidor de má-fé por outro lado, responde não somente pelos frutos por ele colhidos e percebidos, mas também por aqueles frutos que a coisa produziu e que foram colhidos e percebidos por terceiro, a quem ele transmitiu a coisa usurpada, como está firmado no conceito da melhor doutrina." (SANTOS, *Op. Cit.*, v. VII – artigo 513-2, p. 208).

27.6 PERDA E DETERIORAÇÃO DA COISA

O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa, na dicção do artigo 1217, do Código Civil. A regra geral é não responder pela perda e deterioração da coisa. Contudo, se proceder com culpa ou dolo, responderá, não obstante sua boa-fé.

O possuidor de má-fé, consoante o artigo 1218, do Código Civil, responde pela perda e deterioração da coisa, ainda que acidental, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, se a coisa estivesse na posse do reivindicante.

Comentando esse dispositivo legal no Código anterior, Carvalho Santos[32] diz que é costume supor que, se um imóvel foi destruído por um terremoto ou por um incêndio causado por um raio, estaria excluída a responsabilidade do possuidor de má-fé. Mas pondera, no caso do raio, que o reivindicante pode demonstrar que o incêndio se deu por falta do para-raio.

Como visto, a regra é o possuidor de má-fé responder pela perda e deterioração da coisa mesmo se houver caso fortuito ou força maior. Mas, se tal se der, caberá a ele demonstrar que o dano teria ocorrido do mesmo modo se a coisa estivesse na posse do reivindicante. Acreditamos que essa demonstração será desnecessária na maioria dos casos, como na hipótese de terremoto. Arnoldo Wald[33] dá como exemplo de o possuidor de má-fé ser responsabilizado em caso de força maior, este ter levado a coisa para um local em que foi destruída por um tufão.

Portanto, o possuidor de boa-fé só responde se for provada sua culpa ou dolo. O possuidor de má-fé, por sua vez, responde sem sequer poder demonstrar que não agiu com culpa, pois, como lembra Arnoldo Wald[34], "a própria posse de má-fé é considerada, por si só, como ato culposo". Desse modo, não há a presunção "*juris tantum*" de culpa do possuidor de má-fé, invertendo-se o ônus da prova, como entende Carlos Roberto Gonçalves[35]. A razão está com Arnoldo Wald, quando assinala que a má-fé, em si, já caracteriza a culpa. A única exceção é para a hipótese de caso fortuito ou força maior, em que o possuidor de má-fé pode demonstrar que a perda ou deterioração se dariam ainda que a coisa estivesse em poder do reivindicante.

---

[32] *Ibidem*, v. V – artigo 515-3, p. 216.
[33] *Ibidem*, Capítulo 7-3, p. 106.
[34] WALD, *Op. Cit.*, Capítulo 7- 3, p. 106.
[35] "Há, no caso, uma presunção juris tantum de culpa do possuidor de má-fé, invertendo-se o ônus da prova. A ele compete o ônus de comprovar a exceção, isto é, que do mesmo modo se teriam dado as perdas, estando a coisa na posse do reivindicante. Não basta a prova da ausência de culpa nem da força maior." (GONÇALVES, *Op. Cit.*, Capítulo VIII- 2, p. 207).

27.7 CONCLUSÃO

Malgrado a opinião em contrário de autores como Pontes de Miranda e Sistenis, que negam que a posse produza efeitos por ela mesma, parece-nos que ao menos a proteção possessória é um efeito que dela decorre sem necessidade de elementos acidentais, como o tempo e a boa-fé

De toda forma a lei inegavelmente confere diversos efeitos à posse. Todavia, preferimos não examinar neste estudo a proteção possessória, tampouco a usucapião, por serem temas por demais extensos, que merecem análise mais acurada a ser feita em apartado. Cingimos nosso trabalho aos efeitos que ocorrem nas benfeitorias, acessões, frutos e produtos, com enfoque especial na boa-fé ou má-fé do possuidor, que os modifica significativamente.

28. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA *EX LEGE*: O CASO DO ART. 310, §2.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ronny Peterson Nunes dos Santos[1]
Hugo Azevedo de Moura[2]

RESUMO: O art. 310, §2.º do Código de Processo Penal brasileiro, fora introduzido pela Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o qual previu uma hipótese de prisão *ex lege*. Nas últimas décadas, diversas hipóteses de vedação apriorística da liberdade provisória surgiram na legislação, tendo todas elas sido extirpadas do ordenamento jurídico. Analisando esses casos, o estudo questiona a constitucionalidade do art. 310, §2.º, frente ao princípio da individualização da pena, do devido processo legal e da presunção de inocência, previstos no art. 5.º, incisos XLVIII, LIV e LVII da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; Prisão *ex lege*; Prisão preventiva; Inconstitucionalidade.

28.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o artigo 310, §2.º do Código de Processo Penal[3], que criou uma hipótese de prisão preventiva *ex lege*. Segundo o dispositivo legal, introduzido em nosso ordenamento pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), veda-se a concessão da liberdade provisória por ocasião da audiência de custódia, quando o agente for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia e portar arma de fogo de uso restrito.

O trabalho parte de uma breve análise do histórico de debates legislativos que levaram à edição do Pacote Anticrime, a fim de melhor compreender a orientação político-criminal que conduziu a sua elaboração, demonstrando-se que o texto promulgado se distanciou em alguns pontos da proposta inicial.

Em seguida, o estudo prossegue, analisando outras legislações que também positivaram hipóteses de prisão *ex lege*, sendo elas a Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990), a primeira Lei das Organizações Criminosas (Lei n.º 9.034/1995), o Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003) e a atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006).

[1] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Prática Penal da Universidade Federal Fluminense. Advogado. *E-mail*: ronny.nunes@outlook.com
[2] Graduado pela Universidade Federal Fluminense. *E-mail*: hugoazevedomoura@id.uff.br
[3] Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...]
§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Como se verá, em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar a controversa prisão obrigatória por lei, sempre rejeitando a literalidade dessas previsões, reafirmando que não é possível a decretação da prisão preventiva sem uma análise atual dos requisitos do art. 312 do CPP[4], à luz da inafastável cautelaridade da medida.

A partir disto, é que o trabalho pretende demonstrar por que a previsão do art. 310, §2.º do CPP, nada mais do que é uma repristinação da prisão *ex lege,* prevista nessas legislações pretéritas, já derrotadas pela jurisprudência do STF. Dessa maneira, pretende-se apontar que o parágrafo, introduzido pela Lei Anticrime no art. 310 do CPP, é tão inconstitucional quanto os seus predecessores.

Essa incompatibilidade com a Lei Maior, como visto, decorre do choque frontal do dispositivo questionado com princípios constitucionais penais e processuais penais, como a individualização da pena, a presunção de inocência, o devido processo legal, a fundamentação das decisões judiciais e o livre convencimento do juiz.

28.2 O CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME (LEI N.º 13.964/2019)

Em "As prisões da miséria", Loic Wacquant explicita o processo de definhamento das políticas do estado de bem-estar social em contrapartida à emergência de um estado penal.[5] Sobretudo, com o Movimento de Lei e Ordem nos Estados Unidos, na década de 1980, observou-se o surgimento de políticas de "tolerância zero" e de guerra indiscriminada às drogas, as quais intensificaram a criminalização das populações marginalizadas.[6]

Segundo Jackie Wang, no contexto norte-americano, essa tendência segue muito atual. O desinvestimento nas políticas sociais – das quais pretos, latinos e pobres sempre foram os mais carentes – e o reinvestimento na polícia e nas prisões – de quem eles são os maiores alvos – seguem sendo faces de um movimento encarcerador em massa, profundamente racializado.[7]

Essas estruturas, que apostam no processo de recrudescimento das políticas puniti-

[4] Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

[5] WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

[6] TAKAGI, Paul; PLATT, Tony. Racism and imprisonment in the United States in the 1980s: A policy analysis. 1982. Disponível em: https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/86404NCJRS.pdf. Acesso em 21 ago.2023. Em tradução livre: a grande proporção de mulheres e homens negros nas instalações penais do país é explicada pelo racismo institucionalizado, especificamente a discriminação sistemática contra os pobres e as minorias em cada etapa do processo de justiça criminal – concentração de polícia nas comunidades mais oprimidas, acusação seletiva, uso desigual de fiança e recursos legais, sentenças punitivas etc. Essas práticas discriminatórias são ainda mais agravadas durante a atual crise econômica de longo prazo, na qual um clima de "lei e ordem" de direita promove a culpabilização das minorias. Juízes e outros oficiais de justiça criminal estão atualmente sob enorme pressão para impor sentenças mais severas, para articular e agir com base em estereótipos racistas sobre a criminalidade das minorias.

[7] WANG, Jackie. Capitalismo Carcerário. 1 ed. Igra Kniga. Tradução de Bruno Xavier. São Paulo: Igrá Kniga: 2022, pp. 85-87.

vas e na identificação de um inimigo comum, estão na gênese do processo que concebeu a Lei n.º 13.964/2019. Na visão crítica de Aury Lopes Junior, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Alexandre Morais da Rosa, trata-se de lei emergencial e demagógica que, na realidade, apresentou-se muito mais como um impulso e desejo de seu criador, o Ex-Juiz e então Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, do que propriamente "um debate qualificado com setores importantes da sociedade, com as instituições que compõem o sistema de justiça criminal e, sobretudo, com a academia".[8]

Apesar disso, ao menos retoricamente, o referido pacote mirou em um inimigo diferente: a Lei n.º 13.964/2019 propôs-se precipuamente a combater a criminalidade econômica e a enfrentar a corrupção. Contudo, o que se observou, na verdade, foi o "manejo de um arsenal muito bem montado, com o objetivo claro de atingir a mesma clientela: pobres e negros"[9], os quais representam a maior parcela dos mais de 800 mil presos que integram o sistema penitenciário brasileiro.[10]

Faz-se necessário destacar o contexto dos debates legislativos que antecederam a edição da Lei n.º 13.964/2019, em especial na Câmara dos Deputados. Primeiramente, constituiu-se um grupo de trabalho, destinado, de forma exclusiva a analisar os Projetos de Lei n.º 10.372 de 2018[11] e 10.373[12], ambos de 2018, propostos por uma comissão de juristas, coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, bem como o Projeto de Lei n.º 882 de 2019[13], proposto pelo Poder Executivo, sob a liderança do hoje Senador Sérgio Moro (UNIÃO-PR).

Os referidos projetos pretenderam modificar o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e diversas legislações penais extravagantes, como a Lei de Drogas, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Organizações Criminosas.

As propostas, apresentadas pela Comissão de Juristas, se notabilizaram pelas sugestões de aumento de penas para crimes cometidos com armas de fogo, alçando-os à categoria de crimes hediondos. Por sua vez, a proposição do Poder Executivo buscou sintetizar as medidas centrais, propostas durante a campanha presidencial de Jair Bolsonaro, incorporando, no ordenamento, por exemplo, a previsão da legítima defesa nos casos de policiais e agentes de Segurança Pública em situação de "conflito armado" ou envolvendo reféns, assim como para modificar a disciplina do excesso nessas mesmas situações.

[8] LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. Pacote Anticrime: um ano depois. E-book. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 8.
[9] Ibidem.
[10] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.
[11] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10372/2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL%2010372/2018. Acesso em: 27 ago. 2023.
[12] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10373/2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666498&filename=PL%2010373/2018. Acesso em: 27 ago. 2023.
[13] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/201. Acesso em: 27 ago. 2023.

Cabe assinalar que ainda havia pontos coincidentes nas duas frentes legislativas, como a previsão da figura do *whistleblower* (o "informante do bem" ou "cidadão colaborador"), ainda pouco conhecida em nosso ordenamento jurídico.

O Grupo de Trabalho, coordenado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI), abrigou parlamentares de diferentes correntes políticas: Deputados Capitão Augusto (PR-SP), João Campos (PRB-GO), Orlando Silva (PCdoB-SP), Subtenente Gonzaga (PDT-MG), Lafayette de Andrada (PRB-MG) e Hildo Rocha (MDB-MA). Essa diversidade operou como um catalisador das mais diversas opiniões a respeito dos projetos de lei. Além disso, foram realizadas audiências públicas, divididas em dez temas.[14]

Essa ampliação do debate possibilitou uma ampla modificação da redação original dos projetos que deram origem à Lei n.º 13.964/2019. A despeito da orientação inicial autoritária, o pacote positivou avanços importantes, como o juiz das garantias e a revisão periódica do Decreto de Prisão Preventiva (art. 316, parágrafo único do CPP[15]).

No entanto, o ponto abordado neste trabalho – o novo art. 310, §2.º da Lei Processual Penal – é exemplificativo da matriz punitivista do pacote. Na prática, esse dispositivo cria, fora dos raros casos de relaxamento de prisão, uma conversão automática da prisão em flagrante em prisão preventiva, retirando do juiz qualquer margem de liberdade, para avaliar as circunstâncias do caso concreto, o que, como se demonstrará mais adiante, contraria importantes princípios constitucionais.

[14] Tema 1: Mudanças na Parte Geral do Código Penal (excludentes de ilicitude; legitima defesa; pena de multa; fixação da pena e do regime de cumprimento – novas hipóteses para a fixação do regime inicial fechado; efeitos genéricos da condenação; causa impeditiva da prescrição; causa interruptiva da prescrição; tempo de cumprimento de pena; requisitos do livramento condicional); Tema 2: Mudanças relacionadas ao combate ao Crime Organizado (crime de resistência, comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de arma de fogo, tipificação da conduta de vender ou entregar droga ou matéria prima a policial disfarçado, homicídio, roubo, estelionato, constituição de milícia privada, crimes ocorridos na investigação e na obtenção de provas, crimes hediondos; definição de organização criminosa); Tema 3: Perdimento de bens; Ação Civil de Perdimento de Bens; Fundo Nacional de Segurança Pública; Fundo Penitenciário Nacional; impactos financeiros; Tema 4: *Plena Bergamin* (acordo entre a acusação e o réu em ação penal) e transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade administrativa; Tema 5: Direitos do Informante/Colaborador; estrutura dos órgãos públicos para recebimento de denúncias; colaboração do cidadão como meio de prova; Tema 6: Execução da pena, em decorrência de condenação criminal exarada por órgão colegiado; progressão de regime; estabelecimentos penais federais de segurança máxima; sistema carcerário; falta grave do condenado; estabelecimento do juízo federal de execução penal em ocorrências dos presídios federais; Tema 7: Identificação genética; Banco Nacional de Perfis Balístico (implementação, inclusão e exclusão de registros); Tema 8: Equipes conjuntas (MPF e PF); meios de provas (escutas, intercepção, cadeia de custódia e etc.); infiltração de agentes; Tema 9: Mudanças relacionadas ao processo penal de crimes praticados por organização criminosa (prisão preventiva nos crimes praticados no âmbito de organização criminosa; competência do juízo federal para julgar crimes do Estatuto do Desarmamento; julgamento colegiado em primeiro grau de crimes praticados por organização criminosa); Tema 10: Outras modificações no processo penal e matérias correlatas (competência por prerrogativa de função; restituição da coisa apreendida; medidas assecuratórias; interrogatório do acusado; prisão em flagrante; instrução criminal; preclusão da decisão de pronúncia; execução provisória da pena no Tribunal do Júri; ausência de efeito suspensivo do recurso de pronúncia). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332. Acesso em: 01 jul. 2023.

[15] Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

28.3 AS TENTATIVAS PRETÉRITAS DE PROIBIR *EX LEGE* À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

O novo artigo 310, §2.º, do Código de Processo Penal, não foi a primeira tentativa de impor a vedação automática à liberdade provisória do custodiado. A Lei dos Crimes Hediondos, a antiga Lei de Organizações Criminosas, o Estatuto do Desarmamento e a atual Lei de Drogas também trouxeram, em suas respectivas redações originais, previsões que vedavam a concessão de liberdade provisória.

A Lei dos Crimes Hediondos dispunha, na redação original do art. 2.º, inciso II[16], que os crimes ali elencados, bem como os equiparados – tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo – seriam insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória. Em conjunto com o inalterado inciso I, que manteve a vedação à concessão de anistia, graça e indulto, tal dispositivo buscou se aproximar do art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal.[17]

A única exceção era, exatamente, a liberdade provisória, cuja vedação não estava prevista no inciso do art. 5.º, tendo a sua positivação decorrido apenas da vontade do legislador ordinário. Fato é que, dezessete anos depois de sua entrada em vigor, a Lei dos Crimes Hediondos teve o seu texto alterado pela Lei n.º 11.464/2007, a qual suprimiu a vedação da liberdade provisória, contida no art. 2.º, II, da Lei n.º 8.072/1990.

Apesar disso, antes mesmo das alterações promovidas em 2007, os Tribunais Superiores já vinham admitindo a concessão de liberdade provisória, ainda que o suposto delito praticado figurasse no rol de crimes hediondos e equiparados. No RHC 15.803/SC, julgado em 2004, a ementa, repetindo trecho do voto da Relatora Ministra Laurita Vaz, assim fez consignar a posição da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> a simples alegação da natureza hedionda do crime cometido pelo agente do delito não é *per si* justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.[18]

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, no HC 85.868/RJ, assentou que "a gravidade em abstrato dos crimes não é, por si só, motivação hábil para a decretação da prisão preventiva com base na ameaça à ordem pública" e que "a vedação à liberdade provisória contida na Lei de Crimes Hediondos não obriga a custódia preventiva nem a manutenção de prisão cautelar ilegalmente decretada".[19]

---

[16] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I – anistia, graça e indulto;
II – fiança e liberdade provisória.

[17] Constituição da República, art. 5.°, XLIII: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

[18] STJ. RHC 15.803/SC. Relatora: Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma. Julgado em 28/4/2004. Publicado em 07/06/2004.

[19] STF. HC 85868/RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma. Julgado em 11/04/2006.

A Lei n.º 9.034/1995, a primeira editada com o escopo de combate ao crime organizado, também recorreu ao mesmo expediente em seu artigo 7.º.[20] A questão, mais uma vez, chegou ao STF, por meio do HC 94.404 MC/SP.

Esse julgado contou com um ingrediente a mais: a Lei n.º 9.034/1995 tem lastro na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, que assim dispunha no seu artigo 11.4:

> Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações.

A matriz do art. 7.º é, portanto, convencional. No entanto, isso não foi óbice para que o STF rechaçasse, novamente, a denegação apriorística da liberdade provisória. Em seu voto, o Ministro Relator Celso de Mello afirmou a irrestrita precedência hierárquica da Constituição da República sobre as convenções internacionais em geral. No caso do dispositivo em questão, compreendeu a Corte que o texto da Convenção de Palermo ofendia, dentre outras, a garantia da presunção de inocência:

> [...] cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de gravíssima ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. Daí não ser apropriado invocar-se o art. 7º da Lei nº 9.034/95 para, com apoio nele, justificar-se um decreto judicial de privação cautelar da liberdade individual.[21]

Uma terceira investida foi feita com a edição do Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003), já que o art. 21[22] dispôs que os crimes, previstos nos arts. 16, 17 e 18[23], seriam insuscetíveis de liberdade provisória.

Aproximadamente um mês após a entrada em vigor do Estatuto, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (n.º 3112) no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da lei e pleiteando a sua total revogação. Depois disso, outras ações idênticas foram propostas e apensadas à ADI 3112, por pertinência temática.[24]

Em maio de 2007, a Ação foi julgada pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade

[20] Art. 7.º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.
[21] STF. HC 94.404 MC/SP. Relator Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma. Julgado em 19/08/2008. Publicado em 26/08/2008.
[22] Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.
[23] Esses tipos se referem, respectivamente, à posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e ao tráfico internacional de arma de fogo.
[24] São as ADIs de nº 3137, 3198, 3263, 3518, 3535, 3586, 3600, 3788 e 3814.

do art. 21, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela possibilidade da vedação à liberdade provisória *ex lege* nos casos dos arts. 17 e 18, declarando a nulidade do texto legal apenas em relação ao art. 16.[25]

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ratificou que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em função do princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXI). Assim concluiu que

> Esses argumentos, no entanto, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendem a prisão ante tempus, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação.

A doutrina igualmente se manifestou sobre o assunto à época. Segundo Roberto Delmanto Junior[26], com base nas lições de Alberto Silva Franco, mostra-se patente a inconstitucionalidade da vedação abstrata, decorrida somente da lei, da concessão de liberdade provisória, uma vez que, além de lesar os postulados do "*due process of law*" e da presunção de não-culpabilidade, atinge-se também o princípio da proporcionalidade que, por sua vez, impõe ao Estado a proibição do excesso.[27]

Um ano antes do julgamento da ADI 3.112, contudo, o ordenamento jurídico já contava com mais uma hipótese de prisão *ex lege*: o art. 44 da atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006)[28], o qual estabeleceu que os crimes do art. 33, *caput* e §1.º e 34 a 37, eram inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e de liberdade provisória, vedada igualmente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Afora essa impossibilidade de converter a pena privativa de liberdade, o art. 44 não fez mais do que transpor a redação original do art. 2.º, II, da Lei n.º 8.072/1990 que, como visto, já estabelecia todas essas restrições para os crimes hediondos e aos crimes a eles equiparados – aqui incluído o tráfico de drogas. A proibição foi estendida, é verdade, a outras condutas criminalizadas nesse mesmo contexto da Lei n.º 11.343/2006, além do art. 33, *caput* e §1º.

Como aqui exposto, devemos lembrar que, ao tempo da edição da Lei n.º 11.343/2006, o STJ e STF já tinham precedentes refutando a aplicação ortodoxa do art. 2.º, II, da Lei de Crimes Hediondos, quanto à vedação da liberdade provisória. Daí a inafastável conclusão de que o art. 44 já nasceu em absoluto descompasso com o entendimento dos Tribunais Superiores.

---

[25] STF. ADI 3112. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário. Julgado em 02/05/2007. Publicado em 26/10/2007.

[26] DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2001, pp. 142-150.

[27] FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5 ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 489-500.

[28] Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

No mais, conforme Marcelo Pereira Marques[29], houve ainda uma hipótese de derrogação tácita. No seu entendimento, quando a Lei n.º 11.464/2007 modificou o art. 2.º, II da Lei de Crimes Hediondos, para excluir a vedação à concessão da liberdade provisória, o art. 44 restou automaticamente revogado também.

A ilegalidade da prisão *ex lege* na Lei de Drogas ganhou contornos definitivos após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339/SP[30], de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesses termos, os ilustres Ministros daquela Corte acordaram, por maioria de votos, "declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão 'e liberdade provisória' do *caput* do art. 44, da Lei 11.343/2006". O seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes bem explicita que a denegação apriorística da liberdade provisória é violadora de princípios constitucionais inalienáveis:

> Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.[31]

A doutrina seguiu a mesma orientação. Como esclarece Renato Marcão, a mera gravidade do fato e a presumível periculosidade do agente não são elidentes do princípio da presunção de inocência. Desse modo, inexistindo os requisitos autorizadores da custódia preventiva previstos no art. 312 do CPP, a concessão da liberdade provisória é a medida que se impõe.[32]

Anos depois, em 2017, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o seu entendimento em regime de repercussão geral, declarando, mais uma vez, a inconstitucionalidade do art. 44 na parte que veda a liberdade provisória.[33]

Assim, nesta etapa do trabalho, é possível concluir, de forma parcial, que todas, absolutamente todas as hipóteses, aventadas de prisão *ex lege* anteriores ao Pacote Anticrime, foram cedo ou tarde afastadas pelo Poder Judiciário e, no caso específico do art. 2.º, II, da Lei de Crimes Hediondos, pelo Poder Legislativo também. Esse estado de coisas é um indicativo poderoso para o tratamento que se espera seja dado ao art. 310, §2.º, do Código de Processo Penal.

---

[29] MARQUES, Marcelo Pereira. Da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e delitos equiparados, inclusive para fatos pretéritos. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007, p. 206. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2740997/Marcelo_Pereira_Marques.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

[30] No mesmo sentido: STF, HC 119.934/SP, 1.ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 3-2-2015, DJe n. 064, de 7-4-2015; STF, HC 114.029/SP, 2.ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2012, DJe n. 035, de 22-2-2013; STJ, RHC 135.006/RS, 5.ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6-10-2020, DJe de 15-10-2020.

[31] STF. HC 104339. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Plenário. Julgado em 10/05/2012, Publicado em 06/12/2012.

[32] MARCÃO, Renato F. Lei de Drogas. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 192.

[33] STF. RE 1038925 RG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em 18/08/2017. Publicado em 19/09/2017.

28.4 O ART. 310, §2.º, DO CPP E SUA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE

O dispositivo, introduzido pelo Pacote Anticrime, é, pois, a mais recente tentativa de restabelecer a prisão *ex lege*. Soraia da Rosa Mendes e Aury Lopes Junior asseveram que a vedação automática da liberdade provisória representa mais do que um retrocesso, uma inconstitucionalidade.[34] [35]

Como exposto inicialmente, o art. 310, §2.º, previu as seguintes hipóteses de vedação à concessão de liberdade provisória: i) agente que integra organização criminosa armada ou milícia; ii) agente que porta arma de fogo de uso restrito; iii) reincidentes.

No que diz respeito ao integrante de organização criminosa armada ou milícia, às condutas capituladas respectivamente no art. 2.º, §2.º, da Lei n.º 12.850/2013 e no art. 288-A do Código Penal, Marcos Paulo Dutra Santos esclarece que, em ambos os casos, os delitos, a rigor, não são hediondos. Nos termos do art. 1.º, parágrafo único, V, da Lei n.º 8.072/1990[36], à organização criminosa, só será atribuída a hediondez, quando constituída para a prática de crime hediondo ou equiparado; da mesma forma, a constituição de milícia privada, por si só, tampouco caracteriza esse *status*.[37]

Além disso, os delitos supramencionados têm pena mínima em abstrato de até quatro anos, o que desafia, em princípio, o regime aberto para o início do cumprimento de pena. Dessa forma, a conversão automática do flagrante em prisão preventiva equivalente ao regime fechado, destoa do princípio da homogeneidade das tutelas cautelares, disposto no art. 282, I e II, do CPP[38], inalterado pela Lei n.º 13.964/2019.[39]

Aury Lopes Junior, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Alexandre Morais da Rosa advertem, ainda, para uma questão prático-penal que traz dificuldade para a aplicação do art. 310, §2.º: em se tratando de prisão em flagrante, a depender do caso, pode ser inviável demonstrar que o agente é membro de uma organização criminosa ou milícia.[40] Daí que a nova disposição flerta ativamente com presunções incompatíveis no que diz respeito à fundamentação concreta exigida por ocasião da imposição da segregação cautelar.

Já, no tocante ao agente que porta arma de fogo de uso restrito, há assistematicidades graves. A Lei n.º 13.497/2017 modificara o art. 1.º, parágrafo único da Lei n.º 8.072/1990

[34] MENDES, Soraia da Rosa M. Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. E-book. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 89.
[35] LOPES JÚNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., 2021, p. 8.
[36] Art. 1º, parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: [...] SANTOS, Marcos Paulo D. Op. cit.
V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.
[37] SANTOS, Marcos Paulo D. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 281.
[38] Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
[39] SANTOS, Marcos Paulo D. Op. cit.
[40] LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit, p. 30.

para tornar hedionda a posse/porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento.[41]

Enfatiza-se que o Pacote Anticrime fez dois movimentos antagônicos. Modificou a Lei de Crimes Hediondos para suprimir a hediondez do art. 16, *caput* da Lei n.º 10.826/2003 e incluir, em seu lugar, o art. 16, §2.º – a posse/porte de arma de fogo de uso proibido[42]; no entanto, ao introduzir o art. 310, §2.º, no CPP, a Lei Anticrime vedou a liberdade provisória apenas no caso de porte de arma de uso restrito, silenciando sobre as armas de uso proibido, agora de caráter hediondo. Portanto,

> a liberdade provisória foi mantida para os delitos hediondos e afins, e vedada aos despidos desse emblema, considerado o rol do § 2º do art. 310 do CPP. Toda norma possui uma *ratio essendi*. Não são preceitos amorfos, ou, ao menos, não deveriam ser, porque a atividade legislativa deve se pautar em parâmetros racionais, presente o princípio da proporcionalidade. Eventuais divergências ideológicas, relacionadas à política criminal a ser adotada, são esperadas, necessárias e bem-vindas, inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito. Mas, no caso específico do art. 310, § 2º do CPP, seja sob um olhar garantista ou punitivista, e para além da presunção de inocência, cuja violação é patente, conforme comentado acima, inexiste lógica ou norte. As escolhas do legislador foram aleatórias, sem a menor coerência científica, reveladoras de constrangedora inanição intelectiva. E, pior: afrontando, abertamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[43]

Esse último aspecto é relevante, pois, com a inclusão do art. 310, §2.º na legislação processual penal, o Pacote Anticrime repristinou hipóteses de prisão *ex lege* que já haviam sido rechaçadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De fato, como visto no capítulo anterior, o art. 7.º da Lei n.º 9.034/1995 e o art. 21 da Lei n.º 10.826/2003 já dispunham sobre a vedação da concessão de liberdade provisória nos casos de pertencimento à organização criminosa e de posse/porte de arma de fogo de uso restrito. Ambos os dispositivos colidem com diversos princípios da Carta Constitucional de 1988.

A hipótese da reincidência, ao contrário, despontou como novidade, mas nem por isso é menos problemática. Aury Lopes Junior, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Alexandre Morais da Rosa atentam para a violação do princípio da proibição da dupla valoração: a previsão desta hipótese, no art. 310, §2.º, caracteriza um inequívoco *bis in idem.*[44]

A doutrina ainda tece críticas quanto à redação, bastante defeituosa nesse particular. Nucci pontua que o legislador sequer balizou que espécie de reincidência é essa[45], criando uma hipótese generalizante. Nesse exato sentido, Renato Marcão aduz que "nem mesmo

[41] Art. 1.º, parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. Redação anterior ao Pacote Anticrime.
[42] SANTOS, Marcos Paulo D. Op. cit.
[43] Ibidem.
[44] LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 30.
[45] NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 670.

diz se a reincidência à que se refere é em crime doloso ou culposo, em crime hediondo etc." e conclui que a inconstitucionalidade da norma é mesmo patente.[46]

Assim, nos termos da problemática redação, alinhada com a do art. 63 do Código Penal, qualquer condenação anterior por crime, ensejadora da reincidência, seria idônea para impedir a concessão da liberdade provisória, pouco importando se o fato é culposo, de pequena ou média ofensividade ou de índole completamente diversa do motivo do flagrante.

Com as devidas proporções, a criação de uma hipótese de prisão preventiva automática para o reincidente se aproxima da ideia das *three-strikes law*, aplicada em boa parte dos estados norte-americanos.[47]

Seja qual for a hipótese de prisão *ex lege*, certo é que o dispositivo aqui estudado retira do magistrado o poder de avaliar a necessidade de prisão a partir da análise do caso concreto, ferindo o princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5.º, XLVI, da Constituição[48].

Ainda, conforme preceitua Marcos Paulo Dutra Santos, a presunção de inocência também resta violada, uma vez que

> [...] proibições em abstrato à liberdade provisória, importam conversões automáticas da prisão em flagrante em preventiva, independentemente de elementos concretos demonstrativos da sua real necessidade, presumindo, de modo absoluto, o *fumus comissi delicti*, o *periculum in libertatis* e a proporcionalidade. Significa tratá-las como tutelas de evidência, antecipatórias da pena, em total descompasso com o art. 5º, LVII, da CRFB/88, mesmo se interpretado, restritivamente, como presunção de não culpabilidade, afinal, *nulla poena sine culpa* – antecipando-se a pena, antecipa-se, invariavelmente, a culpa, porquanto indissociáveis.[49]

A colocação do autor permite apontar a incompatibilidade do art. 310, §2.º, com outras alterações, promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, na lei processual penal. Como visto acima, o novo parágrafo se traduz em verdadeira antecipação da punição. No entanto, o próprio pacote também estabeleceu, no §2.º, no art. 313 do Código, que não se admite a decretação de prisão preventiva com esse propósito, nem como decorrência imediata de investigação criminal da apresentação ou recebimento de denúncia.

---

[46] MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. Editora Saraiva, 2023, p. 353. Na mesma linha, ver: AVENA, Norberto. Processo Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 1002. Ressalve-se que Avena, a despeito de concordar com o posicionamento já consolidado dos Tribunais Superiores quanto à hipótese da reincidência, entende que, nos demais casos previstos no art. 310, §2.º, do CPP (agente que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito), a denegação da liberdade provisória é medida que se impõe, tendo em vista que estas são causadoras de graves danos à coletividade ou são meios para cometimento de crimes com esse mesmo potencial.

[47] *Three-strike-laws* são leis que determinam que uma pessoa, condenada por um crime violento grave e que já tenha duas outras condenações anteriores, deve, obrigatoriamente, receber a pena de prisão perpétua. O nome vem de uma analogia com o beisebol, no qual o rebatedor tem três oportunidades para acertar a bola, sob pena de ser eliminado do jogo – "*Three strikes and you're out*". Uma crítica interessante à lei pode ser encontrada em https://www.aclu.org/other/10-reasons-oppose-3-strikes-youre-out. Acesso em: 29 ago. 2023.

[48] MENDES, Soraia da Rosa M. *Op. cit.*, p. 90.

[49] SANTOS, Marcos Paulo D. *Op. cit.*, p. 281.

Da mesma forma, o art. 310, §2.º, também desdiz o *caput* do artigo 283, com redação dada pelo pacote. Preceitua o dispositivo, lastreado no art. 5.º, LXI, da Constituição, que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado".[50]

Nesses termos, ainda que a prisão em flagrante justifique, em princípio, a custódia cautelar, os seus fundamentos devem ser avaliados por ocasião da audiência de custódia, momento em que o juiz decidirá pela manutenção – ou não – da medida constritiva de liberdade. Daí, insistimos que o mero enquadramento da conduta do investigado no rol, trazido pelo novel §2.º, do art. 310, do CPP, não representa motivação idônea e fundamentada para a decretação da prisão preventiva.

Nessa esteira, o art. 315 do CPP tratou de criar maior rigor ao dever de fundamentação das medidas cautelares decretadas pelo juiz. O §1.º exige que o magistrado indique concretamente "a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada". O §2.º, I, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que se limitar "à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida". Tal exigência é gritantemente dissonante do dispositivo questionado neste trabalho.

Acrescente-se ainda que as tutelas cautelares são jurisdicionais, submetendo-se à cláusula constitucional de reserva de jurisdição. Portanto, avaliar os critérios de necessidade e adequação das constrições cautelares é múnus privativo do juiz, no qual descabe ao legislador se imiscuir, sob pena de violação da separação e independência entre os Poderes da República.[51]

Nesse ínterim, não há outro desfecho senão a constatação de que o artigo 310, §2.º, do CPP nasceu eivado de flagrantes inconstitucionalidades, uma vez que fere princípios básicos informadores do processo penal democrático, tais como: individualização da pena, presunção de inocência, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais e o livre convencimento do juiz.[52]

O problema poderia ser mitigado se, a despeito da literalidade do art. 310, §2.º, juízes e tribunais de segundo grau fizessem uma interpretação sistemática com outras normas (como o aqui citado art. 313, §2.º do CPP) ou se levassem em consideração a posição externada pelo Supremo Tribunal Federal em relação às demais hipóteses de prisão *ex lege* que antecederam o Pacote Anticrime, estudadas no terceiro capítulo.

No entanto, como apontam Aury Lopes Junior, Ana Claudia Bastos de Pinho e Alexandre Morais da Rosa, a jurisprudência pátria tem, aqui e acolá, aplicado o referido dispositivo em sua literalidade:

[50] *Ibidem*.
[51] *Ibidem*, p. 282.
[52] MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal [...], p. 354.

> Incrivelmente, encontramos diversos acórdãos de tribunais de segundo grau aplicando acriticamente o dispositivo e chancelando a manutenção da prisão em flagrante com base no art. 310, §2º. Mas em todos os casos analisados, houve a posterior decretação da prisão preventiva como uma decorrência automática do flagrante homologado e que se encaixavam na situação do § 2º. Então, não se manteve a prisão apenas com o título de flagrante, mas se naturalizou a consequente prisão preventiva decorrente da prisão em flagrante por esses crimes (quase uma presunção de necessidade cautelar que é incompatível com a presunção de inocência).[53]

A seguir, transcrevemos a ementa de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, lastreando-se na literalidade do art. 310, §2.º, do CPP, sequer procura outra justificativa para negar a liberdade provisória:

> HABEAS CORPUS – RECEPTAÇÃO DOLOSA – Alegação de prisão preventiva ilegal – Presença dos pressupostos e fundamentos da prisão cautelar – Paciente multirreincidente – Impossibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares – Inteligência do art. 310, § 2º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) – Decisão que justifica suficientemente a custódia cautelar - Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.[54]

O voto do Desembargador Relator, na hipótese, ratificou expressamente esta compreensão:

> É certo que a prisão antes da sentença definitiva é medida de exceção, a ponto de impor ao Juiz fundamentar os motivos que levam à custódia do agente. Entretanto, no caso dos autos, entende-se que a prisão decretada não se mostra ilegal ou arbitrária de modo a justificar a concessão da ordem de soltura do paciente, principalmente, se considerado que se trata de agente multirreincidente (cf. Execuções 01, 02 e 03 - fls. 71/81 dos autos principais, além do artigo 310, § 2º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019).[55]

Daí que a norma aqui analisada autoriza o julgador, perigosamente, a valer-se da gravidade abstrata dos delitos ou do risco presumido, causado pela reincidência para decretar automaticamente a prisão preventiva. Referida postura se choca com o comportamento esperado dos magistrados, sendo certo que, inexistindo os requisitos autorizadores da custódia preventiva, a liberdade provisória é medida que se impõe, uma vez que a gravidade do fato e a presumível periculosidade do agente não afastam o princípio da presunção de inocência.[56]

Felizmente, há posicionamentos em sentido contrário. No julgado abaixo, o Tribunal de Justiça do Paraná assentou que, ausente qualquer outra justificativa além do mero enquadramento legal do artigo 310, §2.º, a liberdade provisória deve ser concedida:

---

[53] LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit*., p. 31.
[54] TJSP. HC: 23071029720228260000. Relator: Nelson Fonseca Junior, 10ª Câmara de Direito Criminal. Data de Julgamento: 17/02/2023, Data de Publicação: 17/02/2023.
[55] *Ibidem*.
[56] MARCÃO, Renato F. Lei de Drogas. [...], p. 192.

> HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DO ART. 306 DO CTB. NÃO CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA POR SER O FLAGRANTEADO REINCIDENTE (CPC, ART. 310, § 2º), COM A CASSAÇÃO DA FIANÇA ARBITRADA PELA AUTORIDADE POLICIAL. NÃO INDICAÇÃO DA PRESENÇA DE QUALQUER REQUISITO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA QUE, EM PRINCÍPIO, POR SI SÓ, NÃO INVIABILIZA A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA, DEVENDO SER ANALISADO O CASO CONCRETO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA[57].

A presente discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, mas, até aqui, o art. 310, §2.º não foi objeto de decisão colegiada das turmas criminais. Entre as decisões monocráticas que abordaram o novo dispositivo, podemos mencionar o REsp 1925878/RS[58], de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik. O apelo especial foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no HC n.° 0060942-90.2020.8.21.7000.

Consta do relatório que, nos autos de origem, o recorrente fora preso em flagrante pela suposta prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo, tendo a prisão sido convertida em preventiva. A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça gaúcho, e a ordem foi concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão. Argumentou o TJRS que, inobstante a menção ao art. 310, § 2.º, do CPP, é necessária a análise do caso concreto, eis que a existência de apreensão de arma de fogo não poderia ensejar, de forma automática, a segregação cautelar do paciente.

O recurso do MPRS foi desprovido monocraticamente no STJ, tendo o Ministro Relator reafirmado o entendimento consolidado na Corte no sentido de que a imposição e manutenção da prisão preventiva só são possíveis "quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal".[59]

Certo é que, como dito, ainda pende um posicionamento colegiado de ambos os Tribunais Superiores. Mas, se essas Cortes primarem pela coerência de seus precedentes, elas reconhecerão que a prisão preventiva *ex lege*, imposta no art. 310, §2.º, do CPP, nada mais é do que uma repristinação da antiga redação do art. 2.º, II, da Lei n.º 8.072/1990, do revogado art. 7.º da Lei n.º 9.034/1995 e dos declaradamente inconstitucionais arts. 21 da Lei n.º 10.826/2003 e 44 da Lei n.º 11.343/2006, dispositivos violadores de caríssimos princípios constitucionais penais e processuais penais.

---

[57] TJPR. HC: 00747591620208160000. Relator: Mario Helton Jorge, Data de Julgamento: 11/02/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/02/2021

[58] STJ. REsp 1925878/RS. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma. Julgado em 05/04/2022. Publicado em 06/04/2022.

[59] *Ibidem*.

Portanto, nada mais lógico que, ao art. 310, §2.º, do CPP, seja dado o mesmo tratamento dos seus antecessores, reconhecendo-se a sua incompatibilidade com a Constituição Federal, a fim de que o julgador esteja sempre obrigado a demonstrar, de forma concreta, o *periculum in mora*.

28.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste trabalho, foi possível percorrer brevemente o contexto de edição do Pacote Anticrime, apontando uma matriz autoritária e punitivista, de pouco diálogo com a sociedade e mirando um inimigo comum. Nesse particular, embora a Lei n.º 13.964/2019 tenha anunciado um escopo primário anticorrupção, o que se constatou é que a sua estrutura atinge a clientela clássica do sistema penal.

No segundo capítulo, apontou-se que, a exemplo do art. 310, §2.º do CPP, outras hipóteses de prisão *ex lege* existiram e foram, uma a uma, rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 2.º, II, da Lei n.º 8.072/1990, excedendo o art. 5.º, XLIII, da Constituição, previu a impossibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, mas tal disposição foi revogada pela Lei n.º 11.464/2007, promulgada já depois de o STF consolidar o seu entendimento pela inaplicabilidade do dispositivo.

Em sentido congênere, o art. 7.º da Lei n.º 9.034/1995, a primeira lei de combate ao crime organizado, que vedava a liberdade provisória com base na Convenção de Palermo, teve igual destino, ainda que por fundamentos diversos, como, por exemplo, o fato de o STF ter afirmado a supremacia constitucional frente ao texto convencional.

Também, foram declarados inconstitucionais o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003) após o julgamento da ADI 3.112, e o art. 44 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006) em regime de repercussão geral.

A partir disso, a primeira grande conclusão deste trabalho aponta que o art. 310, §2º, do CPP constituiu uma verdadeira repristinação das hipóteses, acima mencionadas, de prisão *ex lege*, inclusive repetindo duas delas em seu texto: o pertencimento à organização criminosa (armada) e o porte de arma de fogo de uso restrito.

Conforme a crítica da doutrina, o que se observou é que as três hipóteses que justificam a conversão automática da prisão em flagrante em preventiva demandam juízos de presunção bastantes problemáticos. Demonstrar, já no momento do flagrante, que o preso "integra organização criminosa armada ou milícia" exige o exercício de um juízo de certeza incompatível com esse momento processual.

Além disso, sobram atecnias. Por exemplo, no tocante à vedação da liberdade provisória no caso de porte de arma de fogo de uso restrito, verifica-se que o mesmo Pacote Anticrime que estabeleceu essa regra também retirou o art. 16, *caput* da Lei n.º 10.826/2003 do rol de delitos hediondos, incluindo o art. 16, §2.º – posse/porte de arma de fogo de uso

proibido – crime que, embora mais grave, não atrai a incidência do art. 310, §2.º do CPP.

Tudo a reforçar que não há nada de diferente no art. 310, §2.º, do CPP em comparação aos outros casos de prisão *ex lege*: o dispositivo também fragiliza o princípio da individualização da pena, da fundamentação das decisões judiciais e do livre convencimento do juiz, na medida em que dispensa indevidamente o magistrado de apresentar motivação concreta para decretar a prisão preventiva ou mesmo de discorrer sobre a (in)suficiência das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP. Dessa maneira, o juiz fica privado de examinar o caso concreto e distingui-lo dos demais. No fim, não sendo caso de relaxamento, a decretação da prisão preventiva se torna imperativa.

O devido processo legal e a presunção de inocência também são vulnerados, visto que o dispositivo legal chancela a emissão de juízos de culpa de forma bastante antecipada, favorecendo, assim, presunções inadequadas, como exposto.

Daí que o art. 310, §2.º, do CPP deve receber o mesmo tratamento de seus antecessores, sendo imperioso o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Como se apresentou neste estudo, os tribunais de segundo grau têm aplicado o dispositivo ora de forma literal, ora com mitigações; já os colegiados dos Tribunais Superiores ainda não foram convocados a se pronunciar. Quando o forem, à luz da pesquisa aqui apresentada, não haverá outro caminho que não refutar, igualmente, esta inadmissível hipótese de prisão *ex lege*.

28.6 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. São Paulo: Renovar. 2001.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5 ed. São Paulo: RT. 2005.

LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime**: um ano depois. E-book. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2023.

MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, Marcelo Pereira. Da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e delitos equiparados, inclusive para fatos pretéritos. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007, p. 206. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2740997/Marcelo_Pereira_Marques.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

MENDES, Soraia da Rosa M. **Pacote Anticrime**: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019. E-book. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

TAKAGI, Paul; PLATT, Tony. **Racism and imprisonment in the United States in the 1980s**: A policy analysis. 1982. Disponível em: https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/86404NCJRS.pdf. Acesso em: 21 ago.2023.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WANG, Jackie. **Capitalismo carcerário**. 1 ed. Tradução de Bruno Xavier. São Paulo: Igrá Kniga, 2022.

29. PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

Valéria Ribeiro[1]
Patrícia Vianna de Medeiros Ribeiro[2]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo incitar o estudo e debate quanto à utilização da prova digital no processo do trabalho, suscitando as peculiaridades e abarcando os seus pressupostos de validade e utilidade diante da inserção dos recursos tecnológicos e do sistema da informação nos processos eletrônicos e instrução probatória.
PALAVRAS-CHAVE: Prova Digital; Autenticidade; Cadeia de custódia.

29.1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, pretende-se destacar que o trabalho ora proposto não tem como propósito esgotar o tema, mas apenas trazer reflexões, tomando como ponto de partida a adoção de nova estrutura produtiva, caracterizada pelo desenvolvimento de tecnologias, a partir das quais são observados impactos significativos no mundo real e no âmbito do Poder Judiciário.

O avanço tecnológico vem influenciando a forma como tratamos os assuntos diários. No passado, o trabalho era realizado manualmente, contando com a cooperação de testemunhas, e não havia suporte eletrônico que pudesse auxiliar na busca de provas.

Sobre as provas digitais, estas emergem no contexto da sociedade da informação, com os avanços das tecnologias e do movimento social de virtualização da realidade e do ciberespaço. A hiperconexão das pessoas gerou uma produção constante de dados por parte dos dispositivos de comunicação utilizados, a qual é chamada de "*big data*".

[1] Advogada Fundadora e Titular do escritório Valeria Ribeiro – Sociedade de Advogados. Escritório no Metaverso. Membro Efetivo do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros: Comissão de *Compliance* e Governança Corporativa e Comissão de Direito do Trabalho e Direito Cooperativo. Especialista em *Compliance* pela KPMG. Auditora líder das Normas ISO 19.600:2014 e 37.001:2017 pela CBG Certificadora. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho Pós-Reforma Trabalhista pela EJUTRA – Escola Associativa dos Juízes do Trabalho. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, validado e registrado pela Universidade Federal do Maranhão, Doutoranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa. Membro Efetivo da ANADD – Associação Nacional de Advogados do Direito Digital. Especialista em LGPD pela PUCRS e Escola Nacional da Magistratura – AMB. Formação em Privacidade e LGPD pela TIEXAMES Consultoria e Treinamento LTDA. Integrante do Comitê Público da ANPD. Especialização em Docência Jurídica pela FIURJ. Autora de Obras Jurídicas. Palestrante. Professora de provas digitais. Metaverso. *Visual Law* na PM CURSOS JURÍCOS.

[2] Juíza Titular de Vara do Trabalho da Capital do Rio de Janeiro, Presidente da Associação dos Juízes do Trabalho – AJUTRA; Formadora de Juízes pelo TST/ENAMAT/CSJT e pela Escola de Magistratura Nacional Francesa – *École Nationale de la Magistrature – ENM;* Doutoranda em Ciências Jurídicas Filosóficas (Teoria da Decisão) – Universidade de Coimbra, Portugal; Mestre em Ciências Jurídicas Processuais – Universidade Clássica de Lisboa; Professora e Conteudista – Escola de Magistratura TRT1; Idealizadora do Projeto "As Processualistas Trabalhistas"; Membro Diretor do Grupo de Estudos Tecnologia e Inovação na Justiça do Trabalho – TRT1; Membro do Conselho Pedagógico da Escola Judicial do TRT1; Juíza Coordenadora e Ordenadora de Despesas – Escola Judicial – TRT1; Vice Coordenadora do Subcomitê do CNJ no TRT1 de Inovação no Poder Judiciário. Coordenadora Pedagógica da Plataforma de Ensino PM Cursos Especializados: https://pmcursos.com.br/. Vice Coordenadora do Laboratório de Inovação do TRT da 1.ª Região – LIODS/TRT1; Membro Honorário do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros: Comissão de Direito do Trabalho e Comissão de Inovação e Inteligência Artificial.

Nesse sentido, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) regulamentou o Programa Justiça 4.0, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito da Justiça do Trabalho, com a finalidade de promover o acesso à justiça, por meio do uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial.

Dentre as ações que fazem parte do Programa Justiça 4.0 na Justiça do Trabalho, além do Juízo 100%, já está implementada, nos Tribunais Regionais do Trabalho, a versão 2.8.4 do processo judicial eletrônico (PJe), que permite a inclusão de provas digitais e mídias digitais diretamente no processo.

Pretende-se, assim, neste trabalho, no contexto geral e simplificado, trazermos o significado de prova digital, a diferença entre prova digital e meio de prova digital, os requisitos de validade e princípios, além da discussão sobre a autenticidade e integridade das provas, destacando a importância da preservação da cadeia de custódia digital para a garantia de uma prova idônea e válida processualmente, oriunda de estudos e pesquisas desde o ano de 2020, pelas autoras que utilizaram estudos na seara do Código de Processo Penal, do Direito Digital, ISO/IEC 27001, publicado em outubro de 2005 pelo *International Organization for Standardization* e pelo *International Electrotechnical Commissio*, além de experiências práticas, em razão de atuação nas Comissões de IA, Tecnologia e Associação Nacional Direito Digital.

Dessa forma, pela análise doutrinária e prática, o objetivo deste artigo é demonstrar que a prova digital é utilizada no direito formal e material do Direito e processo do trabalho, não podendo a produção de provas ficar limitada às provas típicas.

Nesse cenário, assinala-se que a tecnologia ocasionou uma ruptura com o modelo anterior de atuação do Direito Processual.

29.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA E A PROVA DIGITAL

29.2.1Princípio da vedação da prova ilícita

O princípio da vedação da prova ilícita tem previsão no inciso LVI do artigo 5.ª da CRFB/88 e, no mesmo sentido, os artigos 369 do CPC e 157 do CPP.

O artigo 5.ª, inciso LVI da CRFB/88, aduz que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. O artigo 369 do CPC dispõe que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos e influir na convicção do juiz. O artigo 157 do CPP, por sua vez, prevê que são inadmissíveis – devendo ser desentranhadas do processo – as provas ilícitas.

Com a forte influência da tecnologia e dos recursos tecnológicos na produção probatória por meio de prova digital, surgem várias reflexões sobre o alcance do princípio da vedação da prova ilícita na produção da prova digital e o seu conceito, haja vista o conceito do princípio da vedação da prova ilícita ter evoluído desde a CRFB/88.

Assim, questiona-se se a prova digital, obtida "por meio ilícito", a desqualifica totalmente.

Nessa perspectiva, existem três correntes[3]: a primeira prestigia a busca da "verdade real", devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo; para a segunda, a prova não é lícita legal nem moralmente; a terceira defende que pode ser admitida, quando demonstrado que era o único meio capaz de mostrar a realidade dos fatos alegados.

Após estudos das autoras desde 2020[4] a respeito o tema em foco, analisando, de forma analógica, o Direito Penal, Processual Penal e Direito Digital, chegamos ao entendimento de que, com a evolução da tecnologia e a facilidade de acesso aos recursos tecnológicos, bem como forma de se demonstrar a verdade dos fatos, acreditamos que o princípio da vedação da prova ilícita não é absoluto, devendo ser considerado o princípio da proporcionalidade. Além disso, a prova deve ser aproveitada para elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da convicção acerca do mérito, e quem praticou o ato da obtenção da prova de forma ilícita responderá por seus atos.

29.2.2Princípio da liberdade probatória

O princípio da liberdade probatória tem como condão auxiliar na produção probatória e está relacionado ao princípio da vedação da prova ilícita.

No entanto, o artigo 369 do CPC dispõe que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos e, se a prova for insuficiente, o magistrado pode determinar a produção de outras provas, para formar o seu convencimento.

Tem-se por objetivo fazer com que o magistrado, ao verificar que as provas, produzidas pelas partes, são insuficientes para a elucidação dos fatos e determine a produção de outras provas, buscando esclarecer os pontos obscuros.

Decerto é que a decisão deve ser fundamentada e concedido às partes o exercício ao contraditório.

29.2.3Princípio da conexão: novo primado da conexão

O princípio clássico do Direito Processual é o seguinte: "o que não está nos autos não está no mundo", princípio da conexão também denominado "princípio da escritura".

Esse princípio, introduzido pelo Direito Canônico do século XIII, tem como fundamento a seguinte ideia: o que possui valor como prova é o que está formalizado e escrito dentro do processo.

Com o advento da tecnologia e a utilização de provas digitais, bem como a instituição do processo judicial eletrônico, esse princípio passa a ser questionado, e inicia-se uma nova análise no seu fundamento e conceito.

---

[3] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Prova e Convicção. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. ISBN 978-85-5321-899-8.

[4] Conclusões das Autoras, em razão de estudos realizados desde o ano de 2020, tendo como fonte de objeto de estudos o Código de Processo Penal, Direito Digital, LGPD, ISO 27001 que versa sobre Segurança da Informação, bem como de atuação prática em Comissões e Associações na área da Tecnologia, IA e Digital.

Na verdade, ocorre um amadurecimento processual.

Dentro desse contexto, surge o princípio da conexão que é inerente ao processo judicial em rede, o qual nos remete à ideia de que o juiz pode obter informações em outras fontes fora do processo, na busca da verdade real, para formar o seu convencimento motivado e proferir a sua decisão, não devendo ser um mero espectador do processo.

Um dos principais defensores dessa teoria, ou seja, a de que o juiz pode obter informações em outras fontes fora do processo, com a finalidade da busca da efetiva verdade substancial, material e real dos fatos em detrimento da verdade formal dos autos, é o Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior, da 1.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Minas Gerais. Dessa forma, ao proferir sua decisão nos Autos do Processo n.º 0001653-06.2011.5.03.0014, em 25/06/2012, ponderou, de forma brilhante, que o princípio da conexão, que separa os autos do mundo, não pode mais prevalecer na atualidade, na Era da Informação em Rede. Ressaltou ainda que "já estamos em sede processual, sob o império do novo princípio da conexão".[5]

A informação em rede permite a aproximação entre os autos e a verdade, isto é, a real e a virtual. Com isso, o princípio da conexão se torna mais inquisitivo e passa a ter como fundamento "o que está na rede está nos autos eletrônicos".[6]

Insta ressaltar, por pertinente, que a aplicação do princípio da conexão ao processo do trabalho não é pacífica nos Tribunais Regionais.

A desconexão autos-mundo modificou a parte argumentativa e de atuação das partes e do juiz no processo, podendo-se citar, a título de exemplificação, a contradita de testemunha por "amizade" em rede social.

Com o advento das novas tecnologias de comunicação e informação e as possibilidades proporcionadas pela conectividade, tem-se uma separação rígida entre o mundo do processo e o das relações sociais, já que o meio eletrônico suplanta as limitações materiais do meio de papel.

Em decorrência de pesquisas em Tribunais Regionais, dos estudos a respeito da cadeia de custódia no Código de Processo Penal e na ISO/IEC 27001, o qual é um padrão para sistema de gestão da segurança da informação, publicado em outubro de 2005 pelo *International Organization for Standardization* e pelo *International Electrotechnical Commission*, as autoras concluíram que não se pode aplicar os mesmos princípios processuais concernentes aos processos físicos, de papel, aos processos eletrônicos.[7]

O princípio da conexão não corresponde a uma conexão meramente eletrônica, ele é, entretanto, mais amplo, visto que conecta os autos ao mundo.

---

[5] MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho Minas Gerais da 3.ª Turma. PJe – Processo nº 0010193-24.2013.5.03.0030. Relator: Desembargador Renault Luiz Otávio Linhares, 19 de abril de 2014. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br. Acesso em: 09 jul. 2023.

[6] MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho Minas Gerais da 3.ª Turma. PJe – Processo nº 0010193-24.2013.5.03.0030. Relator: Desembargador Renault Luiz Otávio Linhares, 19 de abril de 2014. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br. Acesso em: 09 jul. 2023.

[7] Objeto de estudos das Autoras realizados desde o ano de 2020, tendo como fonte de objeto de estudos o Código de Processo Penal, Direito Digital, LGPD, ISO 27001 que versa sobre Segurança da Informação, bem como de atuação prática em Comissões e Associações na área da Tecnologia, IA e Digital.

29.3 PROVA DIGITAL. DOCUMENTO ELETRÔNICO. DOCUMENTO DIGITALIZADO. DOCUMENTO DIGITAL. PROVA DIGITAL REGISTRADA NA FORMA CRIPTOGRAFADA

29.3.1Prova digital

Visa a prova digital a demonstrar a ocorrência ou não, de um determinado fato que aconteceu no mundo digital ou que tenha, no meio digital, um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo para o processo judicial eletrônico, como, por exemplo: *WhatsApp, Telegram*, filmagens, redes sociais, *e-mails* e outros conteúdos.

A prova digital[8] possibilita transportar um fato, ocorrido no meio digital, para o mundo do processo judicial eletrônico, mediante uso de recursos tecnológicos.

Considerando o acesso aos recursos tecnológicos e a evolução tecnológica da informação e, por consequência, o uso de provas obtidas por meio de recursos tecnológicos, surge a necessidade de que a prova digital preencha os seguintes requisitos: (i) autenticidade (artigo 411, CPC); (ii) integridade (artigo 425, VI, CPC); (iii) perenidade do conteúdo ou validade ao longo do tempo; (iv) tempestividade; e (v) preservação da cadeia de custódia.

O atendimento aos requisitos expostos tem como propósito dar maior segurança jurídica ao controle de validade nas provas digitais.

29.3.2 Documento eletrônico. Documento digitalizado. Documento digital

O documento eletrônico[9] tem, em sua forma original, o suporte eletrônico, ou seja, é produzido, autenticado e transmitido em suporte eletrônico, como, por exemplo, o documento em formato PDF e DOC, assinados eletronicamente ou não.

O documento digitalizado[10] é um documento físico e/ou analógico, o qual, no processo de conversão para o formato digital, ocorre por meio de dispositivo apropriado, como *Scanner*, isto é, sempre será um documento físico. Citamos, como exemplo, a digitalização de um Contrato de Locação para a sua juntada ao processo judicial eletrônico.

O documento digital[11] é um documento que nunca foi analógico e/ou físico, pois ele já nasce digital por meio de sistema computacional.

29.3.3Prova digital registrada na forma criptografada

A prova digital, registrada na forma criptografada[12], cumpre pressupostos de validade e utilidade, bem como a cadeia de custódia, o que traz uma maior segurança jurídica no sentido de a prova não ter sido contaminada ou manipulada, representando a realidade dos fatos ocorridos no mundo digital.

---

8 THAMAY, Rennan; TAMER, Maurici. Provas no Direito Digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. ISBN 978-65-5065-257-9.
9 Idem.
10 Idem
11 THAMAY, Rennan; TAMER, Maurici. Provas no Direito Digital. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. ISBN 978-65-5065-257-9.
12 Idem

Os pressupostos de validade e utilidade são a autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia. O atendimento aos pressupostos de validade e utilidade afasta a dúvida sobre a autoria e a não contaminação da prova no momento de sua coleta, armazenamento e utilização, trazendo maior segurança jurídica.

A desconstituição ou desqualificação da prova digital[13] [14], registrada na forma criptografada, dependerá de uma prova pericial, porque, dentre os requisitos de coleta de provas, há a cadeia de custódia, em que são seguidos os princípios gerais aplicáveis pela Lei n.º 13.964/2019, Chaves Públicas no Brasil (ICP) e uso do *Blockchain*.

29.4 ATA NOTARIAL E ATA NOTARIAL DIGITAL

A tecnologia da informação alterou a forma como vivemos, trabalhamos e nos comunicamos, ultrapassando fronteiras. Por conseguinte, a evolução tecnológica da informação trouxe uma expressiva quantidade de documentos e contratos por via digital, além de outros meios probatórios.

Nessa perspectiva, a Ata Notarial[15] passou a ser mais utilizada, com a finalidade de dar veracidade aos fatos e documentos físicos que foram digitalizados, *site* ou página da *Internet*, conversas de *WhatsApp*.

O notário relata os fatos que presenciou, comprovando a existência e todo o conteúdo do *site* ou página da *Internet*, arquivando os endereços acessados, data, horário, IMEI, IP e imprimindo as imagens no próprio instrumento notarial, se houver pedido da parte.

Nessa hipótese, o notário somente poderá lavrar a Ata Notarial se possuir acesso, pessoal e presencialmente, ao telefone celular e/ou computador, ou seja, se for prova digital oriunda de *WhatsApp*, o notário terá que ter acesso direto ao celular para lavrar a Ata.

É certo que esse documento não segue a cadeia de custódia e, dessa forma, não preenche os requisitos de validade, autenticidade e integridade da prova digital, que são: (i) autenticidade (artigo 411, CPC); (ii) integridade (artigo 425, VI, CPC); (iii) perenidade do conteúdo ou validade ao longo do tempo; (iv) tempestividade; e (v) preservação da cadeia de custódia.

O atendimento aos requisitos expostos objetiva dar maior segurança jurídica e controle de validade nas provas digitais, principalmente, as que não tenham sido manipuladas ou criadas.

Nesse contexto, considerando que o notário somente certificará o que tiver acesso e presenciado, sem poder atribuir qualquer juízo de valor e, ainda, gozando a Ata Notarial

[13] CASELLI, Guilherme. Manual de Investigação Digital. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.
[14] CASELLI, Guilherme; BARRETO, Alesandro Gonçalves; WEINDT, Emerson Weindt. Investigação digital em fontes abertas. 2 ed. Rio de Janeiro: BRASPORT, 2017.
[15] RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata notarial e a sua eficácia na produção de provas com fé pública do tabelião no ambiente físico. Migalhas, 29 de julho de 2005. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/14111/ata-notarial-e-a-sua-eficacia-na producao-de-provas-com-fe-publica-do-tabeliao-no-ambiente-fisico. Acesso em: 05 jul. 2023.

de presunção de veracidade, torna-se uma prova frágil como meio de validação de uma prova digital.

A Ata Notarial pode ser utilizada no meio de prova digital, porém a sua valoração será mitigada, se impugnada, não trazendo para as partes e o destinatário final da prova a respectiva segurança jurídica que é imprescindível no mundo tecnológico, bem como a transparência de que a prova não fora contaminada durante a coleta, armazenamento até a ciência do notário para a certificação no instrumento notarial.

Após a publicação do Provimento n.º 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 27 de maio de 2020, as Atas Notariais, assim como outros Atos Notariais, passaram a ser realizados de forma eletrônica, dispensando a presença da parte no cartório.

Ao realizar uma Ata Notarial via videoconferência, o requerente necessitará possuir Certificado Digital e-Notariado ou ICP-Brasil, além de documento de identidade eletrônico, como, por exemplo, CNH digital e ter firma no cartório, sendo a sua emissão gratuita.

Na hipótese de o requerente não possuir Certificado Digital, será emitido um dos modelos existentes no próprio cartório, contudo o requerente deverá comparecer ao cartório.

Mesmo que as Atas Notariais possam ser realizadas de forma eletrônica, com a finalidade de adequação, a atual realidade tecnológica na qual a sociedade vive não confere a essa modalidade a integridade, autenticidade, tempestividade, perenidade do conteúdo ou validade ao longo do tempo, assim como ter seguido a cadeia de custódia.

Diante das novas tecnologias e da facilidade de acesso aos recursos tecnológicos, atualmente, busca-se uma ferramenta para a coleta de provas que siga a cadeia de custódia que tem o seu sistema baseado no princípio universal de autenticidade da prova, também conhecida como "lei da mesmidade".[16] Assim, ter-se-á robustez na instrução probatória, permitindo uma auditoria dos metadados e dados, disponíveis no resultado do relatório apresentado.

O registro, feito com uma ferramenta especializada na forma digital, é um meio lícito de registro de provas, para ser utilizado em processos judiciais, com alta credibilidade e confiança em sua origem e contexto.

Ressalvadas posições diametralmente opostas, podemos argumentar que a Ata Notarial não tem o condão de substituir a prova digital, registrada na forma criptografada.

29.5 PROVA DIGITAL NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Desde a versão 2.4.8 do PJe, já é possível e necessária, como regra, a inserção das mídias digitais diretamente nos autos eletrônicos, sob pena de não serem consideradas peças integrantes do processo.[17]É mister, portanto, que todos os operadores do Direito sai-

[16] PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. Ensaios sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. 1 ed. [s.l.]. Empório do Direito, 2017.

[17] Cf. Resolução 408 CNJ: "Art. 4º: Os documentos ou as mídias que não estejam referenciados nos autos

bam manejar tais provas, de forma a não as macular e retirar o seu valor *probandi*, como tal.

Logo, é fundamental que estejam cônscios de quais são os requisitos de validez da prova digital dentro do contexto probatório, a fim de que seja valorada do mesmo modo.

29.5.1 Requisitos de validez da prova digital

Quando mencionamos a validez, estamos nos referindo à observância dos três requisitos de validade da atividade probatória digital[18], o que permitirá seu uso sem questionamentos, sem que o seu valor seja desacreditado. Destarte, a falta de cumprimento de qualquer um desses requisitos resultará na fragilidade da própria prova. Em outras palavras, não servirá para trazer ao processo a prova do fato ocorrido.

Um desses requisitos é a autenticidade que se refere à qualidade da prova digital, a qual garante a certeza em relação ao autor ou autores do fato digital. É a qualidade que assegura que o aparente autor do fato é realmente seu autor verdadeiro, eliminando qualquer suspeita sobre quem fez ou participou da criação do fato no meio digital.

Uma prova que falhe nesse aspecto não é autêntica, pois surgem dúvidas quanto à sua autoria. Se essa dúvida existe, logicamente, a prova perde sua utilidade como prova digital, podendo não ter valor algum ou valer tão somente como mero indício.

É importante ressaltar ainda que, segundo parte da doutrina, a autenticidade da prova digital pode ser vista sob dois aspectos: i) objetivo, relativo à sua origem; e ii) subjetivo, relacionado à identificação do autor do fato. Nesse sentido, também a Lei de Acesso à Informação, Lei n.º 12.527/2011 (LAI), em seu art. 4.º, VII, aborda esse duplo enfoque: objetivo (técnico) e subjetivo (pessoal), ao definir autenticidade como a "qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema".

Assim, o ordenamento jurídico estabelece essa noção de autenticidade da prova digital, destacando-se a Medida Provisória n.º 2.200, de 2001, que trata da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil, o CPC, o CPP, a CLT, a Lei n.º 11.419, de 2006, que trata do processo eletrônico, e o Decreto n.º 10.046, de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados na Administração Pública.

De todos esses textos, a normatividade que eclode da autenticidade da prova digital é a de que ela terá essa qualidade, se a autoria do fato nela contido for inquestionável.

Existem exemplos que demonstram a perda de utilidade prática da prova digital, devido à falta de autenticidade. Por exemplo, o aparente autor de uma postagem ofensiva em uma rede social é o titular do perfil ou da página. No entanto, pode ser um perfil *fake*, e o autor real do fato nato digital ser outra pessoa. A única maneira segura de atestar a autenticidade dessa prova é por meio da quebra de sigilo da postagem, com a obtenção judicial das informações, fornecidas pelos provedores de aplicação e conexão. Então, na

físicos ou eletrônicos serão considerados não integrantes dos autos do processo ou do procedimento de investigação. (grifo nosso).

[18] MISKULIN, Ana Paula Silva Campos; BERTACHINI, Daniele; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. Provas Digitais no Processo do Trabalho: Realidade e Futuro. 1 ed. Campinas: Lacier, 2022.

maioria dos casos, permanecerá a dúvida sobre o autor do fato, resultando na inutilidade prática da prova obtida, como ocorre com um simples *print screen* ou Ata Notarial, sem informações de identificação.

Imagine também uma situação em que uma empresa, durante uma investigação interna de conformidade, identifica um *e-mail,* prometendo uma vantagem ilícita, enviado de um computador corporativo por um empregado. O dispositivo deve ser imediatamente isolado, e os seus compartimentos de armazenamento (HD ou SSD), clonados e lacrados, preservando-se a prova. O que não pode acontecer é enviar esse dispositivo para uma área técnica de verificação ou permitir que qualquer outra pessoa acesse o dispositivo. Qualquer acesso desse tipo levantará dúvidas sobre quem realmente enviou o *e-mail*. Se a autenticidade não for preservada, quaisquer medidas de responsabilização do empregado serão reduzidas.

O segundo requisito é a integridade, que se refere à qualidade da prova digital, a qual garante a certeza de sua completude e ausência de adulteração. Uma prova digital íntegra é aquela que não sofreu nenhuma modificação ou adulteração desde o momento em que o fato ocorreu até a apresentação do resultado da prova nos autos. Portanto, uma prova digital íntegra é aquela que não foi modificada ou adulterada, sendo capaz de demonstrar a reprodução completa e íntegra do fato.[19]

A inutilidade de uma prova não íntegra é facilmente compreendida, assim como no caso da falta de autenticidade. Os mesmos exemplos anteriores aplicam-se aqui. Quando uma prova é adulterada, obviamente, ela se torna muito mais frágil, resultando em sua inutilidade para os propósitos aos quais se destina, em especial, na formação da convicção do destinatário da prova sobre a responsabilização do autor do fato. A Lei n.º 12.527/2011 assim estatui: “qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino”.

A coleta da prova deve ser realizada por meio de procedimentos tecnicamente adequados, para demonstrar que o elemento probatório permaneceu intacto e não fora alterado desde o momento em que o fato ocorreu até a apresentação da prova. Ao preservar o dispositivo original de forma íntegra e realizar análises periciais no dispositivo, é possível obter todas as provas necessárias e eliminar qualquer dúvida sobre adulteração.

Nesse contexto, uma medida importante é a extração de um código *hash* da cópia feita, o qual comprova que ela é uma réplica fiel do dispositivo original. Esse código único é gerado por meio de uma análise comparativa *byte a byte* de todas as partes de todos os arquivos nos dois dispositivos, garantindo a plena e completa identidade entre eles. Em outras palavras, esse método técnico assegura, de forma incontestável, a integridade da prova.

O terceiro requisito é preservar a cadeia de custódia da prova digital, ou seja, garantir a autenticidade e a integridade durante todo o processo de produção da prova, desde a identificação, coleta e extração de resultados até a apresentação no processo ou procedimento.

[19] SOUZA, Bernardo de Azevedo E; MUNHOZ, Alexandre Munhoz; CARVALHO, Romullo. Manual Prático de Provas Digitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

A ideia é criar um registro histórico completo que contenha todas as etapas e informações relevantes, como datas, horários, pessoas envolvidas, locais de acesso e quaisquer alterações inevitáveis. Mais uma vez, se a cadeia de custódia da prova digital não for respeitada, ela se tornará imprópria para uso, em razão da dúvida que surgirá sobre ela.

Essa dúvida, inclusive, pode gerar questionamentos a respeito de sua validade jurídica. Por exemplo, se houver a acusação de que determinada pessoa não poderia ter acesso à determinada prova por falta de autorização judicial. Sem a apresentação de uma cadeia de custódia segura, capaz de refutar essa alegação, aumentam as chances de que a prova seja considerada ilícita e removida do processo ou procedimento.

Nesse cenário, no que diz respeito à integridade da prova digital, é imprescindível fazer referência à norma técnica ISO/IEC n.º 27.037, de 2012, que estabelece as principais diretrizes para os processos de identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências digitais. Essa norma é o principal guia para equipes de suporte forense, definindo os procedimentos e princípios a serem seguidos na coleta e preservação técnica de evidências digitais, sempre garantindo a autenticidade, a integridade e a cadeia de custódia.

Por derradeiro, a jurisprudência trabalhista já é farta em decisões que desconsideram a prova digital produzida indevidamente, vale dizer, com a inobservância de tais requisitos, *v.g.*:

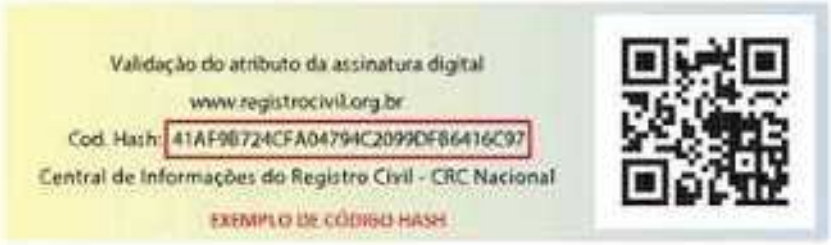
> PROCESSO DO TRABALHO. PROVAS DIGITAIS. PRINTS DE CONVERSAS DE APLICATIVO WHATSAPP. A juntada de prints de telas de conversa de aplicativo "Whatsapp", a exemplo de qualquer prova digital, isoladamente considerada, em regra e ao contrário do senso comum, não configura meio de convencimento eficaz, pois as capturas de tela, sem a apresentação da necessária cadeia de custódia ou produção de prova da integridade da comunicação, não têm a autenticidade confirmada. inteligência do art. 411, do CPC, e artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (Lei 13.964/2019), aplicáveis subsidiariamente. (TRT-2 - 07/07/2022)[20]

Dando seguimento a este artigo, passamos a examinar as tecnologias de preservação digital.

29.6 TECNOLOGIAS DE PRESERVAÇÃO DIGITAL

Uma das ferramentas utilizadas é o código *hash*[21] para a preservação digital. Apresenta uma linguagem simples, e pode-se dizer que é o resultado de um algoritmo matemático que produz uma sequência de caracteres pequena, com base no conteúdo de um determinado arquivo. Se houver qualquer alteração desse conteúdo, a sequência de caracteres sofre mudança. A Figura 1, a seguir, demonstra o código *hash* de um arquivo.

[20] SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região. Processo de Autos n.º 1000546-82.2021.5.02.0014. Relator: Gabriel Lopes Coutinho Filho, 07 de julho de 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1568826221/inteiro-teor-1568826251. Acesso em: 4 maio 2023.
[21] SOUZA, Bernardo de Azevedo E; MUNHOZ; Alexandre Munhoz; CARVALHO, Romullo. Manual Prático de Provas Digitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.



Código *hash*

Ministério das Relações Exteriores[22]

A outra ferramenta é o *blockchain* que consiste em uma cadeia de blocos, e, em cada bloco, gera-se uma "impressão digital" (código *hash*) do bloco anterior, a qual é gravada juntamente com o novo bloco, fazendo um "encadeamento de blocos". Gera-se uma imutabilidade dos dados, não permitindo a modificação de conteúdo que a ele for inserido. A Figura 27 representa a cadeia de blocos, ou seja, o *blockchain*.

Blockchain

Rice University's – Baker Institute for Public Policy[23]

Podemos citar a outra ferramenta muito utilizada que são os metadados, comumente chamados de "dados sobre dados". Possuem informações importantes e dados, além de outros que contêm ainda outros.

Na Figura 3, é possível ver, pelo visualizador de arquivos do sistema operacional *Windows*, a descrição dos arquivos de áudio.

[22] BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Modelo Código *Hash* Ipg. [s.d.]. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/consulado-orlando/orlando-arquivos/orlando-imagens/modelo-codigo-hash.jpg/view. Acesso em: 09 jul. 2023.

[23] BAKER INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY. Blockchain. Rice University's. [s.d.]. Disponível em: https://www.bakerinstitute.org/research/blockchain-not-bitcoin-agriculture-and-health-care-companies-thrive-new-technology. Acesso em: 09 jul. 2023.

Metadados ou “dados sobre dados”

Portal Jurista[1]

A tecnologia nos auxilia não somente na preservação da prova digital, bem como na sua validação e autenticidade, assegurando maior segurança jurídica.

-A prova emprestada foi incorporada pelo CPC de 2015 em seu artigo 372, ao dispor que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Chama-se a atenção para a ressalva do predito artigo, o qual destaca que novo valor será atribuído à prova. Prova emprestada não é propriamente prova em espécie. Compreende-se, na doutrina, como aproveitamento de resultado, a prova que já fora obtida anteriormente.

No meio digital, aplicar-se-ão os mesmos requisitos da prova analógica?

Inicialmente, há de se analisar os requisitos que autorizam o aproveitamento: 1.ª corrente: identidade de partes; e 2.ª corrente: necessário o respeito ao princípio do contraditório em relação à prova emprestada. Posição do STJ.

Seguindo o entendimento do STJ, ou seja, a 2.ª corrente, é possível a utilização da prova emprestada, sempre observando o aproveitamento da prova, mesmo que tenha sido produzida anteriormente.

Entretanto, no tocante à prova digital, nos deparamos com a seguinte questão: a preservação da prova digital e a sua validação e autenticidade, já que, ao exportar uma prova produzida em determinado processo, e a sua juntada em outro processo, ocorre a modificação do código *hash* e dos metadados.

Não há ainda, no sistema do TRT1 e do processo eletrônico, um sistema para se preservar a prova e a sua exportação, sem alterar o código *hash* ou os metadados ou que se emita o código *hash* do documento, exportado para utilização como prova emprestada.

Nesse sentido, ainda requer cautela a utilização da prova digital como emprestada, não se podendo aplicar a mesma regulamentação para a prova analógica.

29.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 2020, deparamo-nos com a pandemia, em decorrência da COVID-19, a qual gerou profundas reflexões e transformações no nosso cotidiano e trabalho e, ao mesmo tempo, a antecipação dos recursos tecnológicos. Na verdade, antecipamos, no mínimo, uns dez anos o uso dos recursos tecnológicos no Poder Judiciário.

Ante a necessidade de se adequar e não se estagnar, o Judiciário, pelo PJe e a adoção do rito processual do Código de Processo Civil, prosseguiu com o recebimento de processos iniciais em prosseguimento e execuções. Logo após, surgiram as audiências telepresenciais e híbridas e, por reflexo, a juntada de documentos na forma digitalizada.

[1] PORTAL JURISTAS. Metadados em *WhatsApp* – uma nova perspectiva de coleta de evidências. 27 de março de 2019. Disponível em: https://juristas.com.br/2019/03/27/metadados-em-whatsapp-uma-nova-perspectiva-de-coleta-de-evidencias. Acesso em: 09 jul. 2023.

A Revolução Digital 4.0 e a Justiça 100% digital são uma realidade e não poderia ser diferente em relação às provas digitais.

Com o uso das provas digitais, surge a necessidade de ser aproximar dos recursos tecnológicos e, principalmente, dos seus conceitos, além de verificar como são utilizados os requisitos para a sua admissibilidade no processo judicial eletrônico.

Como dito, a utilização dos meios digitais torna-se cada vez mais comum e, nessa perspectiva, surge a necessidade de estabelecer limites, requisitos e pressupostos na sua utilização, com vistas a conceber segurança jurídica não somente às partes, mas também ao destinatário final da prova.

Indiscutível é que a nossa sociedade vive sensíveis mudanças nos aspectos de inovação, tecnologia e relações interpessoais com a aproximação de pessoas, em nível global, viabilizado pela rede.

O Código de Processo Civil dispõe do artigo 405 até o artigo 441, desde os requisitos para que um documento tenha valor ou força probante, até a forma como deve ser produzida no processo e quando deve ser arguida a sua falsidade.

Assinala-se que os documentos digitais estão previstos em uma seção específica do CPC, com tratamento específico e diferenciado dos demais e no Código Civil, no qual determina-se a liberdade de escolha da forma da declaração de vontade, quando esta não for determinada por lei, por exemplo.

No entanto, considerando a celeridade dos recursos tecnológicos e o sistema de informação, é pertinente a adoção de uma tecnologia jurídica para lidar com os processos eletrônicos, os quais não podem ser conduzidos como se fossem analógicos.

A crescente relevância da tecnologia no meio social interfere diretamente na atividade probatória no processo jurisdicional, exigindo a adaptação do juízo de admissibilidade e da valoração dos elementos de prova, a fim de que os existentes em meio eletrônico possam receber tratamento equivalente às informações documentadas em suporte físico, no tocante às exigências de confiabilidade.

A falta de critérios, adequados e suficientes para garantir a autenticidade e integridade das informações obtidas de fontes digitais, cuja importância se realça neste trabalho, compromete a sua força probante e pode levar a equívocos na apreciação dos fatos pelo julgador.

Nesse sentido, o artigo visa a fomentar o debate sobre provas digitais no processo do trabalho, com observância da aplicação subsidiária do Código Penal, bem como suscitar questões importantes apuradas, provenientes de estudos e pesquisas das autoras.

30. O LIBERTARIANISMO DE ROBERT NOZICK E O SOBREENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Vitor Sardas[1]
Marcello Raposo Ciotola[2]

RESUMO: O texto aborda a perspectiva libertária em relação ao acesso ao crédito, destacando que o foco está nos direitos individuais dos credores e na negociação voluntária. Isso contrasta com abordagens morais que buscam um direito universal ao crédito, o que é visto como distorcendo o mercado. A intervenção do Estado pode ser considerada necessária em mercados de crédito imperfeitos, mas sua eficácia e implementação são tomadas na doutrina de Nozick como questionáveis, dependendo da legislação nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Libertarianismo; Funções do Estado; Estado mínimo; Sobreendividamento; Direito do Consumidor

30.1 INTRODUÇÃO

Nozick, em sua discussão acerca da justificação do estabelecimento do Estado, desenvolve a Teoria da Inviolabilidade Absoluta dos Direitos Individuais, tornando-a a função primordial do Estado.[3]

Para Nozick, a Filosofia Moral desempenha um duplo papel, não apenas justificando a base dos direitos individuais, mas também delineando os limites das ações individuais. Da mesma forma, a formação e operação do Estado são moldadas pela vontade das pessoas, mas a Filosofia moral exerce um papel análogo em relação ao Estado. Ela fornece a fonte de legitimidade do Estado e estabelece os parâmetros de suas funções. Assim, compreender a direção do pensamento de Nozick nos capacitará a explorar sua teoria acerca do Estado.

Portanto, o presente trabalho busca inferir como a Teoria Libertária de Robert Nozick pode ou não, se coadunar com o tratamento que é dado ao consumidor sobreendividado diante da interferência do Estado, seja em sua esfera individual, seja em seu impacto macroeconômico.

---

[1] Presidente da Comissão Permanente de Direito do Consumidor do IAB e Diretor Acadêmico da Escola Superior do IAB.

[2] Professor de Ética no PPGD da Unesa. Professor de Filosofia do Direito na Uerj e na PUC-Rio.

[3] "O que as pessoas podem ou não fazer umas as outras estabelece os limites daquilo que podem fazer por meio do aparelho do Estado, ou o que podem fazer para estabelecer esse aparelho. As proibições morais, cuja imposição é admissível, constituem a fonte de qualquer legitimidade que o poder coercitivo fundamental do Estado possa ter. (Poder coercitivo fundamental é aquele que não tem por base nenhum consentimento da pessoa a quem é aplicado). Isso fornece uma esfera primordial de atividade do Estado, talvez a única legítima" (NOZICK, R. Anarquia, Estado e utopia. São Paulo: WMF, 2011, p. 6).

30.2 NOZICK E A FUNÇÃO DO ESTADO

Antes de discutir o estado de natureza, Nozick, primeiramente, demonstra o motivo pelo qual essa discussão é necessária. Ele coloca as seguintes questões: "Se o Estado não existisse, seria necessário inventá-lo? Precisaríamos de um Estado e teria que ser inventado?". Essas perguntas são levantadas pela filosofia política e por uma teoria que busca explicar os fenômenos políticos. A investigação do "estado de natureza", conforme a terminologia da teoria política tradicional, oferece respostas a essas perguntas.[4]

Nozick acredita que a Filosofia Política encontra sua função explicativa na Teoria do Estado de Natureza. De fato, esse autor não é o primeiro filósofo a discutir o estado de natureza, visto que pensadores, como Hobbes[5] e Rousseau[6], também construíram suas teorias políticas em torno desse conceito.

Entretanto, Nozick aborda o estado de natureza de maneira diferente de seus predecessores. Para ele, o estado de natureza fornece um propósito explicativo que procura analisar completamente a dominação política a partir de níveis não políticos. Nozick argumenta que uma teoria sobre o Estado que parte de uma descrição geral fundamental, seja pelo que são caracterizados os comportamentos moralmente permitidos e proibidos, seja por que motivos certos membros da sociedade infringem essas restrições morais, pode explicar como os Estados emergem a partir dessas transgressões. Assim, a Teoria do Estado de Natureza serve a um propósito explicativo, mesmo que nenhum Estado real tenha surgido dessa maneira.

É importante ressaltar que, embora Nozick também discuta o estado de natureza, ele não está interessado em debater o verdadeiro estado de natureza nem em explorar sua existência histórica. Em vez disso, o estado de natureza adquire o *status* de uma teoria explicativa. Sob essa perspectiva, todo o conjunto de teorias políticas de Nozick, baseado no estado de natureza, permanece apenas como uma explicação filosófica, e justificar a existência de algum estado específico. Mesmo que isso ajude a teoria de Nozick a evitar controvérsias específicas, também reduz consideravelmente a viabilidade de aplicar sua teoria à realidade.

---

[4] NOZICK, R. Anarquia, Estado e utopia. São Paulo: WMF, 2011, p. 3.

[5] O estado de natureza, descrito por Hobbes, pode ser entendido como uma situação em que todos estão em guerra, como expresso pela famosa frase "*Homo homini lupus*". Nesse estado, mesmo os indivíduos poderosos não podem garantir a segurança de suas próprias vidas, uma vez que pessoas mais fracas podem se unir e invadi-las a qualquer momento. Hobbes deduziu, desse estado natural, um contrato social que estabelece o direito à liberdade em troca do direito à vida. Com base nessa premissa, ele propôs a criação de um poder político supremo, conhecido como Leviatã, cujo objetivo seria proteger a segurança da vida pessoal, prevenir invasões externas e manter a paz interna. Os detalhes da teoria política de Hobbes podem ser encontrados em sua obra intitulada "Leviatã".

[6] De acordo com Rousseau, no estado de natureza, o homem é como um nobre selvagem. Nesse estado natural, as pessoas vivem confortavelmente e despreocupadas, sendo considerado como a era mais admirável da história, também conhecida como a Era Dourada. No entanto, e o que acaba destruindo esse estado harmonioso é a civilização, desenvolvida no futuro pelos próprios seres humanos, juntamente com a aquisição de terras por meio de força e violência. Na visão de Rousseau, a sociedade civilizada é a causa da corrupção humana. Assim, em sua teoria, Rousseau enfatiza a necessidade de um contrato que reestabeleça a nobreza humana.

No entanto, ao abordar o estado de natureza, Nozick faz referência à descrição de Locke desse estado.[7] Segundo Locke, no estado de natureza, as pessoas têm liberdade para agir e dispor de seus bens e propriedades como desejarem, sem o consentimento de outros. Porém, o estado de natureza também é regido por uma lei natural, à qual todos estão sujeitos. Essa lei natural, que é a razão, ensina que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve prejudicar a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade dos outros. Para lidar com aqueles que ultrapassam esses limites, há a função de correção e proibição.[8]

Locke também aponta que o estado de natureza possui várias inconveniências, enquanto o governo é um remédio legítimo. Nozick inicia sua discussão sobre o estado de natureza, ao citar a descrição de Locke. Todavia, é importante destacar que, embora Nozick faça referência à obra de Locke, isso não significa que ele concorde integralmente com a descrição do Estado de natureza feita por Locke.[9] Além disso, Nozick não emula Locke, ao utilizar o conceito de estado de natureza que, por sua vez, difere substancialmente da perspectiva de Hobbes, para ilustrar a maneira pela qual um Estado deve ser instituído. O foco de Nozick está nos problemas causados pelo estado de natureza e, com base em sua ênfase nos direitos individuais, ele busca encontrar soluções para esses problemas, uma vez que afetam a proteção desses direitos. Em outras palavras, se essas disputas não forem resolvidas, os direitos individuais não serão garantidos, tornando-se necessário encontrar um remédio adequado. Nozick citou a descrição de Locke do estado de natureza, porque ela é menos controversa entre as pessoas e, como uma teoria explicativa, ajuda a ressaltar a necessidade de encontrar meios de alívio.

Nozick prossegue afirmando que, uma vez que as inconveniências no estado de natureza surgem da responsabilidade individual de manter os direitos individuais, as pessoas podem se unir, com base no princípio de que a união faz a força, formando associações de proteção mútua. Ressalta-se, porém, que mesmo essa associação protetora primitiva en-

[7] Sobre este ponto, cita-se: "*Right Locke's argument that he does would go roughly as follows. In Locke's Second Treatise, one's right to the fruits of her labor derives from an even more fundamental right: the right to her own person. Whatever else we mean by "own person" in this context, it must surely include one's natural physical endowments. Any notion of the self that stripped such things out, Nozick and others have argued, would be a hopelessly thin notion of the self*" (FRIED, B. Wilt Chamberlain Revisited: Nozick's Justice in Transfer" and the Problem of Market-Based Distribution. Philosophy & Public Affairs, Baltimore, pp. 226-245, Jun 1995, p. 241).

[8] "A lei da natureza seria vã, como todas as demais leis que dizem respeito ao homem neste mundo, se não houvesse alguém que tivesse, no estado de natureza, um poder para executar essa lei e, com isso, preservar os inocentes e conter os transgressores. E, se qualquer um no estado de natureza pode punir a outrem, por qualquer mal que tenha cometido, todos o podem fazer, pois, nesse estado de perfeita igualdade, no qual naturalmente não existe superioridade ou jurisdição de um sobre outro, aquilo que qualquer um pode fazer em prossecução dessa lei todos devem necessariamente ter o direito de fazer" (LOCKE, J. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 398).

[9] Na descrição de Locke, a lei natural confere às pessoas direitos naturais e regula as ações das pessoas. Contudo, a lei natural não é criada do nada. Embora Locke interpretasse a lei natural como a razão humana, ele também misturou o conceito divino. Isso é particularmente óbvio, quando Locke discute direitos de propriedade, ou seja, na teoria de Locke, implicações mais ou menos teológicas estão implícitas. Nozick não mencionou isso ao citar o estado de natureza de Locke, e, a julgar pelo texto, o processo de argumentação de Nozick adota argumentos lógicos no estilo da Filosofia Analítica, portanto pode-se inferir razoavelmente que ele não permitiria que as teorias fossem misturadas com a menor sombra de teologia.

frenta desafios a serem superados. Assim, ela se transforma em uma espécie de instituição de mercado que oferece diversas formas de proteção a preços variados. Além disso, essas numerosas associações protetoras competem entre si no mercado. As associações protetoras privadas, entretanto, oferecem proteção apenas aos que pagam suas taxas, deixando outros desprotegidos.

Nozick afirma que, no estado de natureza, os indivíduos possuem direitos morais invioláveis. Portanto, quando surgem disputas entre pessoas, o limite dos direitos individuais é a única base para resolvê-las. Logo, é necessário ter uma instituição reconhecida por todos (pelo menos dentro de um determinado território), para julgar as disputas, aplicar punições e exigir compensações. O surgimento de instituições protetoras fortes ocorre quando várias instituições protetoras vendem proteção como uma mercadoria e competem entre si, resultando no fortalecimento ou enfraquecimento dessas instituições. Dessa forma, tanto na proteção dos direitos individuais no estado de natureza quanto na atribuição de instituições protetoras para garantir esses direitos, é crucial considerar as ações individuais, baseadas em um senso moral. Embora Nozick não tenha afirmado isso explicitamente, podemos assumir que o fator determinante nessa competição é a força do Estado de cada sociedade. Uma comunidade humana que exerce o poder de monopólio e o uso legítimo da força é o poder monopolista que define um Estado, de acordo com a definição de Weber.

É discutível se essa competição, na qual o poder determina o resultado, resultará em violações dos direitos individuais. Para ilustrar isso, podemos considerar o seguinte exemplo: as pessoas A e B contratam diferentes órgãos de proteção para representá-las. Em um certo momento, A e B se envolvem em um conflito por algum motivo. Nesse caso, as sociedades protetoras podem tomar decisões que favoreçam seus próprios membros, mesmo que o comportamento de A seja moralmente justificado. Ou seja, na prática, B viola os direitos de A. Entretanto, se essa situação persistir, a sociedade protetora, à qual B pertence, se tornará cada vez mais orientada para seus próprios interesses, deixando de cumprir as expectativas de justiça das pessoas.

Em seguida, avançamos para a ideia de estabelecer uma sociedade civilizada por meio de um contrato e estabelecer um governo civil. Com base na obediência à lei natural e no valor dos direitos naturais, o objetivo do contrato social deve ser a proteção dos direitos individuais, e o governo civil estabelecido deve exercer suas funções e poderes de acordo com o contrato. Contudo, essa abordagem não é adotada na teoria de Nozick. Embora as pessoas se unam a associações protetoras, com o objetivo de proteger seus direitos individuais, quando as disputas se transformam em uma batalha entre essas associações, a proteção dos direitos individuais se degrada em um confronto entre os pontos fortes e fracos das associações protetoras. Nesse sentido, Nozick optou por não adotar a Teoria do Contrato Social, como uma abordagem para demonstrar a formação do Estado. Ainda

que ele evite a controvérsia sobre a existência ou inexistência de contratos, causada pela Teoria do Contrato Social, isso também resulta em um dilema teórico significativo.

30.3 O ESTADO VIGILANTE NOTURNO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Embora a associação protetora seja uma precursora do Estado, ela não é o Estado real. Nozick propõe a ideia de um Estado mínimo que pode ser estabelecido por razões de um vigilante noturno.

Nozick concebe um arranjo social entre associações protetoras e um Estado mínimo, o qual ele chama de "Estado ultra mínimo". Esse tipo de Estado possui o direito exclusivo de exercer o poder coercitivo, mas desempenha apenas a função de proteção e demonstra seu poder coercitivo apenas para aqueles que lhe pagam. As duas transições mencionadas referem-se à transição de uma associação protetora para um Estado ultra mínimo e, em seguida, de um Estado ultra mínimo para um Estado mínimo. Essas transições só podem ser moralmente justificadas. Somente assim o Estado mínimo pode ser moralmente justificado, e é exatamente isso que Nozick pretende fazer.

Dessa concepção, emergem duas questões. A primeira diz respeito ao momento em que o Estado adquire o monopólio do poder coercitivo de maneira moralmente legítima, ou seja, quando a aquisição desse direito exclusivo ocorre sem violar os direitos individuais. A segunda envolve a situação em que um país que oferece serviços apenas para aqueles que adquiriram proteção deseja expandir essa proteção a todos em seu território, inclusive para aqueles que não a adquiriram. Nesse caso, seria necessária alguma forma de redistribuição, e essa redistribuição seria moralmente justificada? Não representaria uma violação dos direitos daqueles que já pagaram? Nozick responde afirmativamente a ambas as questões sobre a legitimidade da redistribuição.

Em primeiro lugar, durante o processo de conversão de uma associação protetora em um Estado mínimo, o Estado adquire independência em relação ao uso coercitivo do poder. Surge, então, uma questão fundamental a respeito dos direitos individuais: se a ocupação do poder é moralmente justificada. Nozick argumenta que, quando uma instituição detém o monopólio do poder coercitivo, isso impede tanto o cliente dessa instituição quanto os indivíduos independentes dela de buscarem justiça privadamente, em especial, quando se trata de justiça exigente. Essa proibição parece entrar em conflito com os direitos naturais do indivíduo.

Em relação à principal parte do argumento de Nozick, ele afirma que, para que as pessoas cooperem e restrinjam suas ações, é necessário obter seu consentimento. No entanto, as restrições, impostas pelo mundo externo, impedem que elas imponham justiça sem violar seus próprios direitos.

Para responder a essa questão, Nozick propõe os direitos processuais e destaca um princípio: se alguém tentar usar um procedimento de adjudicação que seja injusto ou não

confiável contra outra pessoa, essa pessoa tem o direito de resistir em legítima defesa. Seguindo esse princípio, uma pessoa pode autorizar uma agência de sua confiança a agir em seu nome para resistir a qualquer processo injusto ou não confiável. Os indivíduos também podem resistir por meio de instituições de proteção, desde que possam demonstrar que os seus processos de adjudicação são confiáveis e justos. Consequentemente, uma vez que a sociedade protetora adota esse princípio e tem a competência para fazê-lo, qualquer pessoa que se oponha a essa proibição será punida.

30.4 O PAPEL REGULATÓRIO DO ESTADO

As reivindicações dos direitos processuais também sugerem que, se uma parte pretende impor uma penalidade, sem conhecer a confiabilidade de seu procedimento adjudicativo, o infrator não pode ser punido de forma imparcial. Nozick argumenta que a punição de indivíduos, com base em procedimentos de adjudicação, é injustificada, ainda que o infrator seja genuinamente culpado, formulando um princípio de epistemologia relativo ao comportamento transgressivo, como base para apoiar esse argumento.

Ao demonstrar os princípios processuais, Nozick explica por que os indivíduos independentes não têm o direito de impor justiça privadamente.[10] Isso completa a explicação da legitimidade da primeira transformação, embora sua completação seja discutível, pelo menos intuitivamente. Os direitos processuais se sobrepõem aos direitos morais dos indivíduos, o que é uma visão surpreendente. No contexto teórico de Nozick, as pessoas no estado de natureza já possuem direitos individuais, com base na moralidade, e agem de acordo com as restrições impostas pelos direitos morais, punindo aqueles que violam os direitos dos outros.

Mas Nozick afirma que, de acordo com os direitos processuais, as pessoas que vivem no estado de natureza não podem tomar medidas para impor punição ou exigir compensação daqueles que violam os direitos dos outros. Isso ocorre porque é impossível chegar a um procedimento específico, confiável e justo, de forma consensual, entre as partes em conflito. Consequentemente, qualquer punição privada ou demanda de compensação violaria o princípio dos direitos processuais, e o infrator também teria o direito legítimo de resistir. Mesmo que Nozick não use os direitos naturais, como Locke, ao examinar os direitos individuais, a partir das restrições morais marginais, podemos dizer que, na teoria de Nozick, os direitos individuais são inerentes. Em contraste, os direitos processuais surgem apenas, quando surgem disputas entre as pessoas, como uma concepção de direitos que visa a resolver essas disputas. Eles são produzidos em resposta aos direitos inerentes

[10] Nesse ponto, cita-se: "Em termos contemporâneos Robert Nozick, o mais árduo defensor do Estado mínimo na ciência política do século XX aceita a intervenção do Estado fundamentalmente para evitar o procedimento de 'justiça privada', que seria arriscado à sociedade. Mas adverte que não é do interesse da sociedade firmar acordos que limitem a liberdade individual." "O Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar." "Caberia à 'agência dominante" apenas compensar as desvantagens impostas àqueles que proíbe de atividades contra os seus 'clientes'" (CLÈVE, C. Direito Constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022).

dos indivíduos. Intuitivamente falando, ainda que os direitos individuais inerentes não sejam superiores aos direitos processuais, os primeiros não devem ser substituídos pelos processuais.

Além disso, se os direitos processuais são realmente tão importantes quanto a moral individual, se os direitos morais não podem ser cumpridos, então a prioridade deve ser dada à proteção dos direitos processuais, como condição necessária para a proteção dos direitos individuais.

Como mencionado anteriormente, no estado de natureza, devido à falta de procedimentos justos e confiáveis, os direitos individuais passam a ser inúteis, tornando-se inevitável o estabelecimento de uma agência reguladora justa e imparcial. Isso ocorre, à medida que as sociedades surgem e competem umas com as outras no estado de natureza. Em outras palavras, o processo da "mão invisível", mencionado por Nozick, pode parecer irracional e desnecessário em sua teoria, e, independentemente de sua teoria ser contratualista, a formação do Estado seria construída artificialmente, não de forma evolutiva. Em resumo, quando Nozick introduziu o conceito de direitos processuais, seu objetivo era refutar a afirmação anarquista de que o Estado não pode existir legitimamente, mas isso também levou a sua própria teoria a um certo dilema: se ele insistisse que os direitos processuais teriam precedência sobre os direitos morais individuais, então a inferência sobre as associações protetoras seria inútil. Caso contrário, ele teria que renunciar à sua insistência na prioridade dos direitos processuais, tornando-se insustentável em termos de refutação ao argumento anárquico.

Por enquanto, deixaremos de lado as dificuldades teóricas da primeira transformação e passaremos a analisar como Nozick defende a segunda transformação.

> [...] os clientes da agência de proteção teriam de compensar os independentes pelos prejuízos sofridos por eles por conta da proibição de imporem livremente seus próprios direitos aos clientes da agência. Não há dúvida de que o modo menos dispendioso de compensar os independentes seria fornecer-lhes serviços de proteção que abrangessem essas situações de conflito com os clientes pagantes da agência de proteção. Isso é menos dispendioso do que deixá-los desprotegidos contra a violação de seus direitos (não punindo nenhum cliente que agisse dessa forma) e depois tentar indenizá-los das perdas por terem (e estarem em uma situação em que ficaram expostos a ter) seus direitos violados.[11]

Nozick argumenta que o processo de tributação e expansão dos objetos protegidos, denominado "redistribuição no Estado mínimo", não é uma redistribuição real em sua essência. Isso ocorre porque esse processo segue o princípio da compensação. As pessoas que pagam para proteger os outros não apenas não são privadas de seus direitos, como também são moralmente obrigadas a fazê-lo. Uma vez que o Estado ultra mínimo foi comissionado por aqueles que pagaram[12], é moralmente obrigatório criar um Estado mínimo.

[11] NOZICK, R. Anarquia, Estado e utopia. São Paulo: WMF, 2011, pp. 141-142.

[12] Em igual sentido, cita-se: "Robert Nozick menciona o conceito de Estado ultra mínimo, ou seja, aquele

Nozick não descarta a possibilidade de que algumas pessoas deixem a instituição em troca de proteção gratuita.

Porém, ele acredita que isso não seria um problema sério, pois a economia seria muito limitada. Jonathan Wolff aponta que as pessoas que rompem com as instituições protetoras tornam-se independentes desprotegidos.[13] Quando disputam com outros independentes, terão que assumir a responsabilidade por sua própria proteção. As consequências disso tornam essa situação quase impossível.

Em resumo, Nozick argumenta que o Estado mínimo é a forma moralmente mais justa de governo. Ele acredita que o processo de tributação e a expansão dos objetos protegidos não consistem em uma redistribuição real, já que que segue o princípio da compensação. Nozick também acredita que a possibilidade de as pessoas deixarem a instituição em troca de proteção gratuita não seria um problema sério.

30.5 O ESTADO ULTRA MÍNIMO E A COMPENSAÇÃO

O conceito de compensação tem levantado algumas dúvidas. Isso ocorre porque, no discurso da Teoria dos Direitos, a compensação está, muitas vezes, associada à violação de direitos. Por exemplo, John Locke argumenta que os direitos são violados no estado de natureza. Nozick argumenta que o Estado ultra mínimo é justificado, já que segue o princípio da compensação. No entanto, alguns argumentam que o Estado ultra mínimo também viola os direitos dos indivíduos independentes. Se isso for verdade, então o Estado ultra mínimo não é justificado. Robert L. Holmes fez uma observação semelhante.[14]

Nozick argumenta que um Estado ultra mínimo tem o direito exclusivo de usar força coercitiva. Ele sustenta que esse direito vem do direito de as pessoas serem tratadas de forma justa e equitativa. Todavia, Nozick também sugere que o Estado ultra mínimo tem a obrigação de indenizar os indivíduos que sofrem danos, devido à falta de direitos processuais. Essas duas afirmações são conflitantes, já que isto significa que o Estado ultra mínimo tem o poder não somente de infligir danos, mas também, a obrigação de compensar as vítimas desses danos.

Isso aponta que o argumento de Nozick para um Estado ultra mínimo seria inválido. Ele não pode explicar como um Estado pode ter o direito exclusivo de usar força coer-

que somente forneceria serviços de proteção e aplicação das leis àqueles que pagassem por suas políticas" (SANTIAGO, J. C. Cidadão e Estado Fiscal: A superação da unilateralidade da tributação. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, pp. 305-319, Set/Out 2013).

[13] WOLFF, J. Robert Nozick: Property, Justice, and the Minimal State. California: Stanford University Press, 1991, p. 72.

[14] *"This gives rise, therefore, to the following dilemma: either the ultra minimal state is legitimate or it is not. If it is, then there is no reason to suppose that people will move beyond it to the MS, in which case the overall process does not result in a state. If it is not, then the whole process contains an obviously impermissible stage, in which case the account fails to meet Nozick's own criterion for the legitimacy of a state as well as that part of the anarchist's objection which holds that the monopoly of force by the state is immoral. In short, either it is wrong to prohibit independents from trying to enforce their rights and to punish them for doing so, in which case the ultra minimal state acts immorally in doing these things, or it is not wrong, in which case there is no reason to transcend the ultra minimal state*" (HOLMES, R. L. Nozick on Anarchism. Political Theory, London, pp. 247-256, May 1977, p. 250).

citiva e, ao mesmo tempo, ter a obrigação de indenizar aqueles que são feridos por essa força. Portanto, o Estado ultra mínimo de Nozick não pode ser uma resposta à demanda do anarquismo pelo monopólio do Estado do poder coercitivo.

Desde a formulação da Teoria dos Direitos Pessoais até a criação de um Estado que transcende o Estado de natureza para salvaguardar tais direitos, a exposição de Nozick revela a existência de um Estado mínimo, cujas responsabilidades são, em grande parte, herdadas do liberalismo clássico.[15]

A noção de um "Estado vigilante noturno" refere-se a um Estado mínimo. Nozick argumenta que, uma vez que qualquer nação ultrapasse as funções desse Estado mínimo, inevitavelmente ocorrerá uma violação dos direitos individuais.

As opiniões de Nozick têm gerado considerável controvérsia, embora o foco desses debates não esteja na liberdade política individual. A principal discussão concentra-se na capacidade da comunidade política de redistribuir a riqueza. Em termos contemporâneos, as teorias de Rawls e Dworkin se opõem claramente às ideias de Nozick, defendendo que o Estado pode efetuar essa redistribuição. Eles também sustentam que somente dessa forma os direitos individuais podem ser verdadeiramente realizados. Essa questão tem acirrado o debate entre os campos da esquerda e da direita dentro do liberalismo contemporâneo. Analisaremos as duas teorias para esclarecer os pontos de disputa e as razões por trás de ambas as posições.

30.6 O LIBERTARIANISMO, A COOPERAÇÃO SOCIAL E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SOBREENDIVIDADO

Em 1971, em sua obra intitulada "Uma Teoria da Justiça", Rawls defende claramente o liberalismo de esquerda. Afirma explicitamente que sua teoria é uma forma de Teoria do Contrato. Em contraste com os teóricos tradicionais do contrato, Rawls parte do pressuposto de que as pessoas devem retornar a um estado justo para estabelecer contratos, ao invés de começarem do estado natural. Por essa razão, ele propõe a "posição original", que assume que as pessoas estão envoltas em um "véu de ignorância", em virtude do qual não se têm conhecimento das circunstâncias específicas em que se encontram, como gênero, ocupação, situação econômica, habilidades naturais etc. No entanto, elas possuem conhecimento geral sobre assuntos políticos, psicologia, economia, sociedade etc. A partir desse contexto, elas podem chegar a um contrato, resultando em um consenso que Rawls chama de "dois princípios de justiça".[16] Esses princípios são os seguintes: (1) Todos têm

[15] Essa é a diferenciação fundamental destacada por Dworkin na teoria política, em que a antítese de uma teoria, baseada em direitos, é uma teoria baseada em metas ou objetivos. A primeira considera os direitos individuais como o objeto de maior importância a ser protegido e sustenta que qualquer ação política não pode violar tais direitos. Já a segunda teoria não prioriza os direitos individuais, mas acredita que certas metas (como os interesses da maioria, o progresso global do país, a preservação da cultura tradicional etc.) são mais relevantes do que os direitos individuais. Em busca dessas metas, até mesmo a restrição dos direitos de algumas pessoas pode ser permitida, como defendido pelo utilitarismo. De fato, várias teorias, desenvolvidas dentro do liberalismo contemporâneo, têm como objetivo central responder ao utilitarismo e criticá-lo.

[16] Nesse ponto, cita-se "Na visão de Höffe (2006, p. 288), Rawls aborda uma teoria do contrato social no

direitos iguais para desfrutar do sistema mais amplo e básico de direitos e liberdades igualitárias, que são consistentes com um sistema semelhante de liberdades para todos; (2) A desigualdade social e econômica deve ser estruturada de forma a: (i) beneficiar os menos favorecidos, de acordo com o princípio da poupança justa; e (ii) estar aberta a todos, em condições justas e igualitárias de oportunidades, com base em posição e *status*.[17]

É importante observar que o primeiro princípio tem antecedência sobre o segundo.

Embora ambos os princípios de justiça, conforme mencionado anteriormente, indiquem que Rawls, assim como Nozick, defendem uma teoria baseada em direitos, eles diferem significativamente em alguns pontos.[18] A primeira parte do segundo princípio é o que Rawls denomina como "o princípio da diferença".[19] Geralmente, se acredita que a implementação desse princípio na sociedade real reflete uma política de redistribuição de riqueza que auxilia os menos favorecidos. Dessa forma, este artigo explora a lógica subjacente a esse princípio de diferença e a sua incompatibilidade com o argumento de Nozick.

sentido fraco, posto que não ficam claramente percebíveis os três elementos do contrato; é que só com evidência destes se pode falar em teoria do contrato no sentido estrito. Rawls deixa a desejar na percepção de dois dos elementos do contrato, ressaltando apenas, na sua teoria de justiça, o primeiro elemento que trata do consenso dos indivíduos na formação do acordo. E é exatamente contra essa teoria que se debruça Nozick, ao estabelecer a não coordenação de ações singulares e de indivíduos resultando no Estado. Segundo Nozick, na exposição de Höffe (2006), o Estado se legitima a partir da conjugação de três argumentos, sejam eles uma proteção privada de direitos naturais mais dispendiosa; ausência, no mesmo território, de forças concorrentes; e proibição, na associação de proteção, aos não membros em querelas com membros, de recorrerem a meios próprios. O que Höffe (2006) frisa é que, para Nozick, diferente da análise em Rawls, os três elementos que configuram o contrato, em sentido estrito, podem ser percebidos, ou seja, vê-se uma teoria do contrato social no sentido forte" (LIMA, N. D. O. A justiça política em John Rawls. Revista dos Tribunais, São Paulo, Jun., 2012, p. 173).

[17] RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, ´p. 13.

[18] Nesse sentido, cita-se a manifestação do Ministro Ricardo Lewandovski: "[...]_Eu peço licença à Presidência, para fazer uma rapidíssima observação, lamentando a ausência do eminente Ministro Luiz Fux, quando Sua Excelência enfatiza – para solucionar a controvérsia – a análise econômica do direito, a "*law and economics*". Eu não potencializo essa perspectiva do Direito. Lembrando que, a partir dos anos 70, do século passado – todos nós sabemos –, as visões predominantes do Direito de então desenvolveram três perspectivas quanto à análise jurídica. Em primeiro lugar, a chamada "*law and economics*", a análise econômica do Direito, que propõe uma visão do Direito a partir de uma perspectiva econômica. Contrapondo-se a essa escola, surgiu a "*critical legal studies*" ou escola crítica do Direito, que enfatiza uma visão política. E, finalmente, uma terceira visão, uma terceira escola, as teorias chamadas "*rights based theories*", que englobam todas as contribuições que foram desenvolvidas por Rawls, por Nozick, por Dworkin, e enfatizam uma visão do Direito a partir da filosofia moral, tendo em conta, inclusive, a construção de uma sociedade mais justa. São três escolas que, de certa maneira, se contrapõem e que, talvez, permitam que nós tenhamos uma visão mais plural do Direito. Portanto, eu acho que é possível que nós tenhamos visões distintas do Direito e não potencializemos, necessariamente, essa visão econômica do Direito" (STF - ADI: 2160 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/08/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/02/2019).

[19] Sobre este tópico, aponta-se o voto do Juiz Federal Artur César de Souza, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que se manifestou no seguinte sentido: "Quem sabe em nossa época haja refletido com maior solidez dessa necessidade (sentimento) de reduzir as desigualdades seja John Rawls (Teoria da Justiça) ao consagrar o 'princípio da diferença', segundo o qual não cabe conformar-se com que o progresso de um ou poucos redunde na decadência de outros, senão que corresponde exigir que, se esse progresso se volte especificamente em benefício dos que estão piores, de sorte que tenha de ser formulado de forma mais severa: "vou aceitar que tu ganhes mais com a condição de que tua ganância redunde em benefício dos que ganham menos". Também ressalta o outro princípio da justiça, isto é, que 'a igualdade de oportunidades seja 'equitativa': o que supõe que a sociedade, de alguma maneira, deve compensar as desvantagens do ponto de partida: que todos possam partir do mesmo nível". (GRONDONA, Mariano. Los pensadores de al liberdad - de John Locke a Robert Nozick, 6 ed., Sudamericana, 1992. pp. 141-144)" (TRF-4 - APL: 50008525720154047212 SC 5000852-57.2015.4.04.7212, Relator: ARTUR CÉSAR DE SOUZA, Data de Julgamento: 13/09/2017, SEXTA TURMA).

Isso ocorre porque os benefícios, obtidos por pessoas que vivem de forma independente, podem ser significativamente menores do que os benefícios globais gerados pela cooperação social. Portanto, as pessoas estarão dispostas a aderir a um sistema cooperativo para obter maiores benefícios. Em outras palavras, os interesses das pessoas são os mesmos, mas, quando se trata de distribuir os benefícios gerados pela cooperação, todos buscarão uma parcela maior, com base em seus interesses pessoais. Isso resulta em um conflito de interesses, e o princípio da justiça social busca fornecer uma solução para esse conflito, distribuindo os benefícios de forma adequada. Rawls acredita que a solução mais justa para isso é o que ele chama de "princípio da diferença".

É inegável que, quando as pessoas cooperam para gerar benefícios, a questão de como esses benefícios são distribuídos se torna um problema. Isso é especialmente verdadeiro em situações em que a contribuição de cada indivíduo é difícil de quantificar ou separar, como em sistemas cooperativos. Como os interesses são criados em conjunto, todos podem razoavelmente fazer as mesmas exigências, e ninguém pode fazer exigências claramente superiores às dos outros. Tal situação levanta a questão da justiça distributiva.

Nozick não nega a possibilidade de cooperação social, mas não aceita o princípio da diferença, proposto por Rawls. Nozick divide a cooperação social em dois estados para discussão. O primeiro estado é uma cooperação social contínua, baseada na divisão do trabalho, especialização, nos interesses comparativos e nas trocas. Embora as pessoas cooperem para criar produtos, cada um tem uma função específica na linha de produção, e trocam interesses com os outros envolvidos. Nozick propõe que, nessa forma de cooperação social, na qual cada um trabalha separadamente, semelhante a muitas pequenas empresas, a distribuição das contribuições já é determinada no processo de troca voluntária mútua, não sendo necessário recorrer a regras especiais para a distribuição das contribuições.

O segundo estado é uma forma mais complexa de cooperação social, na qual as pessoas trabalham juntas para produzir um produto específico. Todos contribuem para esse produto, mas, como não há uma clara divisão do trabalho, os benefícios gerados não podem ser atribuídos de forma precisa. Nozick afirma, nesse caso, que

> na verdade, a posição de Rawls em relação às desigualdades exige que as contribuições particulares para a produção conjunta possam ser isoladas, pelo menos até certo ponto. Isso porque Rawls faz questão de afirmar que as desigualdades são justificadas desde que sirvam para melhorar a posição do grupo que está em pior situação na sociedade, desde que o grupo em pior situação ficasse em uma posição ainda pior se as desigualdades não existissem. Essas desigualdades funcionais originam-se, ao menos em parte, da necessidade de oferecer incentivos a determinadas pessoas para que realizem diferentes atividades ou ocupem cargos diversos, o que nem todos são capazes de fazer de modo igualmente satisfatório. (Rawls não acredita que as desigualdades sejam necessárias para promover a ocupação de cargos à frente dos quais qualquer pessoa se sairia bem, ou que os trabalhos mais enfadonhos que exigem menos habilidade serão os que terão salário mais alto.) Mas para quem os incentivos devem ser pagos? Para quais realizadores e para quais atividades?[20]

[20] NOZICK, R. Anarquia, Estado e utopia. São Paulo: WMF, 2011, p. 243.

Nozick sustenta que, mesmo no estado de cooperação mútua, as contribuições individuais podem ser diferenciadas, caso contrário, não haverá incentivos para que pessoas específicas participem da cooperação. Nesse estado de cooperação, as pessoas ainda podem determinar a transferência de benefícios por meio de processos de troca ou contratos. De acordo com Nozick, em geral, as pessoas receberão uma remuneração aproximadamente igual à sua contribuição marginal. Em outras palavras, para Nozick, independentemente de cooperarem ou não, ou de como cooperam, o comportamento de troca individual não desaparecerá. Contanto que esses processos estejam em conformidade com os princípios estabelecidos pela Teoria do Empoderamento, eles são moralmente justos e aceitáveis.

Entretanto, além da cooperação social, Rawls apresenta outro argumento mais profundo. Ele aponta as diferenças de talento entre os indivíduos, como inteligência, beleza, força física etc., como fatores que têm um impacto significativo no desenvolvimento individual. Segundo Rawls, em termos de justiça, esses fatores devem ser moderadamente eliminados. Por meio do véu da ignorância, essas diferenças inatas e adquiridas não podem ser usadas como base para que as pessoas considerem como fazer um contrato e, assim, chegar a um consenso sobre o princípio da diferença. Um dos aspectos de relevo aqui repousa no fato de Rawls não seguir o caminho do socialismo, ou seja, não defendeu a abolição do sistema de propriedade privada. A resposta de Rawls é a de que tal desigualdade serviria ao bem-estar geral e, guiada pelo princípio da diferença, os menos favorecidos obteriam os maiores benefícios, e a situação de desigualdade seria gradualmente melhorada, tornando-se um estado mais tolerável.

Nozick também levanta objeções ao argumento de Rawls. Ele acredita que, como a cooperação social é benéfica para todos, todos os participantes da cooperação são simétricos entre si, e ninguém pode fazer exigências arbitrárias. Quando Rawls nos pede para imaginar que pessoas em situações desfavoráveis apelam para aquelas em situações favoráveis e exigem o máximo benefício como condição para aderir à cooperação, as pessoas em situações favoráveis também devem ter o direito de fazer exigências proporcionais. Isso ocorre porque a cooperação não é apenas uma parte que precisa da outra parte, mas cada uma precisa da outra parte para alcançá-la. Portanto, se uma exigência unilateral, como o princípio da diferença, for permitida, isso seria uma exigência ultrajante para as pessoas em situações favoráveis, o que não pode ser justificado.

Nozick também assinala que o argumento de Rawls considera a aptidão natural de todas as pessoas como um bem coletivo, ou seja, a ideia de que todas as pessoas devem compartilhar esse bem coletivo, não levando em consideração as diferenças entre as pessoas.

Além disso, segundo Nozick, se a dotação natural for considerada um bem coletivo, então todos os bens adquiridos, de forma arbitrária, seriam condições que podem ser ajustadas para maximizar a situação dos menos favorecidos. Nozick sugere que a aplicação do princípio da diferença seria ampla e até poderia envolver a redistribuição forçada de partes do corpo.

A crítica mais importante de Nozick ao princípio da diferença é que o próprio princípio da diferença é similar ao princípio dos resultados, discutido anteriormente. Nozick argumenta que, se os objetos a serem distribuídos são coisas que simplesmente caem do céu, e as restrições condicionais, como o princípio de que a distribuição afetará a quantidade de objetos, são aplicadas, então é possível chegar a um consenso sobre o princípio da diferença. Todavia, quando se trata da redistribuição da riqueza, se essa riqueza é algo que as pessoas produzem com muito trabalho, o princípio da diferença não pode ser um modelo adequado. Se o processo de obtenção da riqueza requer esforço, será pouco persuasivo para as pessoas aceitarem um princípio que é orientado por um objetivo específico.

Nesse cotejo, temos a figura do consumidor sobreendividado.

Enquanto o Direito do Consumidor se concentra nos aspectos morais da exclusão financeira, uma abordagem libertária enfatiza os direitos individuais dos credores, como os direitos de propriedade e as liberdades pessoais. A visão libertária argumenta que os direitos morais devem se limitar a evitar que as pessoas violem os direitos individuais dos credores, isto é, devem ser apenas deveres negativos. Um direito ao crédito poderia até mesmo interferir em certos deveres positivos das instituições financeiras, forçando-as a adotar comportamentos que, de outra forma, não estariam dispostas a fazer, como emprestar a clientes muito pobres. Assim, qualquer obrigação moral ou ética do credor ou da sociedade de fornecer serviços financeiros a todos os cidadãos deve ser descartada.

Para garantir acesso universal ao crédito, os governos teriam que intervir para aumentar a oferta, mas essa intervenção poderia ter efeitos prejudiciais, distorcendo o mercado e, possivelmente, não alcançando seus objetivos.

A intervenção governamental é necessária, devido às imperfeições nos mercados de crédito, em países em desenvolvimento. Com base nos princípios de liberdade, pode-se argumentar que o acesso limitado ao crédito resulta de uma falta de correspondência entre a demanda por crédito e a capacidade da oferta de atendê-la. Isso leva à exclusão financeira dos pobres, em razão de comportamentos tanto da demanda quanto da oferta. Por exemplo, um cliente pobre pode não receber ofertas de crédito, se os credores não estiverem dispostos a emprestar a essa clientela, ou a oferta pode ser recusada por qualquer das partes, se as condições do empréstimo forem consideradas inaceitáveis. Em todos os casos, a oferta não atende à demanda e resulta na exclusão do sistema financeiro tradicional. É essencialmente um problema de negociação, já que as instituições, sejam elas privadas ou públicas, não têm incentivos suficientes para fornecer serviços à população economicamente desfavorecida.

A distinção entre a abordagem moral do crédito e a perspectiva negocial do libertarianismo é crucial, para compreender as diferenças na análise dos mercados imperfeitos. Se nos concentramos apenas na negociação do crédito, justificativas éticas para um novo direito ao crédito não são plausíveis. Uma abordagem negocial considera que o crédito só será concedido se ambas as partes, mutuário e mutuante, concordarem voluntariamente

com a transação. Se limitarmos a oferta a instituições privadas, qualquer direito ao crédito exigiria um acordo, o que forçaria as instituições a aceitarem as condições do mutuário. Isso, sem dúvida, restringiria o mercado de crédito e criaria ineficiências. O libertário clássico, como Nozick, se oporia aos argumentos morais, argumentando que isso distorceria o mercado e violaria o princípio da transferência. Logo, qualquer abordagem moral, relacionada a políticas redistributivas no contexto do crédito, seria considerada inadequada e ilegítima.

Além disso, sob essa lógica, seria altamente questionável se a intervenção do governo poderia realmente garantir um acesso uniforme ao crédito, se um direito ao crédito fosse estabelecido. Isso dependeria principalmente de como esse Direito Moral seria traduzido em direitos legais, por meio de legislações internacionais e nacionais. A questão não se limita apenas a como esses direitos seriam incorporados às leis nacionais, mas também, a como eles interagiriam com outras leis nacionais que poderiam entrar em conflito com eles. A tradução desse direito provavelmente seria desigual, com alguns países optando por legislar para garantir o acesso ao crédito por meio de instituições públicas, privadas ou parcerias público-privadas, enquanto outros adotariam abordagens menos intervencionistas, concentrando-se na criação de uma estrutura para expandir o acesso ao crédito.

Apesar das críticas contundentes de Nozick à posição de Rawls sobre a redistribuição da riqueza, Nozick argumenta que, na ausência de informações claras sobre uma longa história, certos princípios de modelagem para a justiça distributiva podem ser considerados como princípios que geralmente alcançam o efeito de corrigir a injustiça. Por exemplo, suponha que (1) as vítimas de injustiça geralmente estejam em uma situação pior do que poderiam estar; (2) aqueles que estão atualmente em pior situação são aqueles (ou seus descendentes) que sofreram as piores injustiças históricas, e aqueles, em melhor situação, são os que se beneficiaram da injustiça no passado. Nesse caso, o princípio da diferença de Rawls provavelmente pode alcançar o efeito de correção. Todavia, Nozick admite que os detalhes dessa argumentação complexa não estão claros.

Na verdade, com base na proteção dos direitos de propriedade, a existência do princípio corretivo não é apenas necessária, mas também, inquestionável. Porém, quando o princípio corretivo é aplicado à situação real, ele também cria variáveis imprevisíveis para a teoria de Nozick. Como mencionado anteriormente, Nozick demonstrou que sua teoria de justiça é baseada em um princípio histórico, o qual explica a relação inseparável entre justiça e história passada. Em outras palavras, é impossível falar em justiça sem levar em consideração como a posse foi adquirida e se foi adquirida corretamente. No sistema teórico de direitos de propriedade de Nozick, é necessário analisar se o titular anterior estava justificado ao adquirir a propriedade. Esse processo só pode ser interrompido quando não há titular anterior. Uma vez que uma propriedade específica foi mantida de forma indevida em algum ponto da história, nenhum titular subsequente pode reivindicar um direito legítimo sobre essa propriedade.

Além de Rawls, Dworkin é um dos principais representantes do liberalismo de esquerda no contexto contemporâneo. Embora Dworkin se considere um liberal, sua teoria não se baseia exclusivamente na liberdade. Isso não significa que ele não valorize a liberdade, mas acredita que a liberdade decorre de um princípio mais fundamental.[21] Esse princípio fundamental, segundo Dworkin, é o direito das pessoas ao seu próprio governo, e esse direito é caracterizado como o direito à igual preocupação e respeito. Esse tipo de existência pressupõe ações planejadas, e o governo deve tratar a todos igualmente, considerando que todos experimentarão dificuldades e contratempos.

Esse princípio abrange dois aspectos. No que concerne ao igual respeito, Dworkin se refere a uma das principais conotações do liberalismo, que é a visão neutra dos valores nacionais. Já a igual preocupação, proposta por Dworkin, envolve a alocação de recursos. Ele acredita que a igual preocupação pode ser abordada de duas maneiras: tratando todos igualmente e tratando pessoas como iguais. A primeira abordagem significa que o governo fornece os mesmos recursos ou oportunidades para todos. Dworkin rejeita essa visão e defende a abordagem de tratar pessoas como iguais, pois cada indivíduo possui necessidades e circunstâncias diferentes. Segundo ele, o governo deve fornecer recursos e oportunidades diferentes de acordo com as necessidades e situações individuais, levando em consideração as diferenças. Dworkin acredita que cada indivíduo possui um ideal de vida próprio, e a busca desse ideal requer recursos.[22] Como os ideais de cada um são diferentes,

[21] NEAL, P. Dworkin on the Foundations of Liberal Equality. Legal Theory, Cambridge, pp. 205-226, June 1995, p. 210.

[22] Sobre esse ponto, cita-se trecho de sentença, da lavra da Juíza Rachel Ferreira Cazotti Goncalves Fernandes, proferida pela 1.ª Vara do Trabalho de Barra Mansa do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira região: "Nunca é demais lembrar o giro hermenêutico que o Direito passou nas últimas décadas, enfatizando, aqui, a corrente do liberalismo, defendida pelo saudoso jurista, Ronald Dworkin: 'Sobre o liberalismo, é importante salientar que o mesmo é fundamento de inúmeros autores e matizes. Nesses termos, poderíamos afirmar a existência de derivações do liberalismo em várias tradições e autores (I. Kant, J. Rawls, R. Dworkin, R. Nozick, entre outros), embora todos tenham' a defesa da liberdade como traço comum. 'Com isso, temos que a tradição liberal da tutela da liberdade pode manifestar-se na esfera política ou na esfera econômica'. Na esfera econômica, 'o liberalismo diz respeito a não intervenção do Estado no mercado (lógica do Estado mínimo), bem como a defesa da livre iniciativa e propriedade privada. Já, no âmbito da esfera política, o liberalismo está atrelado à defesa de liberdades públicas e existenciais, como a liberdade de expressão, de religião e da privacidade'. Sem dúvida, a vertente mais cultuada do liberalismo político da atualidade é a do liberalismo igualitário que tem como pensadores John Rawls e Ronald Dworkin. Para essa corrente, temos a prevalência (prioridade) dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade ou do Estado (viés liberal); todavia, além da liberdade, existe uma preocupação com a igualdade material (com a justiça social e a distribuição de recursos). Nesse sentido, temos que 'o liberalismo igualitário sustenta que não é papel do Estado promover valores hegemônicos na sociedade (ou seja, uma concepção heterônoma de vida), interferindo nas liberdades individuais. Cada pessoa deve ter a liberdade para eleger os seus planos de vida, além do acesso aos meios necessários para persegui-los, desde que isso não fira direito de terceiros. Uma premissa básica é a de que as pessoas são sujeitos morais autônomos, que devem ter a possibilidade de fazer escolhas, inclusive se responsabilizando pelas mesmas (Dworkin). O Estado não deve ser um 'tutor', limitando a liberdade dos indivíduos para lhes impor concepções de vida boa, como se fosse seu papel protegê-los de suas próprias escolhas e decisões. Com isso, o liberalismo igualitário reconhece a existência de um amplo pluralismo na sociedade (pluralismo razoável), na medida em que as pessoas têm diferentes concepções sobre a vida digna (religiosas, morais, políticas, de projetos de vida e etc.). Nesses termos, mediante o igual respeito e consideração a todos (Dworkin), defendem os liberais igualitários a 'tolerância' e o 'dever de neutralidade estatal' diante das diversas concepções sobre os bem existentes na sociedade', além, como já dito, da necessidade de distribuição de recursos básicos que produzam igualdade material." (FERNANDES, Bernardo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, pp.231-232)"

os recursos necessários também são diferentes. Com base no respeito aos ideais pessoais de vida, o governo deve desempenhar um papel na alocação de recursos, fornecendo a todos os recursos de que precisam, para que tenham oportunidades iguais na busca de seus objetivos. Quanto à implementação desse padrão, Dworkin menciona o teste da inveja na economia como critério de avaliação, no qual as pessoas se veem como clientes em um leilão, podendo adquirir os recursos de que necessitam por meio de trocas, comparando-os com os recursos que outros possuem, até que ninguém sinta inveja dos outros. Quando esse estado é alcançado, significa que a igual preocupação foi aplicada.

Resumidamente, a teoria de Dworkin defende que o governo possa redistribuir riqueza. A base teórica por trás disso é a de que o governo deve oferecer ao povo igual preocupação e respeito. Com base na interpretação da teoria de Dworkin, Nozick não teria objeções ao governo proporcionar igual respeito ao povo. Ambos os lados demonstram uma posição consistente com o liberalismo no que diz respeito à escolha de valores pessoais e planos de vida. O Estado deve manter a neutralidade em relação aos valores e não interferir nas decisões individuais.[23] No entanto, o que Dworkin chama de "igual preocupação" é considerado por Nozick uma violação flagrante dos direitos individuais.

De acordo com a teoria de Dworkin, alcançar igualdade de atenção requer assumir que o governo tem o poder de liderar a distribuição de recursos. Mas, se o governo desejar se envolver nessa distribuição, os recursos não podem simplesmente cair do céu; eles devem ser obtidos da propriedade do povo. Se a proposta de Dworkin fosse implementada na realidade, seria uma política de redistribuição de riqueza semelhante ao estilo de Rawls, ajudando os desfavorecidos. Do ponto de vista de Nozick, isso viola os direitos individuais, pois aqueles que conquistaram mais recursos e têm uma parcela melhor estão sendo privados de seus direitos pessoais. Uma pessoa que possui mais propriedade pode tê-la adquirido pelos esforços pessoais, então como o governo pode arbitrariamente privá-la dessa propriedade, oferecendo igual atenção aos outros? Mesmo que os bens pessoais tenham sido obtidos por meio de doações de terceiros ou transações de mercado legítimas, o indivíduo tem direito à sua propriedade. Como o governo pode confiscar essa propriedade com base em igual preocupação? Do ponto de vista de Nozick, tal argumento é inerentemente contraditório.

Podemos inferir razoavelmente que a oposição de Nozick a Dworkin é a mesma de Rawls, criticando a afirmação de Dworkin como um princípio fim-para-resultado que ignora o processo histórico e inicia a redistribuição de riqueza, quando o governo impõe igual preocupação. Os esforços passados individuais e as transações voluntárias entre as pessoas parecem ser desvalorizados, o que viola o respeito de Nozick pela história humana na Teoria do Empoderamento. Além disso, se esse princípio padronizado de distribuição for realmente destinado, como Dworkin argumenta, a alcançar igual preocupação do

(Processo 0100507-83.2018.5.01.0551).

[23] DWORKIN, R. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 440.

governo por todos, então por que o governo seria autorizado a realizar repetidamente esse projeto? Se o governo realmente tiver permissão para agir dessa maneira, como Hayek conclui, a expansão contínua dos poderes do governo acabará levando à escravização das pessoas. Acredito que essa também seja uma preocupação válida.

No entanto, um ponto que não pode ser ignorado é que a teoria de Dworkin surge da preocupação de que os indivíduos possam realizar seus ideais de vida. A razão pela qual Dworkin defende uma visão de igualdade de recursos é que, somente alcançando igualdade de recursos, todas as pessoas terão capacidade suficiente para realizar seus ideais e objetivos. A importância dos ideais na vida dos indivíduos é algo amplamente discutido no liberalismo tradicional, e nem mesmo Nozick pode se opor a isso. Entretanto, sob a Teoria de Justiça de Nozick, embora os indivíduos tenham direitos individuais absolutos para decidir que tipo de ideal de vida desejam buscar, a disparidade econômica, resultante do sistema econômico de livre troca, inevitavelmente fará com que algumas pessoas pobres não tenham recursos suficientes para sustentá-los. Isso pode ser o resultado de pessoas que já possuíam recursos suficientes, mas permitiram que eles se esgotassem. No entanto, para aqueles menos favorecidos que não tiveram a oportunidade de trabalhar duro, tal ponto de partida parece injusto.

Nozick mencionou que, se os recursos ainda não estão em posse de alguém, assim como o maná que cai do céu, nenhuma pessoa tem direitos especiais sobre esses recursos. Então, pode ser aceitável alocá-los de acordo com um padrão específico. Retornando à parte que trata do princípio do acesso à justiça, algo indiscutível é que todas as posses evoluíram a partir de coisas sem dono. Ou seja, antes que os humanos adquirissem recursos, todos os recursos do mundo não pertenciam a ninguém, e ninguém tinha direitos sobre eles. A partir desse ponto de vista, todos os recursos originalmente não são como o maná que caiu do céu? São os seres humanos que tornaram esses recursos objetos de propriedade. Pode-se argumentar que a objeção de Nozick à justiça distributiva se baseia no fato estabelecido de que "a maioria dos recursos já está em posse". Mas qual é o motivo para considerar os fatos estabelecidos como base para a legitimidade? Certamente, não é porque Nozick não tenha tentado defender esses fatos estabelecidos. A justificação da aquisição inicial, por meio da interpretação da cláusula de Locke, é a defesa que Nozick tentou apresentar.[24] Porém, como discutido anteriormente, o poder persuasivo dessa defesa ainda está em questão, e é um fato indiscutível que todos os recursos evoluem a partir de coisas sem dono. Logo, parece que não temos motivos para permitir que algumas pessoas menos favorecidas não tenham chance de trabalhar duro e ainda considerar tal estado como um

[24] Nesse ponto, cita-se que "Nozick faz, ainda, outras objeções explícitas à teoria de Rawls, criticando a ideia de que a arbitrariedade na distribuição de talentos naturais seria injusta, afirmando que a posição original cria um viés em favor de teorias finalistas de justiça distributiva, questionando por que indivíduos teriam obrigações de solidariedade uns com os outros e perguntando-se por que indivíduos mais privilegiados concordariam com o princípio da diferença. Reconheço a pertinência de todas essas críticas e a necessidade de seu enfrentamento em um trabalho mais abrangente de refutação do libertarianismo, mas esse esforço foge ao objeto deste trabalho, que procura focar na questão da transmissão da propriedade privada" (PRADO, C. Greve em Hollywood: o que se sabe sobre as paralisações dos roteiristas e atores. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2023/07/15/greve-em-hollywood-o-que-se-sabe-sobre-as-paralisacoes-dos-roteiristas-e-atores.ghtml>. Acesso em: 23 julho 2023).

estado de justiça. Sob essa perspectiva, a preocupação de Dworkin não é completamente irracional; pelo menos, ela reflete as falhas teóricas do libertarianismo em grande medida.

30.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No argumento de Nozick, a cláusula de Locke desempenha um papel crucial, justificando a mudança de recursos de uma condição de não possuídos para possuídos. A cláusula de Locke assegura que a situação dos outros não piore após a apropriação dos recursos. Em outras palavras, o propósito da cláusula de Locke é estabelecer uma linha de base que não seja injusta de aceitar. O que preocupa é se essa linha de base deve se ser aplicada apenas ao julgamento do comportamento de apropriação. Se as transações de livre mercado, baseadas em comportamentos de apropriação, também podem levar a situações em que algumas pessoas fiquem abaixo da linha de base, podemos afirmar que tal sistema econômico em si seria justificável?

Nozick parece ter negligenciado esse ponto, contudo, mesmo que optemos por aceitar a condição de Locke, como base para estabelecer os direitos de propriedade, o cuidado, incorporado à cláusula de Locke, não nos permite deixar a economia de mercado operar livremente e, consequentemente, gerar situações adversas para algumas pessoas sem tomar nenhuma ação.

30.8 REFERÊNCIAS

CLÈVE, C. **Direito Constitucional Brasileiro**: Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

DWORKIN, R. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRIED, B. Wilt Chamberlain Revisited: Nozick's "Justice in Transfer" and the Problem of Market-Based Distribution. **Philosophy & Public Affairs**, Baltimore, pp. 226-245, Jun. 1995.

HOLMES, R. L. Nozick on Anarchism. **Political Theory**, London, pp. 247-256, May 1977.

LIMA, N. D. O. A justiça política em John Rawls. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, pp. 169-180, Jun. 2012.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NEAL, P. Dworkin on the Foundations of Liberal Equality. **Legal Theory,** Cambridge, pp. 205-226, June 1995.

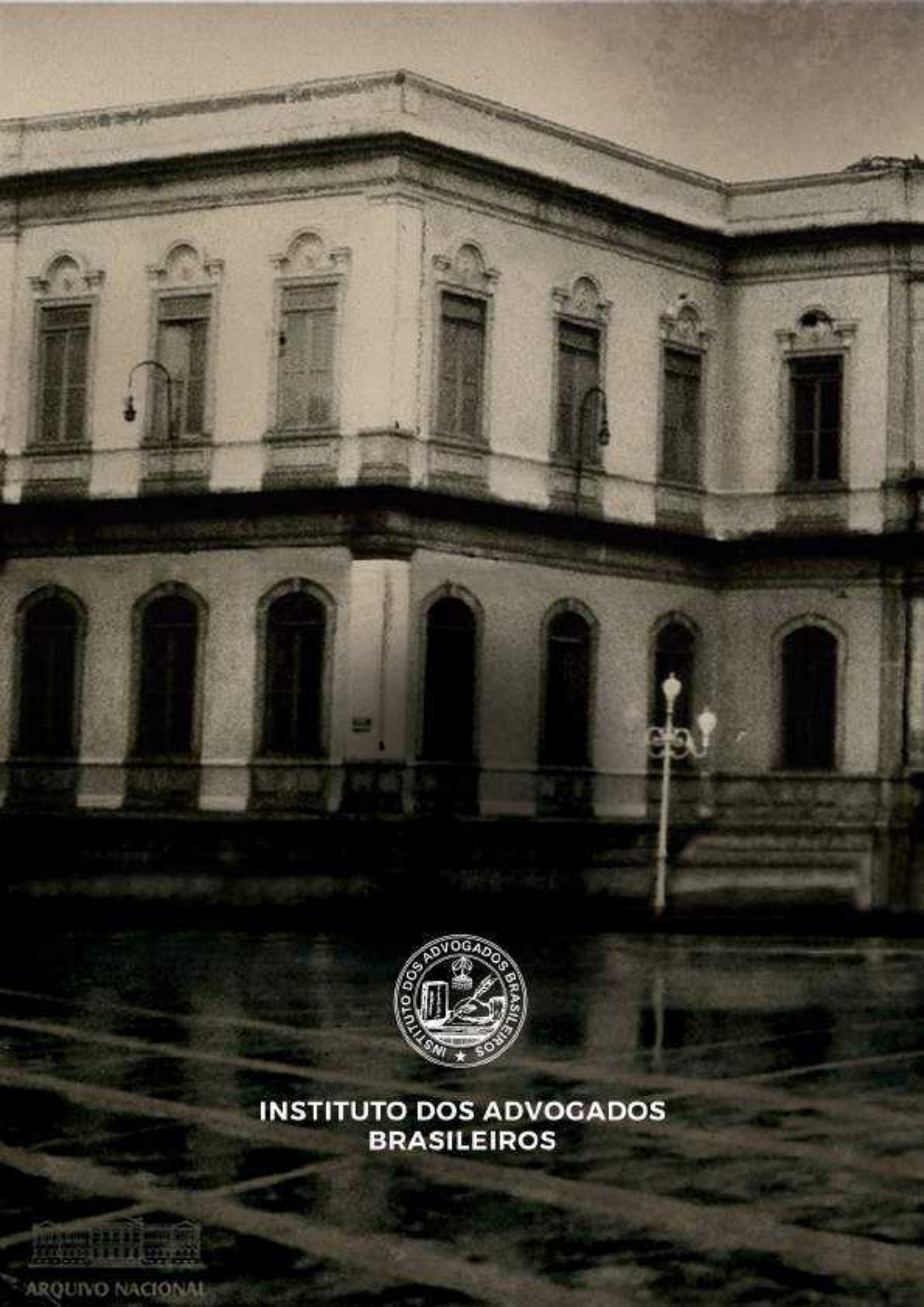
NOZICK, R. **Anarquia, Estado e utopia**. São Paulo: WMF, 2011.

PRADO, C. Greve em Hollywood: o que se sabe sobre as paralisações dos roteiristas e atores. **G1**. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2023/07/15/greve-em-hollywood-o-que-se-sabe-sobre-as-paralisacoes-dos-roteiristas-e-atores.ghtml>. Acesso em: 23 julho 2023.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTIAGO, J. C. Cidadão e Estado Fiscal: A superação da unilateralidade da tributação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, pp. 305-319, Set/Out 2013.

WOLFF, J. **Robert Nozick**: Property, Justice, and the Minimal State. California: Stanford University Press, 1991.


INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
ARQUIVO NACIONAL