

4ª EDIÇÃO

# INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL

## Revista IADF



#### AUTORES:

AMANDINO TEIXEIRA NUNES

ANA FRAZÃO

ANDRÉ MACEDO

BRUNO ESPÍNEIRA

DAVI BELTRÃO

DÉLIO LINS E SILVA JR.

EDUARDO LYCURGO

ELIENE BASTOS

FRANCISCO CLAUDIO DE A. SANTOS

JACKSON DOMENICO

JACKSON MIGUEL DA TRINDADE

LARISSA FRIEDRICH

LUIS CARLOS ALCOFORADO

LUIZ FERNANDO DO V. A. GUILHERME

LUIZ FELIZARDO BARROSO

LUIZ GUERRA

LUIZ FELIPE GUERRA

MARIA CELINA GORDILHO

NELSON PINTO

PEDRO GORDILHO

ROBINSON NEVES

RODRIGO FREITAS PALMA

RONALDO POLETTI

VICTOR QUINTIERE

VOLTAIRE MARENSI

Brasília-DF  
2019

# Revista IADF



@2019 – Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19/02/1998. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial deste livro, por quaisquer meios (eletrônicos, mecânicos, fonográficos, gravação e outros), sem prévia autorização por escrito do autor.

## **REVISTA IADF DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL – IADF**

### **DIRETORIA:**

**Presidente:** Francisco Cláudio de Almeida Santos

**Vice-presidente:** Jackson Di Domenico

**Diretora secretária:** Renata Vianna

**Diretor financeiro:** Eduardo Lycurgo Leite

**Diretor cultural:** José Augusto Delgado

**Diretora de comunicação:** Estefânia Viveiros

**Orador oficial:** Pedro Augusto de Freitas Gordilho

---

### **Direção Geral:**

Pedro Augusto de Freitas Gordilho ([pedrogordilho@gpfa.adv.br](mailto:pedrogordilho@gpfa.adv.br))

### **Organização Geral:**

Jackson Di Domenico ([domenico@jacksondomenico.com.br](mailto:domenico@jacksondomenico.com.br))

4ª Edição: 2019

### **Endereço:**

SEPN Q. 516 bloco B LT. 7

4º andar – Ed. Sede da OAB

CEP: 70770-525

Brasília-DF

(61) 9.9697-3335

[iadfbrasil2@gmail.com](mailto:iadfbrasil2@gmail.com)

**[www.iadf.org.br](http://www.iadf.org.br)**

O IADF é uma instituição dedicanda ao estudo e a difusão da Ciência Jurídica, na defesa do Estado Democrático de Direito, na colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento das práticas jurídico-administrativas, e no aperfeiçoamento do exercício profissional das carreiras jurídicas.

---

### **Projeto gráfico e diagramação**

Eduardo Meneses // Quiz Design

[quizdesign@gmail.com](mailto:quizdesign@gmail.com) // (61) 98112-9053

## **PRESIDENTES E RESPECTIVOS PERÍODOS**

---

FRANCISCO CLAUDIO DE ALMEIDA SANTOS (2017/2020)  
JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO (2014/2017)  
CARLOS MÁRIO VELLOSO FILHO (2011/2014)  
LUIZ ANTONIO GUERRA DA SILVA (2009/2011)  
RONALDO REBELLO DE BRITO POLETTI (2006/2008)  
WALTER COSTA PORTO (2004/2006)  
AMAURY JOSÉ AQUINO CARVALHO (2002/2004)  
FRANCISCO CARNEIRO NOBRE LACERDA NETO (2001/2002)  
JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL (1999/2000)  
FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES (1998/1999)  
INOCÊNCIO MARTIRES COELHO (1996/1998)  
CARLOS ROBICHEZ PENA (1994/1996)  
RUTILIO TORRES AUGUSTO (1992/1994)  
FERNANDO DA SILVA (1990/1992)  
JOSÉ DILERMANDO MEIRELES (1988/1990) - EM MEMÓRIA  
JOSÉ MARIA VALTEDARO VIANA (1986/1988)  
ANTONIO CARLOS SIGMARINGA SEIXAS (1984/1986) - EM MEMÓRIA  
ROBERTO FERREIRA ROSAS (1982/1984)  
GALBA MENAGALE (1980/1982) - EM MEMÓRIA  
SÉRGIO GONZAGA DUTRA (1979/1980)  
ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO (1978/1979)  
FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO (1976/1978)  
ANTONIO CARLOS E. OSÓRIO (1974/1976)  
JOSÉ PEREIRA LIRA (1970/1974) - EM MEMÓRIA

## MEMBROS FUNDADORES

---

ALBERTO MOREIRA DE VASCONCELOS - EM MEMÓRIA  
AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO  
ANOR BUTLER MACIEL - EM MEMÓRIA  
ANTÔNIO CARLOS ELIZALDE OSÓRIO - EM MEMÓRIA  
ANTONIO CARLOS SIGMARINGA SEIXAS - EM MEMÓRIA  
ANTONIO GERALDO DE AZEVEDO GUEDES - EM MEMÓRIA  
ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA - EM MEMÓRIA  
ANTONIO MARTINS VILAS BOAS - EM MEMÓRIA  
ANTÔNIO PONCE  
ARLINDO LEONI DE SOUZA - EM MEMÓRIA  
ARTURO BUZZI  
ASSÚ GUIMARÃES  
CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA  
CARLOS ROBICHEZ PENA  
CÉLIO SILVA - EM MEMÓRIA  
CLAUDIO PENNA LACOMBE - EM MEMÓRIA  
EMMANUEL MENDES LYRIO- EM MEMÓRIA  
FIRMINO FERREIRA PAZ - EM MEMÓRIA  
FLÁVIO LABORIAU BARROS - EM MEMÓRIA  
FRANCISCO ALVES DE CASTRO VALADÃO  
FRANCISCO CHAGAS MELLO - EM MEMÓRIA  
FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO  
FRANCISCO MANUEL XAVIER DE ALBUQUERQUE - EM MEMÓRIA  
GALBA MENEGALE- EM MEMÓRIA  
HELADIO TOLEDO MONTEIRO - EM MEMÓRIA  
HÉLIO PROENÇA DOYLE - EM MEMÓRIA  
HENRIQUE FONSECA DE ARAUJO - EM MEMÓRIA  
HUGO GUEIROS BERNADES  
HUMBERTO GOMES DE BARROS -EM MEMÓRIA  
INEZIL PENNA MARINHO - EM MEMÓRIA  
IGOR DE SOUZA TENÓRIO  
JOSÉ ARNALDO GONÇALVES DE OLIVEIRA - EM MEMÓRIA  
JOSÉ DILERMANDO MEIRELLES - EM MEMÓRIA  
JOSÉ GUILHERME VILLELA - EM MEMÓRIA

## **MEMBROS FUNDADORES**

---

JOSÉ HERCILIO CURADO FLUERY  
JOSÉ MARIA VATEDARO VIANNA  
JOSÉ PEREIRA LIRA - EM MEMÓRIA  
JULIO CESAR DOS SANTOS  
JULIO CESAR DE ROSE - EM MEMÓRIA  
LAERTE RAMOS VIEIRA - EM MEMÓRIA  
LUIZ CARLOS BETTIOL  
LUIZ OCTÁVIO PIRES E ALBUQUERQUE GALLOTTI  
MAURÍCIO JOSÉ CORRÊA - EM MEMÓRIA  
MOACIR BELCHIOR- EM MEMÓRIA  
ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO  
OSVALDO FLÁVIO CARVALHO DEGRAZIA  
PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO - EM MEMÓRIA  
PAULO CÉSAR GONTIJO  
PAULO LAITANO TÁVORA  
PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO  
PEDRO SOARES VIEIRA  
ROMEU DE ALMEIDA RAMOS - EM MEMÓRIA  
ROBERTO FERREIRA ROSAS  
RUTÍLIO TORRES AUGUSTO - EM MEMÓRIA  
SÉRGIO GONZAGA DUTRA - EM MEMÓRIA  
VICTOR NUNES LEAL - EM MEMÓRIA  
WASHINGTON BOLIVAR DE BRITO

## **MEMBROS EFETIVOS**

---

DR. ADAIR SIQUEIRA DE QUEIROZ FILHO  
DRA. ADRIANA DA COSTA SALIBA  
DRA. ADRIELE AYRES BRITTO  
DR. AMAURY ANDRADE  
DR. ALDOVRANDO TELES TORRES  
DRA. ALTAIR STEMLER DA VEIGA  
DR. ALVARO RIBEIRO AUGUSTO COSTA  
DR. AMADOR OUTERELO FERNANDEZ  
DR. AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR  
DR. AMAURI SERRALVO  
DR. AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO  
DRA. ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO  
DRA. ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES  
DES. ANDRÉ MACEDO  
DR. ANTÔNIO HELDER MEDEIROS REBOUÇAS  
DR. ANTÔNIO RODRIGUES DA SILVA  
DR. ANTONIO RODRIGO MACHADO DE SOUSA  
MIN. AYRES BRITTO – BENEMÉRITO  
DR. BRUNO MACHADO COUTO MACIEL  
DR. BRUNO ESPÍNEIRA LEMOS  
DR. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS  
MIN. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO - HONORÁRIO  
DRA. CAROLINA LISBOA  
DR. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO - BENEMÉRITO  
DR. CARLOS ROBERTO MOTA PELEGRINO  
DR. CARLOS ROBICHEZ PENNA - BENEMÉRITO  
DR. CASTRUZ CATRAMBY COUTINHO  
DRA. CÁTIA MARIA SOARES DE VASCONCELOS  
DRA. CLAUDIA CHAGAS  
DR. CLÁUDIO LEMOS FONTELES  
DR. CLAUDIO PEREIRA DE JESUS  
DR. CLAUDIO MARKS MACHADO  
DRA. CONCITA AYRES CERNICCHIARO  
DRA. CRISTINE ROMANO FARHAT FERRAZ

## MEMBROS EFETIVOS

---

DR. DÁCIO VIEIRA

DRA. DANIELLE BASTOS MOREIRA

DR. DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA

DR. DINO ARAÚJO DE ANDRADE

DR. DÉLIO LINS E SILVA JUNIOR,

DR. EDUARDO ANTÔNIO LUCHO

DR. EDUARDO LYCURGO LEITE

DRA. EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA

DRA. ELAINE MAZZARO

DESA. ELIENE FERREIRA BASTOS

DRA. ELIZABETH RIBEIRO

DES. ERICH ENDRILLO SIMAS

DR. ERIK FRANKLIN BEZERRA

DRA. ESTEFÂNIA FERREIRA DE SOUZA VIVEIROS

DR. EUSTÁQUIO NUNES SILVEIRA

DR. EVANDRO PERTENCE

DES. EVERARDO RIBEIRO GUEIROS FILHO

DR. FABIANO NEVES MACIEYWSKI

DR. FÁBIO DE SOUSA COUTINHO

DRA. FABÍOLA LUCIANA TEIXEIRA ORLANDO SOUZA

DR. FERNANDO ANTÔNIO DUSI ROCHA

DR. FERNANDO DA SILVA – BENEMÉRITO

DR. FERNANDO DE ASSIS BONTEMPO

DRA. FERNANDA MANDARINO

DR. FERNANDO ACUNHA

DR. FLÁVIO DE ALMEIDA SALES JUNIOR

DR. FLÁVIO EDUARDO WANDERLEY BRITO

DR. FLÁVIO RAMOS

DR. FRANCISCO ALVES DE CASTRO VALADÃO

DR. FRANCISCO CARNEIRO NOBRE DE LACERDA NETO – BENEMÉRITO

DR. FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS – BENEMÉRITO

DR. FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO – FUNDADOR/BENEMÉRITO

DR. FRANCISCO JOSÉ CAHALI

DR. FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES – BENEMÉRITO



## MEMBROS EFETIVOS

---

DR. FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA  
DR. GASTÃO DO BEM  
DRA. GIZELLA MAGALHÃES B M LOPES  
DR. GLAUCO ALVES E SANTOS  
DR. GUARACY DA SILVA FREITAS  
MIN. HAMILTON CARVALHIDO – BENEMÉRITO  
DR. HELDER BARROS  
GOV. IBANEIS ROCHA  
DR. IBRAHIM ABI ACKEL  
DR. IGOR CARNEIRO  
DR. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO – BENEMÉRITO  
DR. IRAN DE LIMA  
DR. IVAN CLÁUDIO PEREIRA BORGES  
DES. JACKSON DI DOMENICO  
DR. JACKSON MIGUEL DA TRINDADE  
DRA. JAQUELINE DOMENICO  
DR. JOÃO BOSCO DE SOUSA ROCHA  
DR. JOÃO CARLOS MEDEIROS DE ARAGÃO  
DR. JOÃO HENRIQUE SERRA AZUL  
DR. JOÃO PAULO DE SANCHES  
DR. JOAQUIM JAIR XIMENES AGUIAR  
DR. JOAQUIM JOSÉ SAFE CARNEIRO  
DR. JORGE HAGE SOBRINHO  
DR. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA  
DR. JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL – BENEMÉRITO  
MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – EM MEMÓRIA  
MIN. JOSÉ AUGUSTO DELGADO  
DR. JOSÉ DE CAMPOS AMARAL  
DR. JOSÉ DOMINGOS RODRIGUES LOPES  
MIN. JOSÉ EDUARDO RANGEL ALCKMIN  
DR. JOSÉ GERALDO DE SOUZA JÚNIOR  
DR. JOSÉ MARIA DE SOUZA ANDRADE  
DR. JOSÉ MARIA VALDETARO VIANNA - FUNDADOR/BENEMÉRITO  
DR. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA

## **MEMBROS EFETIVOS**

---

MIN. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE  
DR. JOSÉ RENATO LOPES  
DR. JOSE ROSSINI CAMPOS COUTO CORREA  
DR. JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO – BENEMÉRITO  
DR. JOSÉ WEDER CARDOSO SAMPAIO  
DRA. JULIANA ZAPPALÁ PORCARO BISOL  
DR. JULIANO COSTA COUTO  
DR. LAERTE QUEIROZ  
DR. LEO DA SILVA ALVES  
DRA. LILIAN ROSE LEMOS SOARES NUNES  
DR. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA  
DR. LUÍS CARLOS BARRETO DE OLIVEIRA ALCOFORADO  
DR. LUIZ ANTÔNIO GUERRA DA SILVA – BENEMÉRITO/HONORÁRIO  
DR. LUIZ CARLOS BETTIOL  
DR. LUIZ CARLOS FONTES DE ALENCAR  
DR. LUIZ EDUARDO DE SÁ RORIZ  
DR. LUIZ FELIZARDO BARROSO  
DR. LUIZ FERNANDO DO VALE A. GUILHERME  
DR. LUIZ FILIPE RIBEIRO COELHO  
DR. LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO  
MIN. LUIZ ROBERTO BARROSO – HONORÁRIO  
DR. LUIZ OCTÁVIO PIRES DE ALBUQUERQUE GALLOTTI  
DR. LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA AMARAL  
DRA. MARCELA FURST  
DR. MARCELO JAIME FERREIRA  
DR. MARCELO GALVÃO  
DR. MÁRCIO CRUZ NUNES DE CARVALHO  
DR. MÁRCIO GONTIJO  
DR. MÁRCIO PEREIRA PINTO GARCIA  
DR. MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI  
MIN. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELO – HONORÁRIO  
RA. MARIA CLARA SAMPAIO LEITE  
DRA. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI  
DRA. MARIA DOLORES O. ANDRADE

## MEMBROS EFETIVOS

---

DRA. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES T. ROCHA  
DRA. MARIANA QUEIROZ  
DRA. MARLENE MARTINS CIOGLIA  
DR. MARTINHO APARECIDO GALLO  
DR. MAURÍCIO DE CAMPOS BASTOS  
DRA. MEIRE LUCIA GOMES M M COELHO  
DRA. NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL  
DR. NELSON LUIZ PINTO  
DR. ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO - FUNDADOR/BENEMÉRITO  
DR. OSMAR MENDES PAIXÃO CORTES  
DRA. PATRÍCIA ROSSET  
DR. PAULO CÉSAR GONTIJO  
DR. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO  
DR. PAULO GUSTAVO MEDEIROS CARVALHO  
DR. PAULO LAITANO TÁVORA  
DR. PAULO ROBERTO M. THOMPSON FLORES – EM MEMÓRIA  
DR. PAULO SOARES BUGARIN  
MIN. PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO – FUNDADOR/BENEMÉRITO  
DR. PEDRO SOARES VIEIRA  
DRA. RAQUEL XAVIER VIEIRA BRAGA  
DR. RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA  
DR. RAUL LIVINO VENTIM DE AZEVEDO  
DR. REGINALDO OSCAR DE CASTRO  
DRA. RENATA AMARAL  
DRA. RENATA DE CASTRO VIANNA PRADO  
DR. ROBERTO CALDAS ALVIM DE OLIVEIRA  
MIN. ROBERTO FERREIRA ROSAS – FUNDADOR/BENEMÉRITO  
DR. ROBINSON NEVES FILHO  
DR. RODRIGO BADARÓ  
DR. RODRIGO DE SÁ QUEIROGA  
DR. RODRIGO FREITAS PALMA  
DR. RONALDO REBELLO DE BRITO POLETTI – BENEMÉRITO  
DR. RUTÍLIO TORRES AUGUSTO  
DR. RUY JORGE CALDAS PEREIRA

## **MEMBROS EFETIVOS**

---

DR. SARA RAMOS DE FIGUEIREDO  
DR. SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO  
DR. SERGIO LINDOSO B.N. PIETROLUONGO  
DR. SÉRGIO PALOMARES  
DR. SHIGUERU SUMIDA  
DR. SIDARTA COSTA DE AZ SOUZA  
DR. TIAGO AYRES  
DR. TORQUATO LORENA JARDIM  
DR. VALÉRIO PEDROSO GONÇALVES  
DRA. VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA  
DR. VICTOR MINERVINO  
DR. VINÍCIUS FIGUEIREDO TEIXEIRA  
DR. VOLTAIRE GIAVARINA MARENSI  
DR. WAGNER PIRES DE OLIVEIRA  
DR. WALTER COSTA PORTO – BENEMÉRITO  
DR. WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA  
DR. WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO  
DR. WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO JUNIOR  
DR. YURI SHCMITKE



# Revista IADF



# SUMÁRIO

Revista  
**IADF**



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL: 48 ANOS.....	19
<b>PEDRO GORDILHO</b>	
DISCURSO DE POSSE – OAB/DF 2019 .....	23
<b>DÉLIO LINS E SILVA JÚNIOR</b>	
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	27
<b>AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR</b>	
PLATAFORMAS DIGITAIS, BIG DATA E RISCOS PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE / DIGITAL PLATFORMS, BIG DATA AND RISKS TO THE PERSONALITY RIGHTS .....	51
<b>ANA FRAZÃO</b>	
FAKE NEWS, EDUCAÇÃO MIDIÁTICA E PODER JUDICIÁRIO EM TEMPOS LÍQUIDOS.....	77
<b>ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA / LUCAS GONÇALVES SIMÕES VIEIRA</b>	
A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIMINAL COMPLIANCE NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RELIGIOSA NO SISTEMA BRASILEIRO E A (IM)POSSIBILIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES RELIGIOSAS .....	93
<b>BRUNO ESPÍNEIRA LEMOS E VICTOR MINERVINO QUINTIERE</b>	
DIREITO URBANÍSTICO E SOCIEDADE DE RISCO: DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS.....	113
<b>DAVI BELTRÃO DE ROSSITER CORRÊA</b>	
GÊNESES AUTORAIS – O ESTUDO DO CASO DA AUTORIA DA OBRA A GÊNESE, DE ALLAN KARDEC.....	131
<b>EDUARDO LYCURGO LEITE</b>	
AS MULHERES E OS ESPAÇOS DE PODER.....	155
<b>ELIENE FERREIRA BASTOS</b>	
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ .....	169
<b>FRANCISCO CLÁUDIO DE A. SANTOS</b>	
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CANDIDATURA AVULSA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL.....	185
<b>JACKSON DI DOMENICO</b>	
TIPICIDADE DO DIREITO, OBJETO DA CADUCIDADE .....	197
<b>JACKSON MIGUEL DA TRINDADE</b>	
IMPRESSÕES SOBRE ATIVIDADE ECONÔMICA .....	201
<b>LARISSA FRIEDRICH REINERT BARBOSA</b>	
LAVAGEM DE DINHEIRO E TIPICIDADE DOS CRIMES ANTECEDENTES .....	227
<b>LUIS CARLOS ALCOFORADO / FABRIZIO JACYNTO LARA</b>	



O DESUSO DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIGITAL E OS NOVOS MESCS – UMA ANÁLISE DO CNJ E STJ SOBRE O TEMA. A UTILIZAÇÃO DE OUTROS MESCS DIGITALMENTE.....	231
<b>LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME</b>	
FRANQUIA SEM FRONTEIRAS .....	251
<b>LUIZ FELIZARDO BARROSO</b>	
REPATRIAÇÃO DE ATIVOS, MUDANÇA DE RUMO & SALVE-SE QUEM PUDEU! .....	261
<b>LUIZ ANTONIO GUERRALUIZ FELIPE GUERRA</b>	
TRADUÇÃO DA EMENTA DO CASO OBERGEFELL V. HODGES.....	291
<b>MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO</b>	
CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL E INÍCIO DA EXECUÇÃO DEFINITIVA. À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO, DO NOVO CPC E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	305
<b>NELSON LUIZ PINTO</b>	
O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA ERA DOS DIREITOS.....	321
<b>PEDRO GORDILHO</b>	
EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUA IMPORTÂNCIA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PAPEL ATUAL DE SUMA IMPORTÂNCIA. ORIGEM NO MAIS LÍDIMO DIREITO DE AMPLA DEFESA .....	331
<b>ROBINSON NEVES FILHO</b>	
A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL E A CONTRIBUIÇÃO DE TOBIAS BARRETO À ESCOLA DE DIREITO DO RECIFE.....	335
<b>RODRIGO FREITAS PALMA</b>	
POSITIVISMO E DIREITO.....	351
<b>RONALDO POLETTI</b>	
A EMBRIAGUEZ DO SEGURADO É CAUSA EXCLUDENTE DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA? .....	373
<b>VOLTAIRE MARENSI</b>	

# ARTIGOS



# INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL: 48 ANOS

**PEDRO GORDILHO**

Celebramos, no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, quase cinco décadas e vivenciamos, com a continuidade da nossa Revista, mais um momento que sempre integrará o calendário cultural de nosso país, empenhado em estabelecer e tornar cada vez mais visíveis os traços relevantes de sua civilização.

O IADF nasceu em julho de 1970. Quarente e oito anos atrás. Que ano era aquele? Um dos piores de nossa era. Era um ano em que a ditadura já se instalara da forma mais indecorosa e avassaladora. Não tinha mais nada que esconder da nação brasileira. O Brasil andava encoberto pelas trevas do obscurantismo do Ato Institucional nº 5. Vivíamos uma era de extremos. Era o mundo das trevas. O poder civil estava enfraquecido. As punições políticas eram alarmantes. Três eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal haviam sido compulsoriamente aposentados no ano anterior, por atos de força, sem motivação, depois de uma campanha cruel da imprensa servil comprometida com o governo militar em seu apogeu.

A República estava atravessando, portanto, um período de incertezas, em que o autoritarismo submetia à prova decisiva os sentimentos de fidelidade da nação às suas instituições, o amor do país às suas liberdades, o apreço dos cidadãos pela sua carta de direitos e de franquias. Naquele ponto em que não se cruzam os caminhos e em que, ao mesmo tempo, so-nhávamos retomar o estamento da legalidade, incumbia à nossa geração, a cuja conta corriam então os destinos do nosso país, uma das mais graves e pesadas responsabilidades: a de reintegrá-lo no círculo de cultura a que ele tinha direito.

É por isso que vamos encontrar, entre os sócios fundadores do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – além de muitos ilustres advogados que de modo exemplar exerciam com notável saber e proficiência a atividade profissional, ao mesmo tempo em que se opunham tenazmente à ruptura da legalidade –, dois eminentes e saudosos ex-Ministros do

Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal e Antônio Gonçalves de Oliveira, os quais, pouco mais de um ano antes da fundação do Instituto, haviam deixado a Egrégia Corte. Victor Nunes Leal, por ato de força da ditadura militar, e Antônio Gonçalves de Oliveira, pouco antes eleito seu presidente, em solidariedade aos três colegas compulsoriamente aposentados, além de Victor Nunes Leal, também Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Encontra-se, igualmente, na relação dos sócios fundadores, nosso saudoso colega que tanto se destacara no combate aos extremos da ditadura militar, Paulo Brossard de Souza Pinto.

Esses nomes são ressaltados para ficarmos somente entre aqueles que, estando então fora do exercício profissional em nossa capital, destacaram-se no cenário nacional, quer pela veemência da denúncia à supressão das liberdades públicas, quer pela amargura diante da flagrante injustiça decorrente do ato de força que usurpou do Supremo Tribunal Federal o Ministro Victor Nunes Leal, uma das figuras mais queridas e representativas de sua História republicana, quer, finalmente, pela solidariedade que também se prestava ao seu Presidente, Gonçalves de Oliveira, ao se aposentar, voluntariamente, em adesão pública e declarada aos três colegas, injustamente afastados da Corte.

Os anos passam. Há momentos de grandeza, de glórias. Há outros de dificuldades, de agastamento, de infortúnios. A nossa instituição, dependendo de circunstâncias múltiplas, acompanha os altos e baixos da História e também se deixa tocar pelos abalos e pelo desestímulo. Mas ela sobreviveu graças à tenacidade de muitos confrades e de seus antigos Presidentes.

Sabemos todos que constituem fins do Instituto atividades que autorizam o seu envolvimento com os grandes temas da humanidade, entre os quais se destacam o “culto à justiça” e “a sustentação do primado do direito e da justiça”. São cláusulas que autorizam nossa participação ativa e incansável no eterno drama, focalizado por Del Vecchio, que tem por teatro a História e por argumento a luta entre o bem e o mal, o direito e sua infração.

Somos compelidos a ter consciência do mundo inteiro. E testemunhamos: atravessa a humanidade delicada conjuntura. Ardem povos e nações em ódios e violências, com marcas visivelmente fascistas. A negação de valores faz do nosso tempo uma idade de transição, de crise e de perplexidade. Profundo sentido de justiça penetra, no entanto, nos corações de cada um de nós, voltados para o desejo de construir a sociedade equânime, com alicerce na liberdade e no direito.

Se hoje em dia assistimos à maré revolucionária com caráter assustador e ameaçando tudo arrastar consigo, como acontece sempre com as guerras e as revoluções sangrentas, se hoje estamos em plena luta de vida e morte entre dois mundos, é porque a justiça não foi respeitada. É porque vivemos em um mundo injusto, com uma distribuição injusta dos bens materiais, com a riqueza cada vez mais concentrada em mãos de poucos, com privilégios sociais injustos, com uma precária distribuição de justiça judiciária.

Todas as civilizações pereceram por aí, como nos mostram Spengler, Toynbee, Marx, Santo Agostinho, Hegel, filósofos da história mais opostos em suas convicções religiosas, filosóficas ou políticas. Onde falta a justiça falta a paz, falta a ordem, falta a estabilidade e, portanto, faltam os fundamentos de uma vida social estável e capaz de fornecer ao homem as condições de vida normal e de realização de suas legítimas aspirações.

Mas a justiça de regra fica subordinada à classe vitoriosa, ou ao partido vitorioso, na competição histórica e na luta social. Daí sua falsificação e a interminável história das guerras e das revoluções, que começam quase sempre por uma procura sincera de justiça e, portanto, uma revolta legítima contra a injustiça reinante para, logo em seguida, corromper-se e renovar injustiças, que vão ser a raiz de um círculo vicioso interminável.

Se quisermos aperfeiçoar a sociedade – e nós, advogados, temos, com esta aspiração, um compromisso impostergável –, a primeira condição é combater a injustiça sob todos os rótulos com que se apresenta, mesmo que seja a falácia da defesa da ordem, preâmbulo dos sistemas políticos nacionalistas, imperialistas, antiliberais e antidemocráticos.

Somente a justiça nos guiará em nossas grandiosas jornadas, seja na advocacia, seja no Ministério Público, seja na magistratura, sem temor dos poderosos, que – dizia o Padre Antonio Vieira – “podem dar títulos, rendas, estados; mas ânimo, valor, fortaleza, constância, desprezo da vida e as outras virtudes de que se compõe a verdadeira honra, isso não podem”.

Conservando em nossos ânimos os parâmetros dessas verdades, nós, advogados, estaremos sendo fiéis ao nosso propósito e contribuindo decididamente para que a marcha inexorável da História receba os distintivos que provêm da ação, da palavra e da liberdade, num esforço comum em prol da transformação e da partilha, que a humanidade tanto confia e espera.



## DISCURSO DE POSSE – OAB/DF 2019

**DÉLIO LINS E SILVA JÚNIOR<sup>1</sup>**

Um olhar para o futuro...

Este é o desafio que me imponho e que lanço como convocação a todos vocês, presentes aqui hoje.

Um convite dirigido a conselheiros e a não conselheiros.

Às advogadas e aos advogados.

A todos nós, cidadãos e cidadãs.

Ser inclusivo...

Ser plural...

Ser independente...

Ser moderno...

Ser uma referência no exercício da cidadania...

Ser um referencial balizador das dinâmicas sociais e jurídicas.

E, assim, cumprir com a nossa missão constitucional e legal, de ordem representativa de uma classe indispensável à administração da justiça, a qual, nesse contexto, termina por se associar à própria ideia de entidade garantidora de direitos inerentes à pessoa, aos direitos humanos e à manutenção do Estado democrático de direito.

Levantar-se contra as arbitrariedades, proteger as garantias fundamentais e ser intransigente com a proteção dos direitos e prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia.

Sem isso, não há futuro pleno.

Sem isso, não há possibilidade de se lutar pela garantia da ordem jurídica e de se contribuir para o pleno exercício da cidadania.

Porque é no exercício diário da nossa profissão que estes objetivos se fundem.

---

<sup>1</sup> Presidente do IADF.



Porque é na prática dos atos inerentes à advocacia que temos a oportunidade de fazer valer cada um dos direitos e garantias constitucionais em benefício de nossos constituintes e, portanto, em benefício da sociedade.

Assim, ao lançar um olhar para o futuro, eu conclamo a todos os hoje empossados que tenham a exata dimensão da importância e responsabilidade que assumimos de hoje em diante, não apenas perante cada um dos advogados e advogadas do Distrito Federal, mas também junto à sociedade civil, que enxerga na OAB a última trincheira de resistência contra arbítrios e ilegalidades, advindos de qualquer dos poderes constituídos.

Clichê? Não!

Esta é a realidade que se plasmou pela atuação histórica de nossa entidade e que continuará a existir enquanto aqui estivermos.

Onde está a Ordem? Para que serve a Ordem?

Muitos nos perguntaram isso durante a campanha.

E a esses a resposta segue agora, em alto e bom som: **ESTÁ AQUI, PRONTA PARA LIDERAR QUALQUER LUTA LEGÍTIMA CONTRA O ABUSO (!); SOERGUIDA, PRONTA NOVAMENTE PARA RESTABELEECER SEU PAPEL HISTÓRICO (!); PREPARADA, ENFIM, PARA CONTINUAR TRILHANDO SEU PAPEL COM INDEPENDÊNCIA, FORÇA, ALTIVEZ E A CORAGEM, AFINAL, COMO JÁ DIZIA O SAUDOSO PINTO, “A ADVOCACIA NÃO É UMA PROFISSÃO PARA COVARDES!”**

Que todos nós saibamos exercer com serenidade e firmeza o mandato que nos foi outorgado pelo sufrágio, pois, como lembrava Guimarães Rosa, “o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”.

Façamos a nossa travessia com segurança e que a consciência de um se transforme na consciência de um todo, sempre em benefício da implementação efetiva de tudo que for possível em defesa da advocacia.

Aliás, já chegamos chegando. Antes mesmo de assumir, já fixamos a menor anuidade do país para a advocacia iniciante, o que nos leva a acreditar que conseguiremos ir além do prometido, do que fora por nós proposto, já que não há limites ao bom e fiel desempenho de nossa missão, sobretudo quando considerada a envergadura institucional da Ordem dos Advogados do Brasil. Vontade, gana e disposição para isso não faltarão nesse grupo. Tenham toda certeza.

Mas não nos permitimos confundir o pessoal com o institucional, tenhamos a responsabilidade e a transparência necessárias no trato com o

patrimônio da OAB e da advocacia, porque o legado que se busca consolidar não é o das pessoas.

Não é o legado do presidente, ou de cada um de nós individualmente considerado, pois, como se lê em Voltaire “Não prestamos para nada se só formos bons para nós próprios”.

O legado que se tem como meta quando este olhar para o futuro se tornar uma bruma do passado é o legado da história da nossa instituição, que terá mais um capítulo a ser escrito pela gestão que hoje se inicia. Façamos parte dessa história de forma positiva. Sejam lembrados no futuro como pessoas que se dedicaram a uma causa e fizeram algo diferente, promoveram uma mudança de paradigma, e trouxeram um novo tempo para o sistema OAB.

Que, ao final dos próximos 3 anos, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de sua seccional do Distrito Federal, deixe sua marca nos fatos e eventos que estão por vir... porque a história a ela pertence, e à sua sombra somos nada mais do que humildes instrumentos.

Nessa perspectiva, reitero aqui a conclamação inicial (!): **VAMOS LANÇAR UM OLHAR CONSTRUTIVO PARA O FUTURO; QUE OS ERROS DO PASSADO NOS FAÇAM MAIORES; QUE OS DESAFIOS DO PRESENTE NOS PERMITAM AVANÇAR; QUE A JORNADA SEJA TÃO BEM AVENTURADA E FELIZ QUANTO ESTE DIA DE HOJE!**

Que nós, 50% de conselheiros e 50% de conselheiras (pela primeira vez na história da OAB no país), membros de comissões, diretorias da CAA, da FAJ, do clube e especialmente das subseções, consigamos liderar a união da classe em torno da bandeira única a ser hasteada: a defesa da advocacia.

É com essa bandeira que faremos o enfrentamento necessário para demonstrar, diuturnamente, que somos essenciais à administração da justiça e merecemos o devido respeito.

A nossa casa estará sempre de portas abertas, escancaradas, para toda a advocacia e todo e qualquer cidadão que precisar de nós. Venham todos e todas, unidos, nos ajudar, independentemente de lados tomados durante a campanha.

A eleição passou, meus colegas. Deixemos de lado as disputas ideológicas e lutemos todos juntos, de forma intransigente, pela nossa categoria, pelos nossos honorários, pelas nossas prerrogativas, por melhores condições de trabalho, pela transparência no trato do dinheiro público, pelo apartidarismo na nossa casa, por uma gestão moderna e eficiente, pela justiça que tanto almejamos, pela paz social, pelos direitos humanos, pela

nossa Constituição, pelo respeito que a advocacia merece, mas, principalmente, por um mundo mais justo.

Isso é o que queremos e faremos nos próximos 3 anos!!!

Para encerrar, pois já me estendo um pouco demais, um pouco de Dom Quixote:

“Sonhar o sonho impossível,  
Sofrer a angústia implacável,  
Pisar onde os bravos não ousam,  
Reparar o mal irreparável,  
Amar um amor casto à distância,  
Enfrentar o inimigo invencível,  
Tentar quando as forças se esvaem,  
Alcançara estrela inatingível:  
Essa é a minha busca.”

# JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR<sup>1</sup>

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA TEORIA CONTEMPORÂNEA

A expressão “judicialização da política” foi utilizada pela primeira vez em um seminário realizado na Itália, em 1992, no Centro de Estudos do Poder Judiciário da Bolonha, a partir da apresentação de vários *papers* sobre o tema. A publicação desses estudos se deu sob a organização de Tobjörn Vallinder, em 1994, por meio do artigo intitulado “A judicialização da política: um fenômeno mundial”, que foi publicado na *Revista Internacional de Ciência Política*. Em 1995, com a publicação da obra *The global expansion of Judicial Power*, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, o termo “judicialização” entrou definitivamente para a literatura especializada.

Nesse livro, Tate e Vallinder (1995) traçam as características de um fenômeno global de recrudescimento da interação entre Direito e Política. Para chegar a esse entendimento, os autores examinam, no campo da pesquisa empírica comparada, a atuação do Judiciário nos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas (integrantes da ex-URSS), Filipinas e Namíbia. Tate e Vallinder (1995), partindo da ideia de que a expansão global desse Poder e as técnicas de controle de constitucionalidade decorreriam da maior visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, doutor em Ciência Política pela UnB, professor universitário, consultor legislativo da Câmara dos Deputados e membro dos Institutos de Advogados do Distrito Federal.

<sup>2</sup> A análise de Tate e Vallinder (1995) alcança uma considerável parte do globo, deixando de fora apenas a América Latina e parte da África e do Oriente Médio.

Observam Tate e Vallinder (1995, p. 13, tradução nossa) que,

assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial.

Por esse conceito, há dois aspectos a considerar em face da judicialização da política. O primeiro, denominado “judicialization from without”<sup>3</sup>, refere-se à transferência dos direitos de tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário). O segundo, denominado “judicialization from within”<sup>4</sup>, diz respeito à propagação do procedimento judicial para outros procedimentos: o administrativo e o legislativo.

Judicializar a política, segundo Tate e Vallinder (1995), implica, pois, expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas, distintas daquelas típicas dos tribunais, em dois contextos.

Os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; e (ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; e (b) parâmetros jurisprudenciais, ditados pelo Judiciário –, nas suas deliberações.

A judicialização da política, em conformidade com Tate e Vallinder (1995), pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos judiciais, com a transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes. Esses dois contextos são distintos, sem vínculos necessários entre si.

---

<sup>3</sup> “Judicialização de fora”, tradução nossa.

<sup>4</sup> “Judicialização de dentro”, tradução nossa.

Acresce o fato de que as técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelos tribunais nas democracias contemporâneas têm ampliado seu domínio sobre os resultados dos processos legislativos e das políticas públicas, fazendo com que o Legislativo e o Executivo, nas suas ações e deliberações, se preocupem em não violar a Constituição.

Daí porque esse fenômeno pode ser também contextualizado em processos políticos nos quais a jurisprudência constitucional se torna parâmetro do processo decisório, visto que a possibilidade de decisões judiciais, com base em preceitos constitucionais, direciona ou pode, até mesmo, alterar os resultados legislativos.

Cappelletti (1993) aborda o controle exercido pelo Judiciário sobre as atividades dos demais Poderes, focando na análise da construção jurisprudencial e da possibilidade da criação do direito pelos juízes. Para o autor, o fenômeno é de excepcional importância, não restrito ao campo do direito judiciário, mas, sim, refletindo amplamente o crescimento da atividade estatal. Assim, a expansão do Judiciário “representa o necessário contrapeso num sistema democrático *de checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

Cappelletti (1993) contempla um aspecto importante da judicialização da política que é o déficit legislativo presente nas sociedades plurais contemporâneas, as quais, com suas crescentes demandas por representatividade, acabam transportando para o Judiciário as polêmicas de difícil solução pelo Legislativo, levando juízes a atuarem como verdadeiros “legisladores”.

Para Cappelletti (1993), na arena política, a existência da polêmica dificulta a tomada de decisão. A pluralização da sociedade, gerando demandas de toda ordem e mesmo conflitantes, acabam conduzindo a uma inoperância do Legislativo, que, diante de questões polêmicas, legisla em abstrato, recorrendo a cláusulas abertas e indeterminadas e abrindo espaço para a atuação do “juiz legislador”.

Aliando sua formação como antropólogo à experiência adquirida como magistrado na França, Garapon (1999) faz uma sociologia da democracia contemporânea, descrevendo e analisando o fenômeno da judicialização da política a partir de uma perspectiva externa ao direito. Disso resulta a conclusão de que a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social, localizando-se a origem do fenômeno. No desenho institucional concebido pelo autor, o Judiciário (para o autor, a Justiça) ocupa um papel central e é conduzido para o centro do palco das questões políticas.

Para Garapon (1999), o Judiciário se apresenta como a instância de resgate dos ideais de justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente do Legislativo e do Executivo. O controle da Justiça sobre a vida política é tão crescente que nada mais escapa da apreciação judicial. Houve verdadeira explosão do contencioso, crescimento e multiplicação das jurisdições, que se diversificam e afirmam suas autoridades, cada dia mais um pouco (GARAPON, 1999, p. 24).

Dworkin (2001) observa que, com o redimensionamento das suas funções, o Judiciário assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas, o que implica transferir aos tribunais o papel de resolver conflitos dessa natureza antes adstritos a outros Poderes do Estado. O fundamento desse processo de transferência de questões políticas para o Judiciário reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin – *a Constituição como integridade* – que garante a indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Segundo Dworkin (2001), para a garantia dessa indisponibilidade, torna-se necessária uma alteração das funções originais do Judiciário, que passa a decidir se o Legislativo, no desempenho de suas funções, está respeitando os direitos fundamentais. Em face da integridade da Constituição, admite-se a revisão judicial (“*judicial review*”), que autoriza os tribunais a invalidar as normas –, oriundas de processos políticos deliberativos –, que sejam incompatíveis com os princípios constitucionais.

Para Ferejohn (2002), há duas causas gerais que explicam a judicialização da política. A primeira é o que ele chama de “hipótese da fragmentação”, e a segunda, de “hipótese dos direitos”.

Ferejohn (2002, p. 55, tradução nossa) observa que a primeira causa é

uma crescente fragmentação do poder dentro das instituições políticas, a qual limita a capacidade delas para legislar, ou para ser o foro onde a política pública é efetivamente formulada [...]. Quando os poderes políticos não podem agir, a resolução dos conflitos tende a gravitar para instituições onde soluções podem ser oferecidas; cortes judiciais muitas vezes oferecem espaço adequado para isso [...]. A hipótese da fragmentação significa que os tribunais têm mais liberdade para agir quando os poderes políticos são muito fragmentados para formular e aprovar decisões efetivamente.

A segunda causa colocada por Ferejohn (2002, p. 55, tradução nossa) é

mais nebulosa, mas talvez mais importante. É o entendimento de que as cortes (ou pelo menos algumas delas) podem ser confiáveis para proteger uma vasta gama de valores importantes contra potenciais abusos políticos [...]. A ideia é que, como os tribunais começaram a proteger os direitos e as liberdades pessoais, além dos direitos de propriedade, tem diminuído a oposição a um papel expansivo do Judiciário.

Destaca Grimm (2004) a vontade dos políticos de se submeterem ao escrutínio judicial. Para o autor, os políticos estão preparados para permitir que o Judiciário revise os atos políticos. A falta de envolvimento dos políticos em determinadas matérias polêmicas tem levado a um déficit legislativo, permitindo que o Judiciário produza soluções para os casos apresentados.

Nesse contexto, Sunstein (2005) alerta para uma postura mais cooperativa do Judiciário, no sentido de que a interpretação da Constituição deve ser vista como o resultado das contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas que, em muitos casos, pode conduzir a um posicionamento de autocontenção dos magistrados em questões polêmicas. Essa postura implica uma compreensão da interpretação constitucional não do ponto de vista de quem detém a supremacia, isto é, a última palavra, mas como um processo dialógico complexo, construído em espaços deliberativos, a partir das diferentes contribuições oriundas da sociedade civil, dos órgãos tecnicamente legitimados e dos órgãos democraticamente eleitos.

Hirschl (2006) observa que a judicialização da política inclui uma transferência maciça das questões políticas para os tribunais. Trata-se de uma expressão “guarda-chuva” que abriga processos interrelacionados. Há, assim, três categorias de judicialização: i) a difusão do discurso jurídico com seus jargões, procedimentos e regras para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política; ii) a judicialização da tomada de decisões políticas pela administração ordinária e revisão judicial; iii) e a judicialização da política pura ou mega (“mega politics”), isto é, a transferência para os tribunais de questões de natureza essencialmente política.

Assim, para Hirschl (2006), a primeira categoria de judicialização, mais abstrata, implica a ascensão do discurso jurídico e a popularização do jargão legal, com o avanço do direito sobre a cultura e as áreas da vida privada e em sociedade. A segunda categoria de judicialização, mais concreta, acarreta a expansão da jurisdição para definir e delimitar direitos, bem



como as relações entre os órgãos estatais. A terceira categoria de judicialização, que caracteriza os tempos atuais, envolve a “mega” ou “pura política”, ou seja, as controvérsias políticas essenciais, que, frequentemente, definem e dividem todas as políticas, como o processo eleitoral, os problemas de justiça restaurativa, as questões de identidade coletiva fundacional e os processos relativos à natureza e à definição do corpo político.<sup>5</sup>

Para Hirschl (2006), a judicialização da pura ou megapolítica permite verificar a transformação das Cortes Constitucionais em uma parte crucial do aparato nacional de formação de políticas. Esse processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para órgãos judiciais é denominado pelo autor como juristocracia, que é acompanhada e alimentada por uma mudança na ideologia jurídica, consistente numa crítica crescentemente realizada pelas elites políticas, jurídicas e econômicas ao princípio majoritário que define a democracia em sua dimensão popular.

Alexy (2007) associa o protagonismo judicial a uma jurisdição constitucional provedora da última palavra, de forma a proteger os cidadãos de eventuais abusos de seus representantes políticos. Assim, apesar de ser o Legislativo quem elabora as normas, a interpretação final ficará sempre a cargo do Judiciário. Assim, o Tribunal Constitucional consegue transformar a concepção que possui sobre problemas sociais e políticos em componentes da Constituição e, com isso, assume política, afastando o debate democrático das vias tradicionais e desenhando novos espaços de representação.

Supõe Alexy (2007) a existência não só de uma representação parlamentar, mas também de uma representação argumentativa exercida, particularmente, pelo Tribunal Constitucional.<sup>6</sup> Nesse contexto, o jogo democrático pressupõe uma racionalidade discursiva e o discurso exige a democracia deliberativa. Nela, o discurso não é composto apenas por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participan-

---

<sup>5</sup> Convém observar que a intervenção judicial no processo político-eleitoral envolvendo os casos aqui estudados – verticalização das coligações e fidelidade partidária – enquadra-se na categorização da “mega” ou “pura política” formulada por Hirschl (2006).

<sup>6</sup> No julgamento da ADI nº 3.510/DF, que versava sobre a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, o ministro Gilmar Mendes, secundado na tese da representação argumentativa de Alexy (2007), afirmou, em seu voto, que “o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa tal qual o Parlamento. Um lugar onde os anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso, encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidos”.

tes que lutam por uma solução política correta. Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa. Do contrário, resta recorrer ao remédio da jurisdição constitucional.

Para Alexy (2007), a argumentação jurídica e a participação da sociedade civil (em audiências públicas ou na condição de *amicus curiae*) constituem a fundamentação racional para a representação argumentativa que, por sua vez, compete com a representação política dos cidadãos no Legislativo sobre a última palavra na definição de políticas públicas, responsáveis pela garantia e concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil, a questão da judicialização da política tem sido também amplamente debatida. Merece referência o estudo realizado por Ferreira Filho (1994), que aponta as mudanças decorrentes da Constituição de 1988 como causadoras da ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário, transformando-o em um poder político.

Ferreira Filho (1994) aponta, entre as alterações importantes advindas da Carta de 1988, as seguintes: i) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão; (ii) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; iii) instituição do mandado de injunção; iv) alargamento do objeto da ação popular; e v) ampliação das funções institucionais do Ministério Público.

Observa Ferreira Filho (1994, p. 11):

Tire-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem de tornar-se um legislador ativo.

Nessa esteira é o estudo de Castro (1997), no qual analisa o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, trata-se de uma “nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais” (CASTRO, 1997, p. 147).

Para Castro (1997), a judicialização da política promove uma interação entre os Poderes, o que não é, necessariamente, prejudicial à democracia; esta, na verdade, constitui requisito da expansão do Judiciário.

Observa Castro (1997, p. 148) que

a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse público”, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos”.

Vianna et al. (1999) realizaram uma pesquisa sobre a judicialização da política no Brasil, baseada no modelo do controle abstrato de constitucionalidade pela via da ação direta de inconstitucionalidade adotada pela Constituição de 1988. Segundo essa pesquisa, a crescente institucionalização do direito na vida brasileira, invadindo espaços que antes lhe eram inacessíveis, como algumas esferas do setor privado, levou à judicialização das relações sociais.

Para Vianna et al. (1999), o Direito do Trabalho teve uma importância fundamental para judicializar as relações sociais no Brasil, ao introduzir no campo jurídico um argumento de justiça inexistente na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, procurando compensar a parte economicamente mais fraca nas relações de trabalho e retirando “o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes” (VIANNA et al., 1999, p. 17).

Assim, o Direito do Trabalho promoveu um viés igualitário na ordem liberal, e a dissociação entre as esferas do público e do privado cedeu lugar à publicização da esfera privada. A mediação das relações sociais redundou, ao fixar os direitos dos grupos organizados corporativamente, na jurisdicização das relações sociais.

Para Teixeira (2001, p. 43), a judicialização da política ocorre quando for verificada uma das seguintes hipóteses, ou ambas: i) “tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas”; ou ii) “negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funciona-

mento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais”.

Cittadino (2002) destaca a ampliação do controle normativo do Judiciário no âmbito das democracias representativas como um dos temas centrais das discussões que hoje se fazem no âmbito da ciência política, da sociologia do direito e da filosofia do direito.

Para a autora (2002, p. 17),

o protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas [...]. Seja no âmbito da *civil law* ou da *common law*, a jurisdição constitucional, nas sociedades contemporâneas, tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização de suas normas asseguradoras de direitos. E já são muitos os autores que designam esse ativismo judicial como um processo de “judicialização da política”.

Segundo Carvalho (2004, p. 127), “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios”, sendo que “alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a por um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político” (CARVALHO, 2004, p. 130).

Sadek (2007, p. 131-133), ao analisar as modificações ocorridas na esfera judiciária brasileira, salienta que

a Constituição de 1988 imprimiu atributos de poder de Estado ao Judiciário. A instituição foi configurada com capacidade real de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quer provenientes do Executivo quer do Legislativo. Dessa forma, foram criadas as qualidades necessárias para participar ativamente da vida pública [...]. O pós-1988 o transformou e especialmente o STF em uma arena privilegiada, acentuando a sua face política. Com efeito, a Corte Suprema tem atuado em relação a temas cruciais, quer devido a omissões legislativas, quer recebendo demandas sobre questões controversas, quer se pronunciando sobre impasses políticos, quer proferindo decisões

cruciais para a vida pública, com impactos na arena político-partidária, como os serviços públicos e também na configuração dos tribunais superiores e na estrutura do Poder Judiciário em sua totalidade.

Para Barroso (2011b, p. 276), a judicialização da política significa que

algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Segundo Barroso (2011b), são várias as causas da judicialização. Algumas seguem uma tendência mundial; outras decorrem do modelo institucional brasileiro. Nesse sentido, aduz que

a primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes [...]. A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial [...]. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo [...]. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confe-

derações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2011b, p. 276-277).

Como se observa, a judicialização da política, no Brasil, para Barroso (2011b), decorre de um contexto marcado por três parâmetros: redemocratização, constitucionalização abrangente e incorporação de um sistema de controle de constitucionalidade dos mais abrangentes do mundo.

A partir de uma visão mais sociológica, a judicialização das relações sociais ressalta a crescente invasão do direito na vida social e “o surgimento do Judiciário como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania” (VIANNA et al., 1999).

Por fim, segundo uma ótica argumentativa, a judicialização da política também significa a difusão das formas de argumentação e de decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a domesticação da política pela “linguagem do direito” e, sobretudo, pelo discurso constitucional (ALEXY, 2007).

## **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

No contexto da judicialização da política, surgem dois conceitos correlatos e igualmente importantes para a compreensão do protagonismo institucional do Judiciário: o de ativismo judicial e o de politização do Judiciário.

O primeiro conceito – ativismo judicial – expressa um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação. Ocorre, desse modo, a invasão da esfera de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, contornando o processo político majoritário.

Como salienta Barroso (2011a), o ativismo judicial torna explícita uma dimensão de “politização do Judiciário”, aproximando-o do modo de atuação dos demais Poderes de Estado, os quais são legitimados democraticamente pelo voto. Por sua vez, o Judiciário também é legitimado indiretamente em muitos países, como o Brasil, pela via técnica, embora não o seja pelo voto. A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto,

da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

Segundo Barroso (2011a, p. 234),

a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do desenho institucional brasileiro, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial normalmente se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Por sua vez, Streck (2009, p. 589) entende que

um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização da política é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os Poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).

Sob esse viés, Tassinari (2013, p. 36-37) afirma que “a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais”.

Como se nota, apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não se confundem. A judicialização da política, conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais presentes numa sociedade complexa, que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, o que resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais e dos magistrados pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, escolha ou comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, *prima facie*, de competência de outros Poderes, para além das balizas constitucionais e legais.

O importante é que, em ambos os fenômenos, o protagonismo do Judiciário como ator político se faz presente, com maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes. Com isso, se dá o reconhecimento de uma vinculação entre Direito e Política.

O segundo conceito – politização do Judiciário – consiste, conforme Urbano (2005, p. 601),

na assunção, por parte dos juízes, em particular dos juízes constitucionais, da função política, fundamentalmente a de legislar. De certa forma, eles vão substituir-se, ainda que pontualmente, ao legislador ordinário. Eles usam a justiça para fazer política (para interferir na governação) ou, se se preferir, para criar novas posições de poder, que se auto-atribuem, no seio do sistema político. Em síntese, eles substituem a vontade dos órgãos que tradicionalmente exercem poder político pela sua própria vontade.

Para Santos (2003), a judicialização da política pode conduzir à politização do Judiciário, que

consiste num tipo de questionamento da Justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da Justiça coloca o sistema judicial numa situação de *stress* institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força.

Como se observa, a judicialização da política e a politização do Judiciário, de igual modo, não se confundem, embora uma possa levar à outra: a utilização dos processos ou das decisões judiciais como armas políticas pelos atores políticos.

Nesse diapasão, a politização do Judiciário pode implicar a transferência para as instâncias judiciais do poder decisório do Legislativo, resultando na perda da sua função de legislar. Além disso, quanto mais politizado o Judiciário, menos jurisdicional será.



## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

O desenho das instituições políticas, presente nas Constituições de derivação liberal, obedece, de modo geral, ao estabelecido por Montesquieu, no século XVIII, na sua obra clássica sobre a separação dos Poderes.

Com influência e inspiração em Locke<sup>7</sup>, Montesquieu (1985) destacou a importância da separação de Poderes como uma garantia da liberdade do cidadão. Tinha em conta mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico-político. Prevalencia, na época, mais o intuito e controlar um Poder pela atuação de outro, do que um sistema estatal de distribuição de competências.<sup>8</sup>

Nas palavras de Montesquieu (1985, p. 149 ):

[...] quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao mesmo poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Ao tratar isoladamente de cada um dos Poderes, Montesquieu (1985) salienta que o Legislativo deve ser entregue a duas Casas diferentes, sendo uma composta de representantes do povo (Câmara Baixa) e outra de representantes da nobreza (Câmara Alta), com a atribuição de fazer as leis e corrigir ou ab-rogar as já existentes. Já o Executivo deve estar confiado ao monarca, “porque esta parte do governo, que quase sempre tem neces-

---

<sup>7</sup> A obra de Locke – “O Segundo Ensaio sobre o Governo Civil” – é tida entre os trabalhos mais importantes na construção do pensamento político moderno.

<sup>8</sup> Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Traduções de Fernando Henrique Cardoso; Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

sidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um só do que por muitos” (MONTESQUIEU, 1985, p. 151), cabendo-lhe convocar o Legislativo e vetar suas resoluções.

Quanto ao Judiciário, afirma Montesquieu (1985, p. 149), “não deve ser outorgado a um corpo permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, do modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”. Sua função tem dimensões bastante reduzidas, compatíveis com a ideia de um poder “invisível e nulo”, em que se reduz o papel dos juízes à emissão de documentos que “nunca sejam mais do que um texto exato da lei” (MONTESQUIEU, 1985, p. 149).

Como se constata, Montesquieu não confere a natureza de um autêntico poder político ao Judiciário, pois considerava os juízes não mais do que “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1985, p. 152)

Nessa esteira, Adeodato (2009, p. 284) afirma que,

[...] nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do Judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente. E mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação de Poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu.

Portanto, a teoria de Montesquieu, na sua concepção clássica, com a ideia de que os juízes são seres inanimados que pronunciam as palavras da lei, não mais se sustenta atualmente. Com efeito, a teoria contemporânea não mais concebe a função do juiz como atividade mecânica, neutra, sem criatividade. De igual modo, não mais admite a compreensão de que a lei tem apenas um sentido, que há somente um significado verdadeiro do texto legal e que a lei é completa, inexistindo lacunas. Assim, é errôneo conceber hoje que a função do juiz se restringe simplesmente a verificar a ocorrência do fato e enquadrá-lo na hipótese legal – a chamada subsunção judicial, herdada do positivismo jurídico, de origem kelseniana.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> O positivismo de Hans Kelsen, que se tornou, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas, reduzia o Direito ao conjunto de normas em vigor e, como sistema completo e perfeito, não precisava de qualquer justificação, além de sua própria existência. Essa teoria não mais se sustenta, nos dias de hoje. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2000.

A aplicação do direito pelo juiz, dada a sua complexidade, oferece diversas possibilidades interpretativas sobre um mesmo caso concreto, conduzindo a elementos criativos. No contexto atual, o juiz, com frequência, depara-se com textos legais abertos, que contêm mais de um significado possível, o que lhe atribui certa margem de liberdade para decidir entre as várias interpretações cabíveis.

A verdade é que o Judiciário assumiu novo papel em face das transformações decorrentes do Estado do Bem-Estar (“*Welfare State*”), passando a exercer funções que antes não lhe eram próprias, como a de “intromissão” em assuntos de outros Poderes, assim como a ocupar espaços que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais, substituindo a família, a Igreja e os fóruns de discussão. Nesse diapasão, Cappelletti (1993) estuda a questão do direito jurisprudencial (ou judiciário) e, mais especificamente, o papel criativo dos juízes, no sentido de que estes criam o direito.

Para o autor (1993), esse fenômeno, de alcance tendencialmente universal, não se limita ao campo do direito jurisprudencial, pois, de modo mais geral, reflete a expansão do Estado em todas as suas ramificações, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Na verdade, afirma Cappelletti (1993, p. 19), “a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno”.

Reconhece Cappelletti (1993) que é intrínseco a todo ato de interpretação alguma medida de criatividade, sendo que a verdadeira questão que se coloca é saber, segundo o autor (1993, p. 25), “o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial”. Ressalta, no entanto, que certo grau de criatividade (1993, p. 23) “não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”.

Para Cappelletti (1993), foi nos Estados integrantes da família do *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos, que o Poder Judiciário adotou uma postura mais ativa e criativa, passando a controlar não só a atividade civil e penal dos cidadãos, mas também os poderes políticos, o que implicou uma importante contribuição para a construção de um sistema de controle dos outros poderes. “Na verdade, é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do Poder Judiciário” (CAPPELLETTI, 1993, p. 53).

Portanto, a teoria da separação dos Poderes, de Montesquieu, na qual os juízes eram vistos como “bocas da lei”, cede passo ao sistema de controles recíprocos – o *checks and balances* do sistema constitucional americano, no qual a resultante é uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos três Poderes do Estado, sendo que cada um deles é chamado a desempenhar funções típicas e atípicas, ocorrendo, portanto, uma interseção entre esses Poderes.<sup>10</sup>

Indubitavelmente, uma profunda mudança na coordenação entre os Poderes ocorreu no século XX, tendo o Judiciário ampliado sua atuação no cenário político-institucional delineado pelo constitucionalismo atual, nomeadamente em face da possibilidade de invalidar leis e atos normativos emanados de outros Poderes, por meio da interpretação constitucional. Esse mecanismo de poder do Judiciário denomina-se *controle de constitucionalidade*.

O controle de constitucionalidade só se tornou possível com o surgimento do Estado Moderno, que estrutura seu sistema jurídico-normativo numa perspectiva piramidal, de inspiração kelseniana. No vértice dessa pirâmide teórica, encontram-se as normas constitucionais, que se sobrepõem às demais normas do sistema, servindo-lhes de fundamento de validade.

Assim, na hipótese de confronto entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais, devem prevalecer as primeiras. Esse é o princípio da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário, normalmente por meio de um órgão especial ou de cúpula, examinar esse confronto, declarando a nulidade da norma infraconstitucional.

A maior ou menor importância atribuída ao papel do Poder Judiciário no sistema político está diretamente relacionada com a sua maior ou menor capacidade de controlar a constitucionalidade das leis e assegurar a integridade da Constituição.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Examinando o contexto brasileiro, Tavares (2009, p. 167-181) adverte para o anacronismo de uma separação hermética de Poderes, destacando a necessidade de superação do paradigma do “legislador negativo” por pura incompatibilidade com a realidade de uma jurisdição constitucional forte e atuante.

<sup>11</sup> No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece duas espécies de inconstitucionalidade: (a) a inconstitucionalidade por ação, que ocorre com a produção de ato legislativo ou administrativo que contrarie norma constitucional; (b) a inconstitucionalidade por omissão, que consiste na inércia do poder público de produzir determinado ato legislativo ou administrativo necessário para tornar efetiva norma constitucional.

A discussão sobre o controle de constitucionalidade conduz a duas abordagens: a primeira, proposta por Tushnet (2010, p. 27-69), adota dois sistemas de controle de constitucionalidade: o sistema forte (*strong form*) e o sistema brando (*weak form*). O sistema forte se caracteriza pela prevalência da interpretação razoável do Judiciário sobre a interpretação razoável do Legislativo. Os julgamentos dos tribunais, nessa modalidade, assumem a palavra final e não admitem alteração. O sistema brando admite a criação de mecanismos de correção de decisões judiciais, que, postos à disposição do povo, promovem uma resposta mais célere do que a superação pelo processo legislativo próprio das emendas constitucionais ou da espera pela renovação da composição das Cortes.

A segunda abordagem, proposta por Silva (2012, p. 5), admite a existência de três sistemas de controle de constitucionalidade: o *político*, o *jurisdicional* e o *misto*.

O controle político é aquele realizado por órgãos de natureza política, tais como o próprio Parlamento, na Inglaterra, ou órgão especial, como o Conselho Constitucional, na França.

Por sua vez, o controle jurisdicional, também conhecido por *judicial review*, é aquele realizado por órgãos do Poder Judiciário. É o que ocorre nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. É considerado o mais generalizado dentre os sistemas de controle de constitucionalidade existentes.

Finalmente, o controle misto é aquele em que algumas categorias de normas estão sujeitas ao controle político e outras categorias submetidas ao controle jurisdicional. É o que sucede na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político do Parlamento, e as leis locais, sob controle jurisdicional.

Dentre os sistemas de controle de constitucionalidade acima descritos, ganha importância para este estudo o controle jurisdicional, que apresenta dois critérios, conforme Silva (2012, p. 52): *controle difuso* e *controle concentrado*.

Verifica-se o critério de controle difuso, também chamado *jurisdição constitucional difusa*, quando se reconhece o seu exercício pela via incidental a qualquer juiz ou tribunal. Nesse tipo de controle, não se discute a lei em tese ou em abstrato, mas aplicada ao caso concreto, valendo os efeitos da decisão *inter partes* (entre as partes).

Já o critério de controle concentrado, também conhecido por *jurisdição constitucional concentrada*, ocorre quando se defere o seu exercício pela via direta a tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte es-

pecial. Nesse tipo de controle, discute-se a lei em tese, não sendo necessária, portanto, a existência de um caso concreto. A decisão, nesse caso, tem efeitos *erga omnes* (contra todos).

Impõem-se algumas observações relativamente às formas de controle anteriormente descritas. A primeira observação é que o controle jurisdicional, para Silva (2012, p. 52), subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor (“*nemo iudex sine actore*”), que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro, como geralmente ocorre nos países que adotam o critério de controle difuso.

A segunda observação é que, pela via incidental ou de exceção, típica do critério de controle difuso, as partes no processo (autor e réu), o Ministério Público ou mesmo o juiz, por dever de ofício (*ex officio*)<sup>12</sup> podem arguir a inconstitucionalidade de lei no caso concreto. Daí porque esse tipo de controle permite a qualquer juízo ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei que, no seu entendimento, viole a Constituição.

A terceira observação é que, pela via direta ou principal, típica do critério de controle concentrado, somente os legitimados, nos termos da Constituição,<sup>13</sup> poderão arguir a inconstitucionalidade de lei em tese ou em abstrato, por meio do ajuizamento de ações específicas perante órgão de cúpula ou corte especial.

A quarta observação é que se admite, também, nos sistemas de critério concentrado, o controle, dentro do processo por iniciativa do juiz, independentemente do pedido das partes. É o que ocorre, por exemplo, no direito alemão (*Richterklage*).

Por fim, assinale-se que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, desde a Constituição de 1891, é o jurisdicional.

---

<sup>12</sup> No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso, ou pela via incidental ou de exceção, é comumente exercido como matéria de defesa; atualmente, porém, vem sendo utilizado tanto pela defesa quanto pela acusação, indistintamente.

<sup>13</sup> A Constituição de 1988, no seu art. 103, arrola os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

As Constituições posteriores à de 1891, no entanto, foram introduzindo inovações, de sorte que, à vista da Constituição vigente, promulgada em 1988, segundo Silva (2012, p. 53), “temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal”.

## REFERÊNCIAS

---

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de Poderes. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011a, p. 225-270.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Lumen Juris, 2011b, p. 275-29

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002, p. 17-42.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Journal of Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.



GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRIMM, Dieter. Judicial activism. In: *Judges in contemporary democracy*. Edited by Robert Badinter and Stephen Breyer. New York: New York University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordam Law Review*, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Traduções de Fernando Henrique Cardoso; Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opinião>> Acesso: em 24 nov. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, n. 7. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

TUSHNET, Mark. Formas Alternativas de Controle Judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-69.

URBANO, Maria Benedita. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



# PLATAFORMAS DIGITAIS, BIG DATA E RISCOS PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## DIGITAL PLATFORMS, BIG DATA AND RISKS TO THE PERSONALITY RIGHTS

ANA FRAZÃO<sup>1</sup>

**Resumo:** As plataformas digitais constituem o modelo de interações e negócios de maior importância na economia digital, considerando o seu poder de promoção de contatos e trocas econômicas mediante a criação de um ambiente que realize a aproximação e a combinação de usuários com interesses compatíveis. Apesar das inúmeras eficiências e benefícios, o modelo de negócios, que está baseado na relação simbiótica com o *big data* e o *big analytics*, possibilita a utilização dos dados pessoais para os mais diversos fins, incluindo a manipulação dos próprios usuários. Tal característica apresenta graves riscos não apenas para a privacidade, mas para diversos outros aspectos da personalidade dos usuários, incluindo a própria liberdade e a identidade pessoal.

**Palavras-chave:** Plataformas; Big data; Direitos da personalidade.

**Abstract:** *Digital platforms represent the most important model of relationships and businesses on the digital economy, once they hold a great power to promote economic interactions and trades through the creation of an environment which is capable of combining users with matching interests. Although the efficiencies and benefits, the business model, which has a symbiotic relationship with big data and big analytics, makes it possible to use personal data for the most diversified goals, including the manipulation of the users. This characteristic presents great risks not only to privacy, but also to other aspects of the personality rights of the users, such as freedom and personal identity.*

**Keywords:** Platforms; Big data; Personality rights.

---

<sup>1</sup>Advogada e Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília - UnB.

## INTRODUÇÃO

Não é exagero dizer que a internet e a economia digital são hoje dominadas pelas plataformas digitais<sup>2</sup>. Basta pensarmos em Google, Apple, Facebook, Twitter, Amazon, Ebay, Instagram, YouTube, LinkedIn, Whatsapp, Waze, Uber, AirBnB, Pinterest, Mercado Livre, Submarino e tantas outras plataformas que já fazem parte das nossas vidas.

Tal modelo de interações e de negócios resulta das recentes transformações da economia mundial, especialmente em decorrência da internet e das tecnologias da informação. Nesse contexto, as plataformas consolidaram-se como agentes agregadores de inúmeras eficiências, dentre as quais a de facilitar conexões e transações, encurtando o caminho entre pessoas ou polos das cadeias de produção e consumo.

Embora as plataformas digitais possam dar ensejo a diferentes tipos de interações, com distintos propósitos, é inequívoco que têm sido reiteradamente utilizadas por poderosos agentes econômicos que operacionalizam grandes empreendimentos, a partir dos dados coletados dos seus usuários, os quais são utilizados para os mais diversos fins. Daí a ideia de uma economia movida a dados (*data-drive-in economy*), já que estes são hoje o novo “petróleo” ou o principal insumo das atividades econômicas.

É nesse contexto que o presente artigo pretende trazer uma reflexão sobre as repercussões das plataformas digitais sobre os direitos da personalidade, destacando inicialmente as principais características e funções do modelo de negócios e contextualizando a sua atuação dentro do que vem se chamando de “economia da atenção”. A partir dessas premissas, o artigo pretende apontar os diversos riscos não apenas para a privacidade dos usuários, mas sobretudo para a sua liberdade e identidade pessoal.

## II. AS CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

A racionalidade econômica das plataformas digitais está associada especialmente à viabilização dos mercados de dois lados, os quais se caracterizam pela promoção da interação entre os usuários das pontas, de maneira

---

<sup>2</sup> MOAZED; JOHNSON, *Modern monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy* [edição eletrônica]. Nova Iorque: St. Martin Press, 2016.

a tornar possível a alteração do volume das transações mediante a alocação de maiores custos para um lado na mesma medida em que se reduzem os custos para o outro.<sup>3</sup>

É o que ocorre, por exemplo, com os mercados de cartões de crédito, de *videogames*, de motores de busca, de sistemas operacionais e de aplicativos. Em todos eles, tem-se a necessidade de aproximação entre dois mercados, como se verifica, no caso dos *videogames*, entre jogadores e desenvolvedores, ou, no caso de sistemas operacionais (Windows, Android, Linux, OSX no Mac ou iOS no Iphone), entre usuários e desenvolvedores de aplicativos.<sup>4</sup>

Em mercados assim, ambos os lados – como os ofertantes e compradores – precisam encontrar-se e interagir,<sup>5</sup> com vistas a beneficiarem-se do aumento de participantes do outro lado. Entretanto, para que funcionem eficientemente, a aproximação entre os agentes de cada um dos lados precisa ser adequada e pertinente, conectando aqueles que tenham afinidades ou sejam complementares e, com isso, tenham maior probabilidade de entabular uma relação ou negociação.

Como os custos dessa aproximação podem ser altos, cria-se importante espaço para que as plataformas digitais os reduzam, facilitando a combinação dos interesses dos usuários (*matchmaking*). Tais características, associadas aos efeitos de rede indiretos, ajudam a compreender a tendência para que tais plataformas correspondam a verdadeiros monopólios virtuais.<sup>6</sup>

Longe de serem meros instrumentos ou ferramentas, as plataformas digitais são, na verdade, o próprio modelo de negócio, caracterizado pela criação de sistemas de interação escaláveis, com grandes efeitos de rede indiretos, bem como pela conectividade. Conforme observa Choudary<sup>7</sup>, as plataformas destacam-se das estratégias de negócios tradicionais justamente pelo fato de possibilitarem um ecossistema de

<sup>3</sup> Ver: ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-sided markets: an overview*. Disponível em: [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf)> Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>4</sup> TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 379.

<sup>5</sup> TIROLE, Op. cit., p. 319.

<sup>6</sup> FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. Jota. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>. Acesso em 14.06.2018.

<sup>7</sup> CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform scale: how na emerging business model helps startups build large empires with minimum investment* [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

constante interação entre os *players* para a permanente otimização de contatos e trocas econômicas.

Nesse contexto, as plataformas apresentam grande plasticidade, na medida em que podem comportar diversos tipos de interação, embora tenham como característica comum a de não deterem diretamente os meios de produção, mas de criarem os meios de conexão entre os indivíduos que os detêm.<sup>8</sup>

Daí a multiplicidade de atividades a que podem se dedicar as plataformas, que vão desde a prestação de serviços (como Uber e Airbnb) e venda de produtos (como Ebay e Amazon), até a realização de pagamentos (Paypal), investimentos (Funders Club), *networking* social (Facebook, LinkedIn, Tinder, Twitter), comunicação (Whatsapp, Skype, Snapchat, Dropbox), dentre inúmeros outros.

Apesar de compartilharem um modelo comum de negócios, cada uma dessas distintas atividades pode impor características específicas às plataformas digitais que a exercem. No caso das plataformas de comunicação, por exemplo, verifica-se que importante função do modelo de negócios, além do *matching* e da recomendação, é também de oferecer uma interface técnica para facilitar a interação entre os usuários.<sup>9</sup> Em alguns casos, o que se pretende, por meio da plataforma, é tão somente a interação indireta entre os usuários, tais como ocorre em plataformas de cartões de crédito e sistemas de pagamento, como o Paypal, que não colocam vendedores e compradores em contato direto.

Também é importante ressaltar que algumas plataformas digitais podem decidir agir, elas mesmas, como um dos lados do mercado. Segundo Jean Tirole<sup>10</sup>, a Apple é um caso conhecido nesse sentido pois, no mercado de computadores pessoais, limita os aplicativos e *hardwares* que funcionam em seu sistema operacional desde 1980.

Não obstante as diversas atividades a que se prestam e as peculiaridades já retratadas, existe um leque comum de funções que são normalmente assumidas pelas plataformas digitais. Segundo Alex Moazed e Nicholas Johnson<sup>11</sup>, as principais funções seriam as seguintes: (i) *audience building*,

---

<sup>8</sup> MOAZED; JOHNSON, Op. cit.

<sup>9</sup> Jean Tirole (Op. cit., p. 382) refere-se ao papel de tais plataformas em uma *smooth interaction* entre os usuários.

<sup>10</sup> TIROLE, Op. cit., p. 388.

<sup>11</sup> MOAZED; JOHNSON, Op. cit.

que corresponde à criação de um *marketplace* líquido para atrair uma massa de produtores e consumidores; (ii) *matchmaking*, que, como já se viu, consiste na conexão entre os consumidores corretos para os produtores corretos; (iii) oferta de ferramentas e serviços, tais como os de *rating* e recomendações, para apoiar transações e diminuir custos de transação, remover barreiras à entrada e tornar a plataforma mais valiosa com o tempo por meio dos dados coletados; e (iv) criação de regras e *standards* de comportamento, a fim de diferenciar o que é permitido do que é proibido.

Vale ressaltar que a classificação dos autores pode ser também adaptada para as plataformas que procuram aproximar pares para que possam negociar diretamente – o que seria o campo da economia do compartilhamento, pelo menos em sua acepção mais clássica – pois, igualmente nesse caso, será importante criar um *marketplace*, conectar inteligentemente aqueles mais propensos a contratar (*matchmaking*), prover as ferramentas e serviços necessários para as transações, bem como criar regras de comportamento.

Cada uma dessas funções mencionadas apresenta importantes desafios para a regulação jurídica. Dentre eles, podem ser citados o aspecto da proteção dos usuários e seus direitos de personalidade, aspecto que mais interessa para efeitos do presente artigo. Com efeito, como as plataformas ainda detêm a importante função de controle, gestão e, conforme o caso, igualmente de utilização comercial dos dados pessoais dos usuários, há o problema delicado de como regular o negócio subjacente da coleta e utilização dos dados pessoais dos usuários.<sup>12</sup>

Tal aspecto não passou despercebido para Jean Tirole<sup>13</sup>, que ganhou o prêmio Nobel de Economia precisamente em razão da sua pesquisa sobre os mercados de dois lados. Segundo o autor, dentre as importantes funções assumidas pelas plataformas digitais, encontra-se a de regular todas as relações que nela ocorrem, o que abrange aspectos como a competição entre vendedores, a regulação de preços, o monitoramento de qualidade, os direitos dos usuários e a oferta de informação. Sob essa perspectiva, a própria plataforma pode ser vista como um regulador dos mercados, o que gera obviamente um conflito potencial ou efetivo com a regulação jurídica tradicional.

---

<sup>12</sup> Ver: O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy* [edição eletrônica]. Nova Iorque: Crown, 2016.

<sup>13</sup> TIROLE, Op. cit., 391-392.



De fato, na ausência de uma reflexão jurídica mais consistente sobre os meios de atuação e as responsabilidades dos agentes envolvidos nas plataformas, têm elas se aproveitado do vazio jurídico ou de zonas de penumbra das áreas de regulação dura, para, por meio da já mencionada função de criação de regras e procedimentos, terem a sua atuação totalmente regida pela regulação que elas mesmas criam, ou seja, pela autorregulação.

Por essa razão, é fundamental que se possa avançar na compreensão das áreas suscetíveis à autorregulação e das áreas que precisam continuar sujeitas à heterorregulação, especialmente quando estão em jogo importantes direitos de personalidade dos usuários.

## **A RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE PLATAFORMAS DIGITAIS, BIG DATA E BIG ANALYTICS**

Esclarecidas as principais características e funções das plataformas digitais, é importante destacar que estas não teriam como atingir os objetivos e eficiências a que se propõem se não utilizassem os dados dos usuários para os mais diferentes fins. No contexto da chamada economia movida a dados (*data driven economy*), são os dados e a utilização deles os verdadeiros vetores da atividade econômica e das condições concorrenciais.

Não é exagerada a afirmação de Alec Ross<sup>14</sup> de que as escolhas sobre como vamos gerenciar e administrar os dados na atualidade serão tão importantes quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a era agrícola ou da indústria durante a era industrial.

Para avaliar a importância do *big data* para a economia digital, é importante entender que os dados se diferenciam da informação. Colocada a questão de forma bastante simplificada, os dados podem ser considerados como matérias-primas da informação. Tal distinção é importante porque os dados importam, do ponto de vista econômico, na medida em que podem ser convertidos em informações necessárias ou úteis para a atividade econômica.

Os dados precisam, portanto, ser processados e trabalhados para que possam gerar valor. Se tal constatação não afasta a importância em si dos dados isolados ou “crus”, tem o importante papel de realçar o fato de que o mero acesso a dados, sem a possibilidade efetiva e eficiente de transfor-

---

<sup>14</sup> ROSS, Alec. *The industries of the future*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2016.

má-los em informação, pode ser insuficiente para a obtenção dos respectivos benefícios econômicos.

Daí a progressiva importância que se dá ao *big analytics*, ou seja, a possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, padrões e associações que possam ser consideradas informações. Para tal objetivo, é grande a importância dos algoritmos e das máquinas responsáveis por tal processamento. De nada adianta ter grande e diversificado volume de dados se não é possível transformá-los, rápida e eficientemente, em informações que possam gerar valor. Sob essa perspectiva, a qualidade do processamento dos dados é até mais importante do que a velocidade<sup>15</sup>.

Isso não quer dizer, repita-se, que os meros dados sejam irrelevantes, tal como sustenta o Google, que não perde a oportunidade de reiterar que o importante é a sua receita – os seus algoritmos – e não propriamente os ingredientes nela utilizados – os dados<sup>16</sup>. Na verdade, assim como não há como se fazer uma boa receita sem bons ingredientes, de nada adianta ter bons ingredientes sem saber o que fazer com eles ou sem ter condições de atribuir-lhes uma destinação útil, rápida e eficaz.

Logo, os dados, por um lado, e a capacidade de processá-los para convertê-los em informações úteis, por outro, guardam entre si uma relação dinâmica de interdependência, em que um só faz sentido diante do outro, já que a geração de valor depende do acesso simultâneo aos dois recursos.

Não é sem razão que a maior parte das plataformas digitais apresentam uma relação simbiótica com o *big data* e o *big analytics*, na medida em que procuram ter o maior acesso possível aos dados dos usuários para depois poder convertê-los em informações e, a partir daí, usar tais informações em seu próprio negócio ou compartilhá-las com parceiros comerciais.

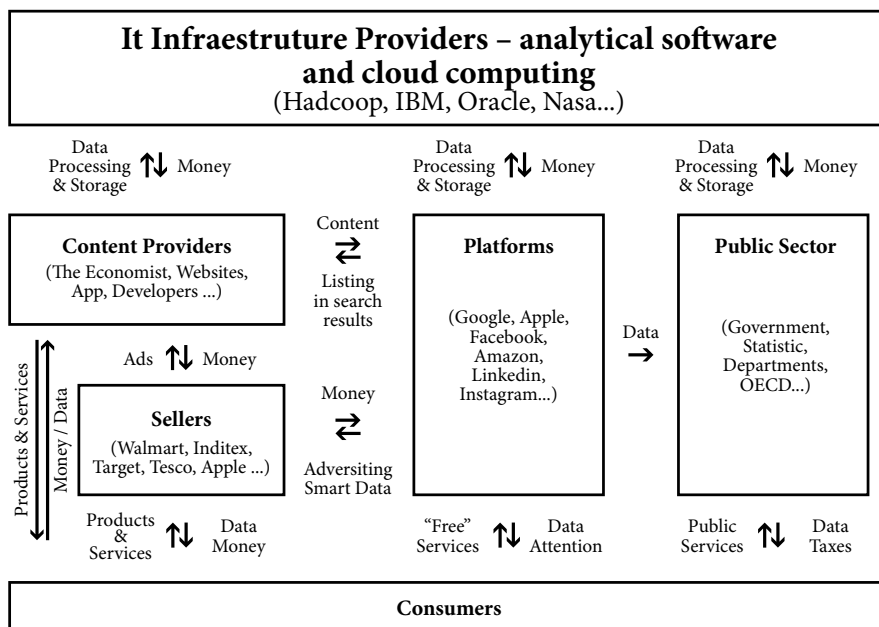
Todo esse potencial, somado às características já vistas, acaba conferindo grande centralidade às plataformas na economia digital, na medida em que passam a exercer sofisticada intermediação entre provedores de conteúdo, vendedores de produtos e serviços, provedores de infraestrutura de TI, consumidores e mesmo o governo. Essa teia de relações é

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, ver MAYER-SHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2008.

<sup>16</sup> A ideia fica clara na entrevista do Economista-Chefe do Google Hal Varian: ALAM, Asif. Entrevista com o Economista Chefe do Google, suas grandes apostas, sucesso e parceria. Thomson Reuters. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/entrevista-com-o-economista-chefe-do-google-suas-grandes-apostas-sucessos-e-parcerias.html>>.

bem representada no gráfico elaborado pela OCDE<sup>17</sup> sobre o ecossistema do *big data*:



O gráfico acima ajuda a entender outra faceta importante das plataformas digitais: o seu imenso poder de conexão entre usuários, agentes econômicos e mesmo o governo. É por essa razão que o maior patrimônio dos agentes que exploram as plataformas é, na verdade, o seu poder de conexão e, conseqüentemente, o potencial de atrair relacionamentos e negócios. Aliás, o argumento principal da obra de Moazed and Johnson<sup>18</sup> é o de que, quando o mundo torna-se mais conectado, o que uma companhia tem em termos de patrimônio importa menos do que os recursos que ela pode conectar.

Tal cenário altera os incentivos e, como lembra Jean Tirole<sup>19</sup>, também modifica os custos de transação envolvidos nas plataformas digitais, os quais passam a estar associados a outros fatores, como as sinalizações por

<sup>17</sup> OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat*. 29-30 nov. 2016. p. 12.

<sup>18</sup> Op.cit.

<sup>19</sup> TIROLE, Op. cit., p. 381.

meio das quais os agentes procuram convencer potenciais parceiros sobre a sua confiabilidade, as leituras e as compreensões dessas sinalizações pelos destinatários e a seleção dos parceiros de relacionamentos ou negócios. Como tais tarefas são complexas e envolvem altos custos de transação, cria-se importante nicho para que plataformas sofisticadas possam ajudar as pessoas nessas tarefas.

São inúmeros os benefícios e eficiências daí decorrentes, pois as plataformas digitais reduzem relevantes custos de transação e agregam valor para os seus usuários, contornando obstáculos que podem dificultar as transações<sup>20</sup> e oferecendo recursos preciosos para o aperfeiçoamento das combinações. Tais recursos vão desde informações sobre a qualidade do que é ofertado e a reputação dos agentes (de que são exemplos as diversas formas de *rating*) até recomendações sobre os produtos que correspondam aos gostos e preferências dos consumidores.

Todavia, tudo isso só é possível diante da matéria-prima de que as plataformas digitais dispõem: uma rica quantidade de dados dos seus usuários. É este o insumo que possibilita, com a ajuda de poderosos algoritmos, a realização de prognoses mais efetivas, inclusive no que diz respeito às opções de negócios e relacionamentos. Como bem resume Jean Tirole<sup>21</sup>, é por meio das plataformas que somos colocados em contato com os parceiros que são mais confiáveis ou mais adequados (*best suited*) para nossas necessidades.

O que precisa ser ressaltado é que tal objetivo dificilmente pode ser alcançado sem a utilização massiva dos recursos de *big data* e *big analytics*.<sup>22</sup> Logo, qualquer que seja o objetivo principal de uma plataforma eletrônica, pode-se afirmar que ela tem, pelo menos como subjacente, o negócio de coleta e análise dos dados dos seus usuários, seja para utilizá-los em seu próprio favor, retroalimentando o seu sistema, seja para negociá-los com outros parceiros comerciais<sup>23</sup> ou mesmo o governo.

---

<sup>20</sup> Ver: MCAFFE; BRYNJOLFSSON, Op. cit., p. 224.

<sup>21</sup> TIROLE, Op. cit., p. 381.

<sup>22</sup> Ao passo que *big data* diz respeito às grandes quantidades de dados recolhidas por mecanismos digitais, *big analytics*, por sua vez, refere-se aos instrumentos de tratamento e análise dessas quantidades massivas de dados. Ver: MINELLI, Michael; CHAMBERS, Michele; DHIRAJ, Ambiga. *Big data, big analytics: emerging business intelligence and analytic trends for today's businesses*. New Jersey: Wiley, 2013.

<sup>23</sup> FRAZÃO, Ana. O poder das plataformas digitais: O que são e quais as suas repercussões sobre a regulação jurídica? *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-poder-das-plataformas-digitais-12072017>> Acesso em: 05 fev. 2018.

Essa é a razão do grande impacto que o modelo de negócios tem para os direitos da personalidade dos seus usuários, o que começará a ser explorado a partir do capítulo seguinte.

## **AS PLATAFORMAS DIGITAIS E OS RISCOS PARA A PRIVACIDADE E O CONTROLE SOBRE OS DADOS PESSOAIS**

Como mencionado, o funcionamento das plataformas é baseado em algoritmos computacionais, os quais têm sido utilizados para as mais distintas funções, dentre as quais se destaca o *matchmaking*<sup>24</sup>.

A exploração de algoritmos para tais fins encontra-se no contexto de um mercado multibilionário, cuja proposta é a de substituir as decisões humanas, consideradas naturalmente falhas e enviesadas, pelas escolhas algorítmicas, vistas como mais eficientes, objetivas e imparciais.

São várias as razões que justificam a sedução dos dados e dos números que nos é proposta pelas estatísticas e pelos algoritmos da economia digital. Em seu célebre livro *Thinking, Fast and Slow*, o expoente da economia comportamental Daniel Kahneman<sup>25</sup> mostra brilhantemente como, diante de todas as limitações da racionalidade humana e das suscetibilidades às ilusões e vieses cognitivos, a estatística pode ajudar a evitar o pensamento causal impróprio, que é a tendência das pessoas de aplicar o pensamento causal em situações que exigiriam o raciocínio estatístico. Afinal, como as pessoas tendem a ver padrões onde eles não existem, a estatística seria uma ferramenta hábil a resolver esses problemas.

Daí a conclusão de Kahnemann de que diversos estudos têm mostrado que os tomadores de decisão humanos são inferiores a uma fórmula de previsão mesmo quando são informados sobre a pontuação sugerida pela fórmula. Importante razão da inferioridade do julgamento dos especialistas é que humanos são incorrigivelmente inconsistentes em fazer julgamentos sumários de informação complexa. Por essa razão, grandes empresas investem fortemente nesse segmento, não somente para ajudar clientes e

---

24 Ver: EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. Sobre a questão criminal, ver, dentre outros, [https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/?mbid=social\\_fb\\_onsiteshare](https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/?mbid=social_fb_onsiteshare) e <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>.

25 KAHNEMANN, Daniel. *Thinking, fast and slow* [edição eletrônica]. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

consumidores – incluindo aí o próprio governo – em suas escolhas, como também para orientar seus próprios processos decisórios internos.

Paulatinamente os algoritmos estão adquirindo o poder de decodificar as pegadas digitais das pessoas, inferindo e predizendo até mesmo aquilo que ninguém revela e que muitas vezes não tem nem mesmo consciência. Por meio do aprendizado de máquina, os algoritmos ainda podem “aprender” e modificar sua própria estrutura e suas regras, sem que haja propriamente controle ou mesmo previsibilidade sobre tais alterações e os resultados que daí decorrerão.

A preocupação que surge a partir da utilização equivocada de dados e algoritmos, embora não seja algo exclusivo das plataformas, é particularmente importante em relação a elas, diante do grande poder que adquiriram na economia digital. Com efeito, a utilização dos dados pelas plataformas tem apresentado um duplo efeito no plano econômico: (i) a criação de dinâmica concorrencial própria sobre a utilização e processamento dos dados no seu âmbito, o que impossibilita ou torna consideravelmente difícil a concorrência no mercado de dados e processamento fora delas, e (ii) e o fomento de crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços. Não é sem razão que Ezrachi e Stucke<sup>26</sup> afirma que o surgimento de algoritmos, *big data* e superplataformas irá acabar com a concorrência, tal como nós a conhecemos hoje.

Sob a perspectiva dos usuários-consumidores, a inquietação é grande em relação à privacidade ou ao direito aos dados pessoais. Além dos dados privados, muito do que é coletado sobre os indivíduos não diz respeito somente à sua intimidade, mas também a aspectos públicos da sua vida que, quando reunidos, ganham nova dimensão, possibilitando a categorização dos usuários em determinados perfis. Outra grande preocupação diz respeito à utilização de dados anônimos, mas que permitem a identificação do usuário.

Dessa maneira, o próprio conceito de dado pessoal precisa ser suficientemente esclarecido – e essa é uma das importantes funções de uma legislação de proteção de dados –, a fim de que se possa estabelecer o âmbito de privacidade e de controle que deve ser protegido.

---

<sup>26</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition. The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 233.

Apenas para se ter uma dimensão do risco para os usuários, em recente entrevista, o professor Martin Hilbert<sup>27</sup>, especialista em *big data*, afirma que, com 150 “curtidas”, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que o seu companheiro e que, com 250 “curtidas”, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela própria.

Por meio de algoritmos aperfeiçoados por técnicas de *machine learning*, é possível fazer inferências, previsões, diagnósticos e tomar decisões complexas que, em muitos casos, apresentam alto teor de subjetividade, exigem sofisticadas análises valorativas e envolvem diversos riscos. Tais decisões afetam não apenas a vida dos que criam, usam ou contratam tais sistemas, mas também a vida daqueles que estão sujeitos aos seus efeitos. É o que acontece quando algoritmos decidem que candidato a emprego deve ser contratado, quem deve pagar mais por determinado seguro, qual a probabilidade de reincidência de determinado criminoso ou, no caso dos carros autônomos, quem deve ser atropelado em situações extremas.

Como se pode antever, são vários os problemas que podem surgir a partir daí. O primeiro deles diz respeito ao fato de que o insumo da nova economia são dados pessoais de usuários de sites, plataformas e aplicativos, cuja coleta muitas vezes decorre de práticas ilícitas, sem a ciência e a autorização informada dos titulares.

O segundo diz respeito à utilização desses dados, já que hoje há algoritmos que são capazes de provocar verdadeira devassa na vida privada dos usuários, tais como os que identificam a orientação sexual a partir do reconhecimento facial, os que decifram emoções a partir da medição de ondas cerebrais, os que diagnosticam crises depressivas e outros transtornos antes mesmo da manifestação de qualquer sintoma médico. É assustador imaginar o tipo de destinação que pode ser dada a tais recursos, caso não haja nenhum tipo de controle, preocupação que é potencializada com o *machine learning*.

Como se pode observar, os algoritmos têm sido utilizados para possibilitar verdadeiros julgamentos sobre os usuários, que terão impactos importantes nas oportunidades e nas suas opções de vida. Logo, a utilização dos dados deixa de se restringir apenas à questão da privacidade e passa necessariamente a envolver outras discussões, como o direito de não ser

---

<sup>27</sup> LISSARDY, Gerardo. 'Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída', afirma guru do 'big data'. BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>>.

julgado ou categorizado para determinados fins ou o direito de não ser julgado ou categorizado com base em determinados critérios.

Tais julgamentos ou diagnósticos, ainda que corretos, já poderiam gerar sérias consequências para a vida dos usuários. Entretanto, o problema se agrava quando se constata que os julgamentos ou diagnósticos ainda podem estar incorretos, o que se aprofundará no capítulo seguinte.

## **AS PLATAFORMAS DIGITAIS E OS RISCOS PARA A IDENTIDADE E AS OPÇÕES DE VIDA DOS USUÁRIOS: A CAIXA-PRETA DOS ALGORITMOS**

A economia digital centrada nos dados vem trazendo transformações em ritmo acelerado, sem a correspondente reflexão sobre as questões éticas e jurídicas envolvidas. Aliás, quando se fala em algoritmos, é forçoso reconhecer a dificuldade de se julgar algo que pouco se conhece.

Isso ocorre porque a economia movida a dados tem funcionado a partir de algoritmos que são verdadeiras caixas pretas, pois, salvo seus programadores e desenvolvedores, normalmente ninguém sabe ao certo como funciona o seu poder de ação e predição: nem os que os utilizam em seus negócios ou suas vidas nem aqueles que sofrerão as consequências da referida decisão.

Diante da inteligência artificial, o controle sobre os *inputs* e *outputs* dos sistemas torna-se ainda mais precário. De fato, se o próprio código está em constante mutação, não se sabe em que medida será possível compreender a relação entre *inputs* e *outputs*, ainda que haja auditoria e transparência.

É por isso que a experiência recente está permeada de casos em que as máquinas erram, sem que se saiba ao certo porque erraram. Basta lembrar os *flash crashes*<sup>28</sup> nas bolsas de valores e o caso Tay<sup>29</sup>. Por outro lado, mesmo quando acertam, é comum que não se saiba exatamente por que e como acertaram.

---

<sup>28</sup> EASLEY, David; PRADO, Marcos M. López; O'HARA, Maureen. The microstructure of the "flash crash": flow toxicity, liquidity crashed, and the probability of informed trading. *The journal of portfolio management*. v. 37, n. 2, pp. 118-128, 2011.

<sup>29</sup> HORTON, Helena. Microsoft deletes 'teen girl' AI after it became a Hitler-loving sex robot within 24 hours. *The Telegraph*. Disponível em: < <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/microsofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/> >.



Não seria exagero afirmar que a transferência de processos decisórios para máquinas e algoritmos, tal como vem sendo feita na atualidade, transforma-os em verdadeiros oráculos do nosso tempo, possibilitando que eles possam julgar, classificar e pontuar os cidadãos em verdadeiros *rankings* dos quais pode depender o acesso a empregos, seguros, crédito, dentre outros bens e serviços.

Basta lembrar que os programadores desses algoritmos podem transpor para eles seus próprios vieses e problemas cognitivos, os quais, diante da falta de transparência, não terão como ser objeto do devido escrutínio social, da crítica e do aprimoramento.

Em que pese a seriedade dos efeitos que tais decisões podem causar aos cidadãos, tudo isso vem ocorrendo sem os devidos cuidados, os quais, como bem pontua Andrew Ferguson<sup>30</sup>, deveriam envolver no mínimo (i) a possível identificação dos riscos que a tecnologia escolhida está tentando endereçar, (ii) a avaliação da idoneidade dos *inputs* do sistema - acurácia dos dados e adequação da metodologia -, (iii) a possibilidade de defesa dos *outputs* do sistema e de como eles impactarão as políticas em prática e as relações comunitárias, (iv) a possibilidade de testar a tecnologia, por meio das devidas *accountability* e transparência e (v) a reflexão sobre se o uso da tecnologia respeita a autonomia das pessoas que elas irão impactar.

Dentre os maiores fatores responsáveis por erros de julgamento ou análise está a questão da idoneidade da metodologia, bem como da utilização da estatística sem as devidas precauções. Nem sempre se atenta para o fato de que as estatísticas produzem muitas observações que parecem pedir por explicações causais, mas que não se prestam a tais explicações, até porque muitos dos fatos do mundo devem-se ao acaso, incluindo acidentes de amostragem.<sup>31</sup>

De forma convergente, Darrell Huff<sup>32</sup>, em seu famoso *Como mentir com a estatística*, mostra como a linguagem da estatística pode ser empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas, especialmente quando falta àqueles que a utilizam honestidade e conhecimento e aos leitores capacidade crítica para compreendê-las.

---

<sup>30</sup> Tais parâmetros são propostos por FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. Nova Iorque: New York University Press, 2017.

<sup>31</sup> O próprio Kahneman (Op.cit.), apesar de defender o raciocínio estatístico em diversas aplicações, reconhece também suas limitações e seus riscos.

<sup>32</sup> HUFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1968, p. 7.

Daí o cuidado que se deve ter com o que Darrell Huff chama de “estatística corrompida”, o que pode decorrer de inúmeras estratégias, tais como amostras pequenas ou com tendenciosidade embutida, médias bem escolhidas – que podem ocultar as desproporções entre os extremos da amostragem –, dentre inúmeras outras “técnicas”. É fundamental, portanto, que haja controle sobre os aspectos básicos de aferição da idoneidade da estatística, tais como quem a está apresentando, quais são as fontes, como a informação foi obtida, o que pode estar faltando na análise, dentre outros aspectos.

Todas essas precauções devem se juntar ao esforço indispensável para se distinguir correlação de causalidade, uma vez que mesmo altas correlações podem não ter nenhum significado do ponto de vista causal. Aliás, sobre o assunto, vale consultar o site *Spurious Correlations*<sup>33</sup>, que apresenta vários exemplos de correlações esdrúxulas, com altíssimos índices, como o de 99,79%, que corresponde à correlação entre gastos com pesquisa científica, espacial e tecnológica dos Estados Unidos e suicídios por enforcamento, estrangulamento e sufocamento.

A preocupação é especialmente relevante nos atuais tempos de “pós-verdades”, em que tudo pode ser aceito facilmente, ainda mais se estiver ancorado em um número, cuja presença por si só já se mostra suficiente para aumentar a confiabilidade da informação.

Tais aspectos mostram claramente que as mesmas limitações da racionalidade que justificam a utilização das estatísticas nos assuntos humanos podem ser utilizadas para deturpar e corromper as estatísticas, da parte de quem as elabora e as difunde. Igualmente se pode verificar que as limitações da racionalidade humana podem fazer com que as estatísticas sejam indevidamente compreendidas, tanto naquilo que pretendem demonstrar, como naquilo que muitas vezes procuram ocultar. Com efeito, não é raro que uma estatística seja utilizada para encobrir a realidade, destacando apenas um panorama parcial, normalmente a favor daquele a quem a estatística aproveita, a partir do qual se procura apresentar uma solução para o todo.

Embora tais problemas projetem-se sobre toda a economia movida a dados, potencializam-se nas plataformas digitais, diante do seu protagonismo e crescente poder de conexão. Diante da enorme quantidade de dados por elas coletadas, os seus algoritmos são capazes de fazer

---

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://tylervigen.com/spurious-correlations>>

juízos, classificações, *rankings* e diagnósticos a respeito dos usuários que, embora não necessariamente corretos, serão utilizados pelas próprias plataformas e também cedidos para os seus parceiros de negócios em uma infinidade de aplicações que estão fora do alcance da imaginação do cidadão comum.

Com efeito, não se tem nem mesmo como avaliar o potencial danoso de algoritmos que se baseiam em dados e correlações sigilosos e sem qualquer transparência, que podem ser incorretos ou falsos, e que ainda podem ser utilizados para lastrear correlações que não correspondem a causalidades e, o que é mais grave, a reproduzir correlações que podem ser frutos de discriminações e uma série de injustiças da vida social.

É por esse motivo que Cathy O’Neil<sup>34</sup> refere-se aos algoritmos como armas matemáticas de destruição, na medida em que, longe de serem neutros e objetivos, embutem em seus códigos uma série de decisões e opiniões que não podem ser contestadas, até porque não são conhecidas. Daí o seu potencial de destruição silenciosa, na medida em que podem basear seus julgamentos em preconceitos e padrões passados que automatizam o *status quo* e ainda podem ser utilizados para toda sorte de discriminações e violações de direitos.

A falta de transparência é reforçada quando se sabe que tais algoritmos são aperfeiçoados a partir da inteligência artificial, por meio da qual, com a aprendizagem de máquina (*machine learning*) e com as redes neurais artificiais, mais e mais algoritmos se desenvolvem independentemente, aprimorando a si mesmos e aprendendo com os próprios erros. Como bem resume Harari<sup>35</sup>, com a inteligência artificial, o algoritmo “segue o próprio caminho e vai aonde humanos nunca foram antes – até onde nenhum humano pode segui-lo”.

O estado de coisas descrito é inequivocamente gerador de riscos e perplexidades. Imagine-se um algoritmo desenvolvido para o recrutamento de pessoal em que os perfis ideais dos candidatos foram convertidos em fórmula a partir de uma grande base de dados. Não seria nenhuma surpresa que o algoritmo desse maior peso a homens brancos para altos cargos, pois são eles que, de fato, ainda ocupam a maior parte das melhores posições. Não seria surpresa igualmente que, mantendo-se os referidos

---

<sup>34</sup> Op.cit.

<sup>35</sup> HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã* [edição eletrônica]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

padrões sociais, os mecanismos de inteligência artificial atribuíssem uma crescente importância a tais aspectos no recrutamento. O grande problema de tal correlação é que ela obviamente não indica que homens brancos são melhores do que homens negros ou mulheres, mas reflete, na verdade, o resultado de aspectos culturais muito mais complexos, tais como a discriminação de raça e de gênero no mercado de trabalho.

Daí o fundado receio de que dados e correlações manejados por algoritmos possam estar sendo utilizados como veículos de manutenção de discriminações e injustiças, preservando os padrões do passado – ainda que equivocados – ao mesmo tempo em que comprometem as possibilidades do futuro em termos de desenvolvimento e emancipação social. E, o que é pior, na ausência de transparência quanto aos dados, critérios e correlações utilizados, os resultados práticos da aplicação de tais algoritmos computacionais podem ser insuscetíveis de um devido controle.

Essas questões já mostram que, quando se trata da economia movida a dados, o que está em jogo é muito mais do que a privacidade dos usuários. É o próprio futuro das pessoas que pode estar sendo definido pelos algoritmos, sem que se tenha a possibilidade de conhecer e criticar os dados e correlações que alimentam seus processos decisórios.

Sob essa perspectiva, para o adequado endecamento do problema, talvez não seja suficiente uma lei de proteção de dados, embora esta seja certamente uma das providências mais importantes nessa seara. Há que se acionar igualmente o Direito Constitucional, o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor para se avaliar como tais dados estão sendo efetivamente utilizados e se tal utilização está sendo compatível com as garantias e direitos dos cidadãos e dos consumidores.

Mais do que isso, há que se indagar sobre o grau e os mecanismos de transparência e *accountability* que se exigirão dos agentes empresariais que, a exemplo das plataformas, utilizam-se de algoritmos para compreender e categorizar usuários para os mais diversos fins, o que impacta na sua identidade pessoal – já que podem estar sendo definidos e classificados de forma equivocada – bem como nas oportunidades e opções de vida desses usuários, as quais podem estar sendo indevidamente restringidas em razão de diagnósticos equivocados.

Ainda há que se analisar um último e preocupante efeito da utilização dos dados pessoais: é que todo o conhecimento sobre os usuários ainda pode ser utilizado para, associado ao poder da comunicação e aos estudos da biologia, neurociência e psicologia, manipular as pessoas, bem como

tentar modificar suas crenças e opiniões, como se verificará no capítulo seguinte.

## **AS PLATAFORMAS DIGITAIS E OS RISCOS PARA A PRÓPRIA LIBERDADE: O NEGÓCIO DE INFLUENCIAR CONSCIÊNCIAS**

Por fim, resta ressaltar outra importante especificidade das plataformas digitais que tem repercussões importantes sobre os direitos de personalidade dos usuários: o fato de que, como aponta Jean Tirole<sup>36</sup>, tal modelo de negócios está inserido na chamada “economia da atenção” (*economics of attention*), o que traz importantes consequências para a sua estruturação, bem como para os riscos e os custos de transação das negociações respectivas.

A economia da atenção está relacionada a um dos maiores problemas da atualidade: a alocação de tempo e atenção das pessoas diante de uma miríade de atividades, negócios e relacionamentos possíveis. Nesse cenário, potencializado pelas facilidades trazidas pelo meio digital, os maiores custos de transação deixam de ser os tradicionais, como os de transporte, e passam a ser os de avaliar e escolher o que fazer ou adquirir e com quem fazer ou adquirir.

Como explica Tim Wu<sup>37</sup>, a atenção dos usuários tornou-se um dos maiores bens a serem disputados pelos agentes da economia digital. Quanto mais tempo as pessoas passam em determinadas plataformas, mais intensamente estarão submetidas à publicidade e à coleta dos seus dados, assim como mais suscetíveis estarão a estratégias que visam influenciar e alterar suas preferências e visões de mundo.<sup>38</sup> É por essa razão que Tim Wu sustenta que o verdadeiro negócio de muitas das indústrias da nova economia é influenciar consciências.

Vista a questão por esse ângulo, a tecnologia pode estar sendo utilizada contra aquilo que temos de mais precioso: a nossa individualidade. A partir do momento em que as máquinas conseguem nos conhecer melhor do que nós mesmos, podem utilizar nossas fragilidades para manipu-

---

<sup>36</sup> TIROLE, Op. cit., pp. 379-380.

<sup>37</sup> WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016.

<sup>38</sup> Ver: FRAZÃO, Ana. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

lar nossas emoções, crenças e opiniões para os mais diversos fins, inclusive políticos. Aliás, as eleições de Donald Trump e do Brexit ilustram bem tal preocupação.

Como bem afirma Castells<sup>39</sup>, a forma mais fundamental de poder é a de moldar a mente humana. No mesmo sentido, Martin Moore<sup>40</sup> destaca que as grandes plataformas adquiriram enorme poder de influenciar a ação coletiva e mesmo o voto das pessoas.

Ora, se a forma mais fundamental de poder em uma sociedade tecnológica e informacional é a capacidade de influenciar e manipular as pessoas, é fácil concluir que os principais riscos da nova economia vão muito além da violação à privacidade dos usuários, alcançando a própria liberdade e a identidade pessoal e, conseqüentemente, a cidadania e a democracia.

A preocupação sobre a regulação jurídica aplicável às plataformas digitais torna-se ainda mais grave diante daquelas que, em razão da posição dominante que já adquiriram ao longo dos últimos anos, são hoje conhecidas como gigantes ou titãs da internet. Como bem resume a *The Economist*<sup>41</sup>, tais agentes, longe de apenas competirem em um mercado, tornam-se crescentemente o próprio mercado, o que justifica o receio de que usem o seu poder para proteger e aumentar ainda mais a sua dominância, mesmo em detrimento dos consumidores, ainda mais quando as barreiras para a entrada nos mercados estão crescendo.

Prossegue a reportagem mostrando a necessidade de se ter muito cuidado com as concentrações e com o tratamento dos dados pessoais dos usuários. No que diz respeito aos dados, a ideia é assegurar aos usuários maior controle sobre suas informações, inclusive para o fim de torná-las disponíveis em tempo real para outras empresas, bem como se cogitar de instrumentos de compartilhamento ou cessão de dados com as demais empresas, ainda que de forma remunerada.

Em sentido próximo, recente reportagem do *Wall Street Journal*<sup>42</sup> acentua a dominância de vários desses agentes nos Estados Unidos, onde a Alphabet tem 89% do mercado de buscas, 95% de jovens adultos usam o Facebook e a Amazon responde por 75% das vendas de livros online.

---

<sup>39</sup> CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Tradução Vera Lucia Joyceline. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

<sup>40</sup> MOORE, Martin. *Tech Giants and Civic Power*. <https://www.kcl.ac.uk/sspp/policy-institute/cmcp/tech-giants-and-civic-power.pdf>. Acesso em 14.06.2018.

<sup>41</sup> THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. 20 jan. 2018.

<sup>42</sup> IP, Greg. *The antitrust case against Facebook, Google and Amazon*. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

As firmas que não são monopolistas são duopolistas, já que Google e Facebook absorvem 63% do gasto online no ano passado, Google e Apple proveem 99% dos sistemas operacionais de celulares, enquanto Apple e Microsoft ofertam 95% dos sistemas operacionais de computadores. Segundo a reportagem, muito se vem falando sobre a cisão de tais empresas, a exemplo do que já ocorreu com a Standard Oil e com a AT&T.

Artigo recente de Roger McNamee<sup>43</sup> retoma o alerta que Marc Andressen já havia dado em 2011, para advertir que os gigantes da internet estão engolindo a economia mundial. Alerta o autor para os dois principais tipos de riscos: (i) os relacionados aos usuários, considerando que plataformas como Facebook, Google, Amazon, Alibaba e Tencent usaram técnicas comuns em propaganda e cassinos para promover o vício psicológico; e (ii) os geopolíticos, considerando os danos que podem ser causados na esfera política – de que os casos Brexit e eleição presidencial norte-americana de 2016 são exemplos.

Isso mostra que tais plataformas agem em um cenário de alta concentração de poder, circunstância que agrava os riscos para a própria democracia, diante da perda do debate público, uma vez que a ideia de que os filtros dão aos usuários apenas o que eles querem tem o efeito de polarizar as populações, deixando os usuários suscetíveis a manipulações de todos os tipos e destruindo a legitimidade das instituições democráticas.

Todas essas questões mostram como os impactos das plataformas digitais, especialmente das gigantes, sobre a vida dos cidadãos é imenso e a tendência é a de aumentar. Embora a experiência mostre ser possível a existência de rivalidade entre plataformas em determinados segmentos – vendas de imóveis, atividades de turismo e sites de namoro –, em muitos casos não é o que está acontecendo. Na verdade, como explica Jean Tirole<sup>44</sup>, o modelo de negócios é propenso à formação de monopólios naturais em razão dos efeitos de rede e das economias de escala.

---

<sup>43</sup> MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

<sup>44</sup> TIROLE, Op. cit., p. 398.

Daí a necessidade de envidar esforços para saber qual é o ponto de equilíbrio entre os benefícios que decorrem do agigantamento de tais plataformas – notadamente as economias de escala e os efeitos de rede indiretos<sup>45</sup> – e os riscos e danos à concorrência e aos cidadãos e consumidores, especialmente quando analisados no médio e no longo prazo.

Como se procurou demonstrar ao longo do artigo, o que está em jogo, com o referido modelo de negócios, não é apenas a privacidade e o controle sobre os dados pessoais dos usuários, mas sobretudo a liberdade, a identidade pessoal, as oportunidades e perspectivas de futuro das pessoas e a própria manutenção da democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou destacar o crescente protagonismo das plataformas digitais na economia movida a dados, assim como alertar para o fato de que o seu *modus operandi* constitui verdadeira caixa-preta, cuja opacidade vem sendo tolerada em nome da defesa ingênua da inovação e de posturas que vão desde o determinismo tecnológico e a crença na “eficácia irracional dos dados” até a defesa explícita ou implícita de um utilitarismo superficial, construído exclusivamente a partir de estatísticas e probabilidades.

A partir da massa incalculável de dados coletados pelas plataformas digitais, são estruturados verdadeiros sistemas decisórios sem transparência, em relação aos quais não se pode verificar nem a veracidade e a acurácia dos dados (*inputs*) nem a idoneidade dos resultados (*outputs*), até porque os algoritmos são considerados segredos de negócios. Logo, sem ter acesso ao código, não há nem mesmo como se assegurar a suposta objetividade e neutralidade dos algoritmos, pois estes podem estar baseados em vieses e preconceitos, possibilitando a prática de ilícitos e discriminações, ainda mais se confundirem correlação com causalidade.

Não é difícil concluir que, nesse cenário, a coleta de dados e a sua utilização pelos diversos agentes da economia movida a dados, especialmente as plataformas digitais, vem colocando a personalidade sob um triplo

---

<sup>45</sup> Segundo Evans and Schmalensee (Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*. v. 667, 2008), estes são os maiores benefícios decorrentes da concentração de poder adquirida pelas plataformas.



risco: (i) a coleta em si dos dados, o que já seria preocupante do ponto de vista da privacidade e do controle dos dados pessoais; (ii) a utilização dos dados para a construção de informações a respeito dos usuários que, corretas ou não, podem causar diversos danos a estes conforme os fins a que se destinam e e (iii) a utilização dessas informações com o propósito de manipular os próprios usuários, para os fins mais diversos, inclusive políticos.

É urgente, portanto, que os recentes avanços sejam acompanhados da necessária discussão ética e jurídica, a fim de evitar que a tecnologia se torne, ela própria, o único regulador de comportamentos.

Não se pode admitir que a expansão da economia movida a dados e do modelo de negócios das plataformas seja feita às custas do comprometimento da liberdade e da individualidade das pessoas, bem como da democracia, criando-se verdadeira indústria de influenciar consciências sem nenhum freio.

Logo, a regulamentação da coleta e do uso de dados pessoais é apenas o primeiro passo de uma reflexão mais abrangente, que exige o enfrentamento de questões éticas e jurídicas relacionadas aos processos decisórios decorrentes da utilização crescente de algoritmos e os seus impactos sobre os direitos de personalidade dos cidadãos e sobre a própria democracia.

## REFERÊNCIAS

---

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Tradução Vera Lucia Joyceline. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform scale: how na emerging business model helps startups build large empires with minimum investment* [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

EASLEY, David; PRADO, Marcos M. López; O'HARA, Maureen. The microstructure of the “flash crash”: flow toxicity, liquidity crashed, and the probability of informed trading. *The journal of portfolio management*. v. 37, n. 2, pp. 118-128, 2011.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms* [edição eletrônica]. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*. v. 667, 2008.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition. The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. Nova Iorque: New York University Press, 2017.

FRAZÃO, Ana. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>. Acesso em 14.06.2018.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã* [edição eletrônica]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HORTON, Helena. Microsoft deletes ‘teen girl’ AI after it became a Hitler-loving sex robot within 24 hours. *The Telegraph*. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/microsofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/>>.

HUFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1968.

IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

KAHNEMANN, Daniel. *Thinking, fast and slow* [edição eletrônica]. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

LISSARDY, Gerardo. ‘Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída’, afirma guru do ‘big data’. BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>>. Acesso em 14.06.2018.

MAYER-SHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2008.

MCAFFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Machine, platform, crowd: harnessing our digital future*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2017.

MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

MINELLI, Michael; CHAMBERS, Michele; DHIRAJ, Ambiga. *Big data, big analytics: emerging business intelligence and analytic trends for today’s businesses*. New Jersey: Wiley, 2013.

MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy* [edição eletrônica]. Nova Iorque: St. Martin’s Press, 2016.

MOORE, Martin. *Tech Giants and Civic Power*. <https://www.kcl.ac.uk/sspp/policy-institute/cmcp/tech-giants-and-civic-power.pdf>. Acesso em 14.06.2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy* [edição eletrônica]. Nova Iorque: Crown, 2016.

OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). Acesso em 14 jan. 2018.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-sided markets: an overview*. Disponível em: [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf)> Acesso em: 29 jan. 2018.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*. v. 4, n. 1, pp. 990-1029, jun. 2003.

ROSS, Alec. *The industries of the future*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2016.

SCOTT, Mark. Google fined record \$2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*. 27 jun. 2017.

THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. 20 jan. 2018.

TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016.



# FAKE NEWS, EDUCAÇÃO MIDIÁTICA E PODER JUDICIÁRIO EM TEMPOS LÍQUIDOS

ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA<sup>1</sup>  
LUCAS GONÇALVES SIMÕES VIEIRA<sup>2</sup>

*“Consta no Google, no Twitter, no Face  
No Tinder, no Whatsapp, no Instagram  
No e-mail, no Snapchat, no Orkut  
No Telegram, no Skype”<sup>3</sup>*

*“Eu quero entrar na rede  
Promoverum de bate  
Juntar via Internet  
Um grupo de tietes de Connecticut”<sup>4</sup>*

*“Eu tô presona rede  
Que nem peixe pescado  
É zap-zap, é like  
É Instagram, é tudo muito bembolado  
O pensamento é nuvem  
O movimento é drone”<sup>5</sup>*

---

<sup>1</sup>Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela FD-UnB. Desembargador Titular, classe jurista, do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal – TRE/DF, biênio 2016-2018. Advogado.

<sup>2</sup>Professor de Sociologia da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Bacharel e licenciado em Ciências Sociais e graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

<sup>3</sup>Chico Buarque de Hollanda, em releitura contemporânea para regravação de sua canção “Dueto” (1977) no álbum “Caravanas”, de 2017.

<sup>4</sup>“Pela Internet” (1996), de Gilberto Gil. Releitura contemporânea da canção “Pelo Telephone”, considerada o primeiro samba gravado no Brasil (1917), de autoria de Donga e Mauro de Almeida.

<sup>5</sup>“Pela Internet 2” (2018), Gilberto Gil em releitura ainda mais contemporânea de sua “Pela Internet”, de 1996. 4 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Ementa: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A possibilidade de se coibir a disseminação de notícias falsas resguardando a liberdade de expressão. Discutir o papel da justiça diante das *fake news*, nesses termos, é tarefa urgente. O tema ganha relevo especial sob o ponto de vista da regulação da internet no Brasil. Importantes diplomas normativos recentemente aprovados ou em estágio avançado de discussão tocam a questão. O Marco Civil da Internet<sup>6</sup>, a Minirreforma Eleitoral de 2017<sup>7</sup> e a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>8</sup> são exemplos dessa onda de normatividade.

Numa era marcada pela globalização, a sociedade vê uma intensificação em seus processos de transformação. A essa intensificação, Zygmunt Bauman atribuiu o conceito de modernidade líquida, um estado social fluido no qual as relações entre as pessoas, as formas comunicativas, as carreiras profissionais, o amor e tantos outros elementos da vida em sociedade perderam seus caracteres mais rígidos, assumindo uma feição disforme e em constante mutação. Bauman aponta que “a informação agora flui independente dos seus portadores; a mudança e a reorganização dos corpos no espaço físico é menos que nunca necessária para reordenar significados e relações”.<sup>9</sup> É o tempo da velocidade das transformações e do consumo imoderado”.

## INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO EM TEMPOS DE FAKE NEWS

O conceito de *fakenews* carece de uma definição precisa. Fenômenos recentes – como as eleições estadunidenses de 2016<sup>10</sup>, o processo de saída

---

<sup>6</sup> Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Ementa: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

<sup>7</sup> Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017. Ementa: Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), como fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral.

<sup>8</sup> Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Ementa: Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

<sup>9</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, pág. 26.

<sup>10</sup> As controversas eleições presidenciais estadunidenses de novembro de 2016 colocaram as *fake news* na pauta da discussão política internacional. Jornais por todo o mundo noticiaram a suspeita de que a campanha republicana que alçou Donald Trump à presidência se valeu de notícias falsas disseminadas por meio de redes sociais.

da Grã-Bretanha da União Europeia também em 2016 – (o Brexit),<sup>11</sup> e, mais próximo à nossa realidade, a crise da vacinação contra febre amarela no Brasil,<sup>12</sup> no início de 2018, além das Eleições Gerais de outubro de 2018, destacam a dimensão lesiva da cada vez mais ágil difusão de *fake news*; ainda assim, elaborações até cínicas sobre o debate podem significar um risco à liberdade de expressão, como já delineado anteriormente.

Não se trata de um fenômeno novo. Desde o advento da imprensa e das demais formas de distribuição de informações, fatos ampliados, reduzidos ou descontextualizados, crônicas ficcionais com tom de verdade, sensacionalismos e tantas outras formas de manipulação informativa tiveram lugar nos meios de comunicação.<sup>13</sup> Informações brutas sempre exigiram filtros, checagens e interpretações adequados. O que há de novo é a progressão geométrica da rapidez com que os canais comunicativos operam e a possibilidade de o usuário/receptor transformar-se em emissor/distribuidor de informações (características maximizadas pela invenção da internet e pela popularização das redes sociais, fenômeno mais recente).

Se o fenômeno das *fake news* não é recente, o que faz dele ordem do dia em nossa vida pública e institucional?

O tortuoso caminho da comunicação – desde o emissor, o código, o canal até o receptor final – perpassa as próprias ideias de informação e de verdade: conceitos de natureza fluída, cada qual objeto de plural investigação acadêmica. Para os fins pretendidos nesse texto, considera-se que as categorias (i) informação, (ii) comunicação de massa e (iii) pós-verdade se apresentam numa imbricada relação de significação para o construto do conceito de *fake news* em sua feição hodierna. E é precisamente na formação contemporânea dessas categorias imbricadas que se vislumbra uma resposta para a pergunta desse tópico:

---

<sup>11</sup> A saída da Grã-Bretanha da União Europeia também chamou atenção do mundo para a questão da proliferação de notícias falsas que objetivavam influenciar o referendo que decidiu a questão.

<sup>12</sup> A Fundação Oswaldo Cruz, vinculada ao Ministério da Saúde, atenta à rápida disseminação de inverdades a respeito da vacina contra febre amarela, empreendeu um importante esforço institucional para combater as *fake news*. A Fundação produziu uma série informativa em seu site de notícias e veiculou vídeos e outros materiais sobre a febre amarela. Disponível em <https://agencia.fiocruz.br/divulgue-informacao-confiavel-febre-amarela-vacina-fracionada> (Acesso em 4.11.2018).

<sup>13</sup> Um interessante resgate do acervo do Jornal O Globo, veiculado no site do próprio jornal em outubro de 2017, trouxe fac-símiles de edições do diário impresso de 1934, 1978, 1989 entre outros anos, nas quais se noticia a circulação de boatos e informações manipuladas nessas épocas. O texto integral está disponível em <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/marca-da-era-trump-do-brexit-fake-news-abalar-am-cafe-do-brasil-nos-anos-30-21761730> (Acesso em 4.11.2018).



A noção de informação tem lugar na academia moderna a partir de Claude Shannon. Em 1948, ele definiu informação como uma mensagem enviada de umissor a um receptor<sup>14</sup>. Muitos autores se sucederam na tarefa dessa definição: o movimento foi de afastamento do caráter estático da definição de Shannon e assunção de uma compreensão mais recheada de condicionantes e significações com implicações nas mais diversas ciências, da linguística à biologia, da história à robótica. Robert Logan, professor emérito da Universidade de Toronto, se dedicou ao tema – narando no por menor essa evolução conceitual – em uma obra instigante intitulada “Que é informação?”. Nas primeiras páginas, ele sentencia: “(...) a definição de informação elaborada por Shannon, que é comumente usada em teoria da informação, só começa a arranhar a superfície desse fenômeno complexo.”<sup>15</sup> Aqui, considera-se a ideia de informação em sua dimensão cultural, segundo a qual, pensando nos termos de Clifford Geertz<sup>16</sup>, o organismo simbólico que é a cultura tem na informação seu elemento central. Para o autor, é a produção e a transmissão de conteúdos (informações) entre as gerações que constrói a cultura. Cultura que, por sua vez, possibilita que os indivíduos saltem do mundo da natureza para uma existência intelectual, emocional e política, identificadores do que o mundo jurídico denomina dignidade da pessoa humana, princípio insculpido em nossa Constituição Federal de 1988.

Quanto à categoria meios de comunicação de massa, partimos da ideia de que a internet realiza, na perspectiva histórica, a mais abrangente possibilidade comunicacional. Comunicação aqui entendida como o fim perseguido pelas liberdades de pensamento, de expressão e de acesso à informação, feixe de direitos no Brasil também protegidos pela Constituição Federal de 1988. Sociologicamente, interessa o efeito cognitivo das informações massificadas, ou seja, as informações que se dispersam em alta velocidade, atingindo um enorme contingente e formando um ponto de vista mais ou menos público. Nas palavras de Enric Saperas, esse efeito cognitivo é:

---

<sup>14</sup> SHANNON, Claude Elwood. *A mathematical theory of communication*. Bell System Technical Journal: 1948. Pp. 379–423.

<sup>15</sup> LOGAN, Robert K. *Que é informação?: a propagação da informação na biosfera, na simbologosfera, na tecnosfera e na econosfera*. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC – Rio, 2012. P. 23.

<sup>16</sup> GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. São Paulo: LTC, 1989.

[...] o conjunto das consequências da ação comunicativa, de caráter público e institucional, que incidem nas formas do conhecimento cotidiano (dos saberes publicamente compartilhados) que condicionam o modo como os indivíduos percebem, organizam-se e se relacionam com o mundo e a orientação de sua atenção para determinados temas, assim como sua capacidade de discriminação relativa aos conteúdos da comunicação de massas.<sup>17</sup>

Castells entende que a internet subverteu o caráter público e institucional trazido na citação anterior, possibilitando a autocomunicação de massa, do que podemos depreender o efeito cognitivo espelhado da massificação comunicativa; efeito tão conhecido entre nós e cujas matrizes não só se formam somente por usuários humanos, mas também por robôs.<sup>18</sup> Para ele:

Essa forma de comunicação surgiu com o desenvolvimento das chamadas Web2.0 e Web3.0, ou o aglomerado de tecnologias, dispositivos e aplicativos que ofereceu suporte à proliferação de espaços sociais na internet graças à maior capacidade de banda larga, *softwares* de código-fonte aberto inovadores e gráficos e interfaces de computador melhores, inclusive a interação avatar em espaços virtuais tridimensionais.

[...]

Assim, o YouTube e outros sites com conteúdo gerado pelos usuários são meios de comunicação de massa. No entanto, eles diferem da mídia de massa tradicional. Qualquer pessoa pode postar um vídeo no YouTube, com poucas restrições. E o usuário seleciona o vídeo ao qual deseja assistir e sobre o qual comentar a partir de uma enorme lista de possibilidades. É claro que existem pressões contra a livre expressão no YouTube, especialmente ameaças legais por violações de direitos autorais e censura governamental de conteúdo político em situações de crise.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> SAPERAS, Enric. *Os efeitos cognitivos da comunicação de massas: as recentes investigações em torno da comunicação de massas: 1970--1986*. Petrópolis, RJ: Asa, 1993. p. 31.

<sup>18</sup> Os robôs ou bots podem ser entendidos como titulares falsos de contas em redes sociais cuja razão de existir é a disseminação de conteúdos em massa, no mais das vezes *fake news*. O Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, que estuda os impactos globais da tecnologia, compilou alguns artigos de importantes veículos de comunicação para se compreender a ação dos bots na rede. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/oito-mat%C3%A9rias-para-voc%C3%AA-entender-bots-fake-news-e-m%C3%ADdias-sociais-6ef8b9401f39> (Acesso em 16.11.2018)

<sup>19</sup> CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. p. 116.

Como apontado por Aline Rezende Peres Osório em palestra<sup>20</sup> sobre as *fake news*, compreender a face atualizada das notícias falsas requer a assimilação do termo pós-verdade. Seu aparecimento e abrangência, no âmbito das eleições estadunidenses de 2016 e do Brexit, fizeram com que o dicionário Oxford<sup>21</sup> o elegeisse como palavra do ano de 2016. Segundo o dicionário:

*Post-truth, adjective. Relating to ordenoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief. 'in this era of post truth politics, it's easy to cherry-pick data and come to whatever conclusion you desire'; 'some commentator shave observed that we are living in a post-truthage'.<sup>22</sup>*

O termo esvazia de conteúdo a ideia de verdade no debate público – que já é bastante elástica. Nos eventos mencionados, informações sem nenhuma base fática ou científica circularam nas discussões públicas, ganhando força nas redes sociais e formando uma opinião coletiva dissonante das elaborações acadêmicas e mesmo estatísticas oficiais.

Assim, é na confluência desses três conceitos que identificamos o *locus* específico ocupado pelas *fake news* no cenário atual, muito embora, como já se documentou, notícias e informações falseadas e alteradas tenham sempre existido no espaço das ideias e da expressão das ideias nas sociedades modernas e contemporâneas.

Numa concepção técnica, uma forma de se definir *fake news* é precisamente distinguir sua ocorrência de outras situações comunicativas. O Conselho Europeu, órgão deliberativo da União Europeia, em relatório<sup>23</sup> sobre o tema, identificou três dimensões viciadas da informação: a desin-

---

<sup>20</sup> Palestra “Redes Sociais nas Eleições de 2018: o Desafio das Fake News” proferida no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, em junho de 2018.

<sup>21</sup> O *Oxford English Dictionary* é um dicionário publicado pela *Oxford University Press*, sendo considerado um dos mais conceituados dicionários da língua inglesa, constantemente atualizado.

<sup>22</sup> Pós-verdade, adjetivo. Relativo a denotar circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes para moldar o debate público ou a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais. ‘Nesta era da política pós-verdade, é fácil selecionar dados e chegar a qualquer conclusão que você deseje’; ‘alguns comentaristas observaram que estamos vivendo uma era pós-verdade’.

<sup>23</sup> European Comission: Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation. A multi-dimensional approach to disinformation (2018). Disponível em <https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/03/relatorio-fake-news-comissao-europeia-1.pdf> (Acesso em 18.11.2018)

formação (informação falsa deliberadamente criada para prejudicar pessoas, grupos etc.), a mal-informação (informação baseada em fatos reais, mas descontextualizadas) e a informação incorreta (informação falsa, mas resultante de equívoco ou negligência.). Com isso em mente, quais dessas dimensões devem ser reconhecidas como *fake news* e quais devem superar essa classificação?

Esse exercício é relevante pelo fato de que o mercado de ideias não se constitui somente de bom jornalismo, informações checadas e acertos isentos de valoração. No processo comunicativo podem haver equívocos, exageros com fins comerciais, juízos de valor, sátiras, etc. No mais das vezes, essas ocorrências não chegam ao grau mais nocivo da imprecisão informativa. Com essa preocupação, Claire Wardle, da Universidade de Harvard, também identificou algumas situações comunicativas que podem viciar a informação<sup>24</sup>: a sátira/paródia (entretenimento que pode enganar), a descontextualização (manchetes e fotos num sentido e conteúdo noutro), o conteúdo verdadeiro transmitido de forma enganosa, o conteúdo impostor (fontes verdadeiras usadas para disseminar informações de outras fontes), conteúdo manipulado (informações manipuladas para enganar) e conteúdo fabricado (conteúdo integralmente falso criado para enganar).

Cruzando essas duas classificações, podemos traçar um crescente de nocividade informativa, com as últimas categorias da professora Claire no extremo mais gravoso dessa linha. Definir *fake news*, como vimos, não é apenas um exercício complexo – é um esforço capital para o pleno trânsito de ideias numa democracia.

A partir das premissas teóricas propostas, considera-se – com a ressalva da transitoriedade de um entendimento ainda em formação e carente de acordo entre os especialistas –, na linha de distinções abordadas pelo Conselho Europeu e pela professora Claire Wardle e tendo em vista o compromisso da proteção à liberdade de expressão, que *fake news* são informações criadas e disseminadas, sobretudo por meio de plataformas digitais e redes sociais, com dolo ou resultantes de graves negligências, para prejudicar determinadas pessoas ou grupos ou influenciar processos legítimos de tomada de decisão.

---

<sup>24</sup> WARDLE, Claire. *Fake news. It's complicated*. First Draft News, 2017.

## EDUCAÇÃO MIDIÁTICA OU CONTROLE DAS NOTÍCIAS ‘FALSAS’?

Entre os meios mais comuns de disseminação de *fake news* estão as redes sociais. As redes mais usadas no Brasil são *WhatsApp* e *Facebook*,<sup>25</sup> além de outras como *Instagram* e *Twitter*. Aqui cabe uma importante distinção entre essas aplicações. Enquanto uma publicação no *Facebook*, *Instagram* ou *Twitter* (salvo configurações específicas de privacidade) é indexada, ou seja, pode ser pesquisada e acessada publicamente por outros usuários, sendo suscetível a comentários (e até denúncias) que possibilitam o contraditório e o debate, uma mensagem enviada no *WhatsApp* se restringe apenas aos polos da comunicação, limitando significativamente essa possibilidade de intervenção por parte de terceiros.

Assim, o primeiro desafio encontrado pela justiça para coibir a disseminação dos conteúdos que podem ser classificados como *fake news* diz respeito à identificação clara e precisa desses conteúdos, sobretudo sua origem. No entanto, essa identificação encontra barreiras quando os suportes dessas informações são aplicativos de trocas de mensagens pessoais, como o *WhatsApp* e o *Telegram*, uma vez que, criptografados, mesmo as próprias empresas fornecedoras do serviço não conseguem acessar os conteúdos que transitam em suas plataformas.

Quanto às demais redes, a identificação das páginas tem amparo no Marco Civil da Internet, em seu art. 19<sup>26</sup> e na jurisprudência<sup>27</sup> do Superior

<sup>25</sup> Segundo artigo da revista Valor Econômico, “Dos 116 milhões de pessoas que acessaram a internet no Brasil em 2016, 94,2% enviaram ou receberam mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos, o que inclui redes sociais, como Facebook, e programas de mensagem, como Whatsapp. A informação é do suplemento de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio Contínua (Pnad Contínua) do IBGE.” Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/5337837/ibge-942-dos-brasileiros-usam-internet-para-trocar-textos-e-imagens> (Acesso em 28.11. 2018)

<sup>26</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

<sup>27</sup> [...] 8. Quanto à obrigação de fazer - retirada de páginas da rede social indicada -, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo

Tribunal de Justiça (STJ), segundo os quais a *obrigação de fazer* consistente na retirada de páginas e conteúdos de sites e redes sociais, bem como a responsabilização dos usuários que criaram o conteúdo se condicionam à indicação da URL's (*Uniform Resource Locator*)<sup>28</sup> dessas páginas, um caminho simples e seguro de se localizar tanto os conteúdos veiculados quanto seus autores. Embora essa identificação seja possível, quanto mais repostado, *reblogado* e compartilhado um conteúdo, mais difícil encontrar sua matriz geradora.

A questão das *fake news* se amplia no âmbito da justiça eleitoral, como pudemos vivenciar nas eleições gerais de 2018. Nos deparamos, entre o registro das candidaturas e os dias dos pleitos, com expressões radicais e até casos de violência. Durante todo o ano de 2018, o TSE buscou caminhos para frear os ímpetos – cheios de pós-verdade – que fizeram das redes sociais uma indústria de informações mal-intencionadas sobre os diversos candidatos nessas eleições gerais, que certamente ficarão marcadas pelo momento agudo de polarização de ideias e crise sistêmica por que passamos ao menos desde as eleições gerais anteriores, de 2014.

O ministro Luiz Fux, quando do seu mandato na presidência do TSE, editou a Portaria nº 949, de 7 de dezembro, que instituiu o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, órgão multi-institucional formado por representantes da presidência e da vice-presidência do TSE, da Assessoria de Comunicação do TSE, do Ministério Público Eleitoral, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, da Agência Brasileira de Inteligência, do Comitê Gestor da Internet, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, da SaferNet Brasil, da Fundação Getúlio Vargas e do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional. Trata-se do primeiro diploma normativo brasileiro a usar a expressão *fake news*. Em seu artigo 2º, dispõe:

Art. 2º O Conselho Consultivo instituído por esta portaria funcionará junto ao Gabinete do Presidente do Tribunal e terá as seguintes atribuições:

---

praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor (...). (REsp 1512647/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 05/08/2015)

<sup>28</sup> Cada conteúdo da Internet possui um endereço eletrônico próprio (uma combinação única de letras, número e/ou caracteres) denominado Uniform Resource Locator. (Fonte: Manual de Localização e Especificação de Conteúdo no Facebook, impresso)

I - desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco das fake news e o uso de robôs na disseminação das informações;

II - opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE;

III - propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas. (Grifei)

Outro destaque – do período pós-criação desse conselho –, foi a assinatura de um termo de compromisso cujo objetivo era firmar “acordo de colaboração com os Partidos Políticos para manutenção de um ambiente eleitoral imune de disseminação de notícias falsas (*fake news*) nas Eleições 2018.”. Assinaram 31 dos 35 partidos em atividade no país.

Passada toda a campanha eleitoral, a manchete do Estadão, datada de maio de 2018, em seu portal online, segundo a qual a “Justiça Eleitoral não conseguirá combater ‘fake news’, dizem juristas”<sup>29</sup> parece ter se confirmado, o que faz pensar se de fato esse combate é incumbência do judiciário. Quando pôde, o tribunal determinou a retirada de conteúdos, via identificação por URL. Já desde um ponto de vista institucional e formativo, o TSE tem cumprido seu papel. Um acesso ao site<sup>30</sup> do TSE no dia do segundo turno das eleições retornou uma página inicial diferente da usual, com destaque para a questão das informações falsas.

A chamada da página leva a um guia oficial que faz as vezes de agência *fact-checking*<sup>31</sup> de matérias eleitorais. Entre outros assuntos, o TSE se pronuncia acerca da segurança das urnas eletrônicas, da anulação e da suspensão do voto. Numa espécie de linha do tempo, à esquerda, são desmentidas as notícias mais esdrúxulas sobre o pleito. Alguns exemplos são: “Códigos de urnas eletrônicas brasileiras foram entregues a venezuelanos”, “Voto anulado quando se vota só em presidente, votando-se em branco nos outros cargos”, “Diretor da OEA admitiu negociação para fraudar urna eletrônica” ou ainda “Incluir o número do candidato ao lado da assinatura permite confrontar os votos na urna”. Tudo a indicar que a as *fake news*

---

<sup>29</sup> Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-eleitoral-nao-conseguira-combater-fake-news-dizem-juristas,70002305072> (Acesso em 18.11.2018)

<sup>30</sup> [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br) (Acesso em 28.10.2018, 21h17)

<sup>31</sup> *Fact-check* é um verbo que significa, pela definição do Oxford Dictionary, investigar um assunto com o objetivo de verificar os fatos.

transitaram com liberdade nessas eleições, restando ao TSE uma atuação mais didática do que jurisdicional.

Do ponto de vista da jurisdição, o cuidado deve ser o da não interferência na disputa eleitoral, com a manutenção da paridade de armas entre os candidatos. Princípio que norteia a atuação de toda a Justiça Eleitoral. Durante o período eleitoral de 2018, o TSE, em acórdão da relatoria do Ministro Sérgio Banhos, consignou que o judiciário não pode agir de forma paternalista em relação ao eleitor. Estabelecido o contraditório no âmbito das próprias redes, deve-se pressupor a capacidade de o eleitor avaliar os conteúdos a que está exposto.<sup>32</sup>

Quanto mais se tenta lutar contra a dispersão de uma informação – seja ela verdadeira ou não – mais se chama atenção para sua existência. Sob todos os ângulos, pode-se afirmar que a judicialização das *fake news* chega a ser ineficiente, sendo adequada somente no sentido de garantir o direito de resposta e a ampliação do debate.

Em outras palavras, um dos maiores desafios dos judiciários contemporâneos é alcançar a velocidade com que se trocam dados na sociedade informacional que marca a existência humana nesse século XXI. Essa sociedade vive “um paradigma tecnológico baseado em tecnologias da informação”, como adverte Castells. A revolução comunicativa concebida pela internet reinventou nosso lugar no mundo: estamos em toda parte e, mais do que consumidores de informações, somos criadores e distribuidores de conteúdos.

Nesse sentido, uma possibilidade de resposta a esse intenso e desordenado fluxo informacional é uma educação digital que vise ao melhor aproveitamento do potencial informativo da rede. Se, de um lado, esse complexo cenário pode produzir desinformação, por outro, ele permite uma maior realização da liberdade de expressão – a maior expressão da liberdade, de acordo com um espirituoso *tweet*<sup>33</sup> de Carlos Ayres Britto – e eleva à máxima potência o seu tripé estrutural de direitos: o direito de informar, o direito de informar-se e o direito de ser informado sobre o que for e por quem quer que seja<sup>34</sup>. Pensar num controle judicial de *fake news*,

<sup>32</sup> TSE, Rp 0601820-69.2018.6.00.0000, Pel. Min. Sergio Silveira Banhos, j. 25.10.2018.

<sup>33</sup> “A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade.” Publicado no perfil pessoal do Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto (@ayres\_britto) em 10.8.2018. Disponível em [https://twitter.com/ayres\\_britto](https://twitter.com/ayres_britto) (Acesso em 3.11.2018).

<sup>34</sup> “Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica:



portanto, exige a cautela da proteção desse tão caro – porque conquistado a duras penas e por permitir a própria democracia – direito fundamental.

Por oportuno, registrem-se movimentações do legislador no sentido de se especializar a justiça criminal em matéria digital. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em 17 de outubro de 2018, um Projeto de Lei (PL 6832/2017)<sup>35</sup> que autoriza a criação dos Juizados Especiais Criminais Digitais – JECrim Digital, na tentativa de dar a necessária celeridade ao processamento das demandas criminais que acontecem no meio digital. O projeto, de autoria da Deputada Federal Laura Carneiro, segue para apreciação do Senado e, seguindo o Juizados Especiais Criminais, se pretende mais eficaz e célere do que os mecanismos da justiça comum na lida com os crimes cibernéticos. Entretanto, ressaltamos que mesmo a liminar concedida em 24 horas pode ter perdido objeto, haja vista a rapidez com que se disparam os conteúdos.

Outras discussões, como já aventado, apontam para uma saída interdisciplinar e multidualógica marcada pela atuação conjunta dos vários setores sociais – sobretudo aqueles ligados a uma educação midiática ou digital da população – e pela atuação cuidadosa do judiciário, considerados os desafios explicitados e o risco da censura e da licença, vedações constitucionais que desembaraçam o trânsito de ideias nos espaços públicos e privados.

A superação dos constrangimentos espaço-temporais tradicionais que, com o avanço da tecnologia, cada vez mais se tornam realidade, nos impõe graves desafios, inclusive na esfera jurídica. A ascensão de um ramo do direito chamado digital ou eletrônico não só se justifica como exige da comunidade jurídica uma atuação articulada, vanguardista, sociológica e mesmo filosófica na operação do direito.

---

liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, “versão 1997”).” Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe nº 208, publicado em 6.11.2009, página 46.

<sup>35</sup> Justificação do projeto: “(...) O Congresso Nacional tem contribuído, no âmbito normativo, para a luta contra a criminalidade digital. Em 2012, foi promulgada a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que tipifica os delitos informáticos e pune condutas como a invasão de dispositivo informático ou a Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública. Na mesma data foi promulgada a Lei nº 12.735, que tipifica condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, 3 digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares. O projeto de lei que ora submetemos à apreciação desta Casa se insere nesse esforço de dotar a ordem jurídica brasileira de melhores meios de combate à delinquência cibernética. Cientes da relevância de nossa iniciativa, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres Pares para a sua aprovação.” Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122943> (Acesso em 28.11. 2018)

Desse modo, pensarmos num controle judicial de *fake news* parece um tanto pretensioso e anacrônico. O signo do nosso tempo é a quadra formada pelos atributos velocidade, autonomia, conexão e espelhamento. Elementos refratários, por sua natureza, a qualquer atividade que pretenda controlar ou regular o espaço social em formatos tradicionais rígidos. O controle das *fake news* poderá levar a um quadro matematicamente impossível, pois para o judiciário responder às múltiplas ocorrências de viralização de informações falsas/alteradas/fabricadas na intensidade com que ocorrem, sobretudo em plataformas de uso individual criptografado, como o WhatsApp,<sup>36</sup> compreende-se que o controle judicial, ao menos em sua acepção punitiva/repressiva, não seja o caminho mais acertado para lidar com esse problema.

O combate às *fake news* está substancialmente ligado a uma cultura do pensamento crítico e da filtragem dos *terabytes* de informações que nos chegam de todos os lados e a todo momento. Precisamos formalizar e institucionalizar uma educação midiática ou digital de nossas crianças, de nossos jovens, de nossos adultos e de nossos idosos. Mais, o *fact-checking* deve se tornar um hábito automatizado, sobretudo quando as informações mobilizadas têm a força de traçar destinos. A mídia tradicional já tem dado passos nesse sentido, com agências *fact-checking* internas.

Finalmente, qualquer debate que envolva o trânsito de ideias deve considerar o preço da democracia. Na esteira de Luís Roberto Barroso,

*(...) a liberdade de expressão não é garantia de verdade ou de justiça. Ela é uma garantia da democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar ter de conviver com a injustiça e até mesmo com a inverdade. É o preço. Isso deve ser especialmente válido para os candidatos e políticos em geral. Quem não gosta de crítica, não deve ir para o espaço público.*<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> A criptografia aplicada às aplicações de mensagens assegura a inviolabilidade das mensagens e informações trocadas por meio dessas aplicações. O WhatsApp assim define a tecnologia: “A criptografia de ponta-a-ponta do WhatsApp assegura que somente você e a pessoa com que você está se comunicando podem ler o que é enviado e ninguém mais, nem mesmo o WhatsApp. As suas mensagens estão seguras com cadeados e somente você e a pessoa que as recebe possuem as chaves especiais necessária para destrancá-los e ler as mensagens. E para uma proteção ainda maior, cada mensagem que você envia tem um cadeado e uma chave. Tudo isso acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens.”

<sup>v</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito eleitoral*. Prefácio. In: OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 21.

## REFERÊNCIAS

---

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Marco Civil da Internet*. Brasília, DF, Planalto, 2014.

CAREY, Kelly. *Fake news: how propaganda influenced the 2016 election, a historical comparison to 1930's Germany*. Maryland: Kimberly Miller, 2017.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015

CRUZ, Francisco Brito; et al. *Direito eleitoral na era digital*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coords.).

*Propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. São Paulo: LTC, 1989.  
HOLLANDA, Francisco Buarque de. *Dueto*. Biscoito Fino: Álbum Caravanas, 2017.

JANKE, Robert W. & COOPER, Bruce S. *News literacy: helping students and teachers decode fake news*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishing Group, 2017.

LIMA, Glaydson de Farias. *Manual de Direito Digital: Fundamentos, Legislação e Jurisprudência*. Curitiba: Appris, 2016.

LOGAN, Robert K. *Que é informação?: a propagação da informação na biosfera, na simbolosfera, na tecnosfera e na econosfera*. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC – Rio, 2012.

MCINTYRE, Lee. *Post-truth*. London: The MIT Press, 2018.

MOREIRA, Gilberto Passos Gil. *Pela internet*. Gêgê Edições: Álbum Quanta, 1997.

\_\_\_\_\_. *Pela internet 2*. Gêgê Edições: Álbum OK OK OK, 2018.

NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. *Democracia Digital*. In: Reforma Política: Homenagem ao Ministro Celso de Mello (Org. Erick Wilson Pereira). Brasília: Conselho Federal OAB, 2017.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAIS, Diogo, Coord; FALCÃO, Daniel; et al. *Direito eleitoral digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SAPERAS, Enric. *Os efeitos cognitivos da comunicação de massas: as recentes investigações em torno da comunicação de massas: 1970--1986*. Petrópolis, RJ: Asa, 1993.

SHANNON, Claude Elwood. *A mathematical theory of communication*. Bell System Technical Journal: 1948. Pp. 379–423.

WARDLE, Claire. *Fake news. It's complicated*. First Draft News, 2017.



# A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIMINAL COMPLIANCE NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RELIGIOSA NO SISTEMA BRASILEIRO E A (IM) POSSIBILIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES RELIGIOSAS

BRUNO ESPÍNEIRA LEMOS E  
VICTOR MINERVINO QUINTIERE

**Palavras chave:** Direito; Religião; Igreja Católica; Organizações religiosas, Compliance, Direito Penal.

**Resumo:** O presente trabalho resumido, longe de pretender apresentar qualquer resposta definitiva, na realidade, tem a intenção de brindar o leitor com a análise relativa ao macro questionamento a seguir: é possível a aplicação do *compliance* no exercício da atividade religiosa, em especial da igreja católica, no Brasil? Para isso, respeitados os limites de um artigo científico, foram investigadas as origens da religião católica no Brasil, os regramentos jurídicos que tratam sobre organizações criminosas, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional, bem como as relações possíveis entre o Estado e religião a partir da leitura da Constituição Federal de 1988.

## THE (IN) COMPATIBILITY OF THE CRIMINAL COMPLIANCE IN THE EXERCISE OF RELIGIOUS ACTIVITY IN THE BRAZILIAN SYSTEM AND THE (IM) POSSIBILITY OF CRIMINALIZATION OF RELIGIOUS ACTIVITIES

**Key words:** Law; Religion; Catholic Church; Religious Organizations; Compliance, Criminal Law.

**Abstract:** The present work, far from intending to present any definitive answer, in fact, intends to offer the reader with the analysis related to the following macro question: is it possible to apply compliance in the exercise of religious activity, especially the Catholic Church, in Brazil? In order to do so, respecting the limits of a scientific article, the origins of the Catholic

*religion in Brazil were investigated, legal regulations dealing with criminal organizations, whether at the constitutional level or at the infraconstitutional level, as well as the possible relations between the State and religion at from the Federal Constitution of 1988.*

## **INTRODUÇÃO**

Diversos são os conflitos envolvendo religião e sob várias facetas jurídicas. Aqui foram examinados os questionamentos a seguir: i) é possível a comunicabilidade do direito com outros sistemas; ii) diante dessa (im)possibilidade, é possível definir critérios claros de comunicabilidade dos dois sistemas analisados (direito e religião)?; e iii) a (in) comunicabilidade dos referidos sistemas previne ou incentiva crises de graves consequências?

A partir desses questionamentos, é possível afirmarmos que o direito, de fato, é uno?

Ademais, seria adequado pensarmos no Estado-acusação, no âmbito do Ministério Público (Federal ou Estadual, a depender da natureza da infração cometida), ajuizando e julgando, por meio do Estado-Juiz, ações penais em face das próprias organizações religiosas e de seus membros?

Outra questão que surge: até que ponto a independência de instâncias (civil, tributária e penal), pode servir de justificativa para o desequilíbrio da relação Estado e organização religiosa em detrimento da própria natureza jurídica e respectivos bens tutelados nas áreas acima citadas?

Aos que procuram respostas, não prometemos nada. Aos que procuram inquietações, sejam bem-vindos.

## **1. ESTADO E RELIGIÃO NO BRASIL: DE ONDE VEIO E PARA ONDE VAMOS**

Não é o objetivo específico do presente estudo, seja por questões de ordem qualitativa, seja por conta de questões quantitativas, abordar a história integral de todas as religiões catalogadas mundialmente.

Diante disso, necessário expor o recorte no qual as reflexões a respeito da historicidade da relação entre Estado e religião se dará: implementação do catolicismo no Brasil, desde o período colonial, até os dias atuais.

Após a chegada de europeus à América do Sul, modificações surgiram

no modo de vida dos povos indígenas. Em resumo, antes dos colonizadores chegarem em *terrae brasilis*, os índios viviam livres, eram politeístas, trabalhavam para a subsistência diária e possuíam sua própria divisão do trabalho.

Após o início do processo de colonização, grande parte dos índios foi catequizada para que servisse às necessidades do povo colonizador. Neste aspecto entra uma das principais novidades relativas ao modo de vida do povo nativo, qual seja: implementação de crenças monoteístas diante da doutrinação católica.

Segundo o antropólogo Darcy Ribeiro:

De um lado, sociedades tribais, estruturadas com base no parentesco e outras formas de sociabilidade, armadas de uma profunda identificação étnica, irmanadas por um modo de vida essencialmente solidário. Do lado oposto, uma estrutura estatal, fundada na conquista e dominação de um território, cujos habitantes, qualquer que seja a sua origem, compõem uma sociedade articulada em classes, vale dizer, antagonicamente opostas mas imperativamente unificadas para o cumprimento de metas econômicas socialmente irresponsáveis. A primeira das quais é a ocupação do território. Onde quer que um contingente etnicamente estranho procure, dentro desse território, manter seu próprio modo tradicional de vida, ou queira criar para si um gênero autônomo de existência, estala o conflito cruento. (RIBEIRO, 1996, p. 169).

Não apenas naquela época como atualmente, Portugal é um país de maioria católica. Desde os primórdios lusos, a igreja influenciava de modo autoritário o rei, o monarca, em suma, o governante. Sobre a influência da igreja católica em Portugal no século XIX, Laurentino Gomes:

De todas as nações da Europa, Portugal continuava sendo, no começo do século XIX, a mais católica, a mais conservadora e a mais avessa às ideias libertárias que produziam revoluções e transformações em outros países. A força da igreja era enorme. (GOMES, 2007, pg. 58).

Passado, fatos, valores e normas, cuja confluência repercutiu nas constituições, leis e decretos ao longo da história brasileira, é possível notar que a influência da igreja católica permaneceu. Sobre a relação do Estado com a religião, tecendo comentários sobre as constituições de 1891 e 1924, Favoreto assim se manifesta:



“Em 1824, com o Brasil já independente, e algumas discussões não muito democráticas, foi outorgada a Primeira Constituição do Brasil. Tal Constituição instituía o catolicismo como religião oficial. A Constituição de 1891, que foi a primeira constituição republicana, definiu a separação entre Igreja e Estado. A religião católica deixou de ser a religião oficial. As eleições não ocorreriam mais dentro das igrejas, os cargos do alto clero (bispos, cardeais e etc) não sofreriam mais interferência do governo, a paróquia deixou de ser unidade administrativa (que antes equivalia a um município, ou distrito, comarca, vila). Foram criados os cartórios para registros de nascimento, casamento e morte. Esses registros eram até então de competência da Igreja Católica. Também foram criados cemitérios públicos onde poderia ser sepultada qualquer pessoa, independente de credo. O Estado também chamou para si a educação. A Igreja ficou bastante descontente com tal separação, acabando por incitar algumas revoltas, como a Guerra de Canudos” (FAVORTEO, 2018).

Na Constituição Federal de 1988 é possível identificar a influência da religião em alguns de seus trechos, senão vejamos:

1. No preâmbulo, há referência expressa a Deus;
2. O art. 5, VI, assegura a liberdade de crença;
3. O art. 5, VII, garante a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
4. O art. 5, VIII, assegura que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.
5. O art. 19, I, impossibilita que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios interfiram em cultos religiosos.

Ao se separar da Igreja, essa antes vista como religião do Império, o Estado acabou tendo que conviver com constantes conflitos, chegando a provocar crises de graves consequências.

Nesta perspectiva, diante dos conflitos envolvendo religião em várias facetas jurídicas, a seguir examinadas, os questionamentos que devem ser feitos, justamente com o intuito de gerar a reflexão do tópico a seguir, dizem respeito ao seguinte: i) é possível a comunicabilidade do direito com outros sistemas; ii) diante dessa (im) possibilidade, é possível definir critérios claros de comunicabilidade dos dois sistemas analisados (direito e

religião) no presente estudo?; e iii) a (in) comunicabilidade dos referidos sistemas previne ou incentiva crises de graves consequências?

## **DIREITO E RELIGIÃO: DA (IN) COMUNICABILIDADE DOS SISTEMAS AO DIREITO CANÔNICO NO BRASIL**

Evidentemente, não pretendemos com o presente artigo encerrar todo o debate existente acerca da comunicabilidade (ou não) dos sistemas. Portanto, para fins de referencial teórico, será abordada a obra de Niklas Luhmann.<sup>1</sup>

A teoria proposta pelo referido autor, em suma, parte dos pressupostos denominados “sistemas sociais” e “comunicação”, interligando tais noções com elementos próprios das ciências naturais e das ciências biológicas.

O macrossistema autopoietico, ou seja, aquele que é dotado de autor-referência e se modifica a partir de suas próprias bases internas, é responsável por formar a sociedade. Sobre o tema, Juliana Almenara Andaku explica que “a sociedade não sofreria influxos de outros sistemas, mas de sua própria base de formação. Os indivíduos seriam o entorno psíquico dos sistemas sociais” (ANDAKU, 2006).

A sociedade, com base em concepções próprias da biologia, sofre mutações de dentro para fora, ou seja, seus próprios elementos constituintes (legislação) se modificam com o passar do tempo, influenciando a tomada de decisões futuras que, também à sua maneira, influenciam na mudança das leis.

A palavra-chave que possibilita a renovação interna do sistema é comunicação. Neste sentido, Andaku menciona que “mediante a comunicação, diferentes subsistemas sociais espriam as influências de uns sobre os outros”.

A abordagem de Luhmann é ontológica, podendo ser exemplificada a partir da seguinte frase, senão vejamos: “o sistema existe”. Há, portanto, a superação da clássica dicotomia existente entre sujeito e objeto.

---

<sup>1</sup> Recomenda-se a leitura das seguintes obras para aprofundamento do tema: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, 2002. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, volumes I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

Na perspectiva do sistema proposto por Luhmann, dentro do sistema ocorre um fenômeno chamado de “redução de complexidade”<sup>2</sup> das informações, pois os atores sociais fazem um crivo de seleção das informações úteis ao sistema. Aqui reside importante constatação relacionada ao objeto do presente trabalho: até que ponto o Direito realiza, em face do direito canônico, a chamada redução de complexidade? Isso seria benéfico?

Quando Luhmann se refere ao termo “sistema, seu raciocínio alcança os chamados “subsistemas” sociais mais frequentes no desenrolar natural das sociedades, quais sejam: o direito, a religião, a economia, a política etc.

A correlação entre o sistema jurídico e a religião é o corolário do presente trabalho. Nesta toada, para Luhmann, não apenas os sistemas como também os subsistemas se retroalimentam segundo suas premissas próprias. A existência de cada subsistema depende de uma boa seleção (de sobrevivência) das informações que são úteis à sua continuidade.

Explicando a importância da teoria de Luhmann para a ciência jurídica, é destacado que o “Direito, sendo um subsistema social, depende da coerência de suas normas para sua sobrevivência”.

Desta premissa, surge a seguinte indagação: o tratamento dado pelo Direito ao exercício da religião, especificamente às organizações religiosas, seria coerente? Essa e outras indagações serão respondidas no decorrer do artigo.

## **Ingerência do Estado brasileiro na Igreja Católica a partir do ordenamento infraconstitucional**

Com o intuito de verificarmos a (in) coerência da interferência jurídica no desempenho das atividades religiosas no Brasil, somada à limitação qualitativa e quantitativa concernente ao presente estudo, serão abordadas as realidades jurídicas existentes em três prismas: direito civil, direito tributário e direito penal.

---

<sup>2</sup> Sobre o funcionamento da redução de complexidade, Andaku menciona que Essa redução de complexidade das informações decorre de um raciocínio binário que o próprio sistema faz internamente, a partir das informações oriundas do ambiente. Neste passo, Luhmann apoiou sua teoria no pensamento do matemático britânico Spencer-Brown, de modo a comparar o mecanismo da autopoiese com um programa de seleção de informações de modo binário: aceitação ou rejeição da ideia

## **contextualização normativa do tema e aspectos inerentes ao direito civil**

O art. 44, do Código Civil de 2002, trata das pessoas jurídicas de direito privado. Analisando o rol disposto no referido dispositivo, é possível concluir preliminarmente que o legislador não se ateve, com o detalhamento devido, às organizações religiosas.

Quantitativamente, o dispositivo citado não dedicou mais que o próprio inciso IV e o § 1º, do mesmo dispositivo, ao tema:

“Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos;

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

Nota-se que, ao contrário da atenção dada às associações e às fundações privadas, não houve por parte do legislador a definição do termo “organizações religiosas”.

Sobre a conceituação dispensada pelo ordenamento jurídico à organização religiosa, importante destacar, respectivamente, os diplomas normativos brasileiros e respectivas nomenclaturas, senão vejamos:

1. Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), no art. 9º, IV, *b*, utiliza a expressão “templo de qualquer culto”;

2. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 150, VI, *b*, utiliza a expressão “templo de qualquer culto”;

3. Código Civil e a Lei nº 13.019/2014 (esta que trata do marco jurídico das organizações da sociedade civil, especificamente em seu art. 2º, c) adotam o termo “organizações religiosas”;

4. O Acordo Internacional celebrado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 7.107/2010, que fixa o estatuto jurídico da Igreja Católica no país, utiliza em seu artigo 3º a expressão “instituição eclesiástica”.

Sobre esse último dispositivo, importante mencionar o seu inteiro teor, *in verbis*:

Art. 3º. A República Federativa do Brasil reafirma a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras, tais como Conferência Episcopal, Províncias Eclesiásticas, Arquidioceses, Dioceses, Prelaturas Territoriais ou Pessoais, Vicariatos e Prefeituras Apostólicas, Administrações Apostólicas, Administrações Apostólicas Pessoais, Missões Sui Iuris, Ordinariado Militar e Ordinariados para os Fiéis de Outros Ritos, Paróquias, Institutos de Vida Consagrada e Sociedades de Vida Apostólica.

§ 1º. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas mencionadas no *caput* deste artigo.

§2º. A personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas será reconhecida pela República Federativa do Brasil mediante a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato.”

As organizações religiosas têm relevância no dia a dia da nossa sociedade, seja em relação ao direito constitucional de crença, seja por meio do decisivo papel que tais entidades cumprem por meio de iniciativas caritativas próprias ou também graças a convênios celebrados com o Poder Público.

Tal importância é refletida na Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual atesta em seu art. 19 que está ressalvada, na forma da lei, a colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as organizações religiosas em favor do interesse público.

Independentemente da maior ou menor especificação do tema no ordenamento jurídico brasileiro, as organizações religiosas reúnem as seguintes características:

- a) são pessoas jurídicas de direito privado;
- b) não possuem finalidade lucrativa;
- c) possuem liberdade de criação, de organização, de estruturação interna e de funcionamento;
- d) têm como prerrogativa não poder ter negado pelo poder público o reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento; e
- e) podem dedicar-se a finalidades estritamente religiosas, mas também a elas é dado o direito de se dedicar a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social.

Patente, também, é que a motivação dos membros que constituem uma organização religiosa assenta-se no atendimento a um chamado de ordem sobrenatural e metafísica (religioso afinal), consoante à adoção de uma determinada missão apostólica, seja amparada por um determinado carisma proposto a uma vida religiosa, seja por meio da estrutura diocesana (isso evidentemente em relação à Igreja Católica), tudo com base nas respectivas constituições e diretórios.

Tomando por base o art. 3º do acordo celebrado entre o Brasil e a Santa Sé é possível verificar a referência expressa daquele diploma ao direito canônico como fundamento e como marco jurídico para o reconhecimento e a reafirmação da personalidade jurídica das instituições eclesiásticas.

Ou seja, cabe às instâncias competentes e ao Direito Canônico apontar quais devem ser consideradas as entidades formalmente vinculadas ao corpo institucional da Igreja. Todas e quaisquer instituições amparadas pelo direito canônico – e não apenas as citadas pelo Acordo – terão sua personalidade jurídica reconhecida pelo Estado, importante destacar.

Em tal perspectiva, mais do que pertencer ao gênero “organizações religiosas” previsto no art. 44, IV, do Código Civil, tais instituições eclesiásticas têm suas identidades insculpidas no próprio direito canônico, sendo, logo, vinculadas à Igreja Católica. Ou seja, o art. 3º do Tratado serve como norma especial em face do que disciplina a regra civil.

Portanto, considerando o reconhecimento que o Estado brasileiro dá à existência de organizações religiosas, e, mais ainda, às formas específicas de organizações religiosas católicas (instituições eclesiásticas), consoante

o direito canônico, somado à natureza de pessoa jurídica de direito privado, pode-se concluir que estas podem adotar a organização, estruturação interna e funcionamento que melhor lhe convier, inclusive e especialmente no que se refere aos seus membros consagrados (sacerdotes, religiosos, religiosas etc.).

## **Direito tributário**

Na perspectiva do direito tributário, dentre os vários conceitos e institutos existentes, as imunidades serão objeto do presente tópico.

Com previsão expressa na Constituição Federal de 1988, ao lado dos princípios, as imunidades aparecem como limitações ao poder de tributar conferido ao Estado, ou seja, dizem respeito às delimitações da competência tributária dos entes políticos.

Sobre o tema, Regina Helena Costa, define imunidades como sendo a “norma constitucional impeditiva da existência de competência tributária em relação a certas, pessoas, situações ou bens” (COSTA, 2006, p.24).

Márcio Pestana conceitua as imunidades da seguinte maneira:

Princípio da Imunidade Tributária é o feixe de valores jurídicos, depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações especificadas no Texto Constitucional. (PESTANA, 2001, p. 62).

O art. 150, VI, alínea ‘b’, da Constituição, enuncia a imunidade religiosa, proibindo que a União, Estados, Distrito Federal e municípios instituem impostos sobre os templos de qualquer culto.

Sobre o tema, importante consignar que a liberdade religiosa está circunscrita aos princípios fundamentais do art. 5º, VI e VIII, da Carta Política brasileira, revelando o seu *status* de cláusula pétrea, assegurando às religiões a garantia da não tributação.

Analisando a jurisprudência do STF sobre as imunidades tributárias de templos religiosos, alguns precedentes merecem destaque. No primeiro deles, consistente no RE 578.562, o STF decidiu que os cemitérios que substanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no art. 150 da Constituição, do Brasil, tornando

inviável, portanto, a incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana – IPTU.

No referido julgado, a conclusão foi alcançada com a premissa de que a “imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade do texto da Constituição, sobretudo do quanto disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, “b”.

Já no RE 562.351, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, da Constituição Federal de 1988 é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, em cujas lojas não se professa qualquer religião.

### **Direito penal e o criminal compliance**

De modo democrático, uma vez que incide sobre todos os ramos de atuação possíveis, o mundo empresarial brasileiro se vê diante de uma necessária mudança de paradigma consistindo na alteração do modelo reativo (remediação do dano causado) para um modelo preventivo, ou seja, o empresário indiscutivelmente deve analisar com bastante cautela suas manobras empresariais e administrativas com base em mecanismos de “*compliance*”<sup>3</sup>. Neste sentido a advocacia, especificamente a criminal, ganha relevância ao desempenhar o *criminal compliance*.

Para uma melhor compreensão do que se afirma, é crucial que analisemos a política criminal nacional em que a busca pela gestão de danos é cada vez mais acentuada refletindo-se, por consectário lógico, no ordenamento jurídico-penal (RIBEIRO, 2013, p. 1).<sup>4</sup>

A preocupação com a gestão de danos é vista, sob o prisma normativo, de forma exemplificativa, na Lei de Crimes Ambientais (lei nº 9.605/98), Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (lei nº 7.492/86) e na Lei dos Crimes Tributários e Contra a Ordem Econômica (lei nº 8.137/90).

---

<sup>3</sup> Neste sentido, ver Carla Rahal Benedetti e Claudia Barrilari em artigo intitulado *Criminal compliance previne responsabilidade penal*.

<sup>4</sup> Sobre o tema, Bruno Salles Pereira Ribeiro destaca que “a busca pela gestão de danos também é refletida na política criminal nacional e, por conseguinte, no ordenamento jurídico-penal, que, cada vez mais, incrimina condutas que antecipam a proteção do objeto tutelado com o fim de diminuir ao máximo o risco de dano aos bens jurídicos tutelados”.



Não somente no campo normativo é possível vislumbrar a análise do instituto do *compliance*, mas também no campo jurisprudencial, em especial, na análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Penal 470 em que, como é sabido, tal instituto serviu como subsídio para algumas condenações<sup>5</sup> (BOTTINI, 2013, p.1).

Entretanto, o foco do presente trabalho se refere ao *compliance* relacionado à Lei de Lavagem de Dinheiro<sup>6</sup> (lei nº 9.613/98) que no ano de 2012 foi alterada pela Lei nº 12.683/2012 e seus desdobramentos em relação à atividade desempenhada por organizações religiosas.

Em relação ao ordenamento então vigente é possível notar que a nova lei ampliou seu alcance, incluindo tanto pessoas físicas como jurídicas, tornando-se indiscutivelmente mais dura com aqueles que objetivam o lucro ludibriando o sistema jurídico e econômico.

Constando como uma de suas principais novidades, a nova lei define que todos os crimes previstos no Código Penal, ou seja, deixando de aplicar o rol taxativo de condutas prévias estabelecido na antiga lei, poderão ser considerados crimes antecedentes da lavagem de capitais que, somada à inclusão da ocultação do produto de qualquer crime, a torna mais próxima da legislação dos países signatários da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ou seja, mais rígida ao empresariado<sup>7</sup>.

Sob tal ótica, diante das características presentes na nova Lei de Lavagem de Dinheiro, merecedora inclusive de inúmeras críticas por parte de autores especializados<sup>8</sup>, surge o estudo da área intitulada mundialmente

---

<sup>5</sup> Neste sentido, apontando a importância do *compliance* Pierpaolo Bottini pondera que “assunto frequente nos cursos de administração e de gestão, a figura do *compliance* começa a mostrar seus contornos na esfera do Direito Penal, em especial após se citada inúmeras vezes na Ação Penal 470 como fundamento para algumas condenações.

<sup>6</sup> Destacadas as críticas que a lei vem sofrendo sob o ponto de vista jurídico oportuno trazer a lume ponderações de ordem contábil/administrativa, objetivando o instigante debate acerca da matéria. Em artigo intitulado “os impactos da implementação de controles internos, auditoria e *compliance* no combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil” Evelyse N. Chaves de Amorim, Maria Aparecida Cardozo e Ernesto Fernando Rodrigues Vicente destacam que “os reflexos do delito de lavagem de dinheiro são devastadores, tais como a instabilidade econômica, a impunidade dos criminosos poderosos, gerando descrédito na Justiça, sonegação fiscal, que desvia os recursos tributários necessários à manutenção das políticas públicas, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais”.

<sup>7</sup> Neste sentido, Cynthia Catlett em artigo intitulado “Lavagem de dinheiro”.

<sup>8</sup> Carla Rahal Benedetti e Claudia Cristina Barrilari, em artigo publicado no sítio eletrônico do “Conjur” ponderam que “quando se elege o bem jurídico econômico como objeto de tutela estatal seria mais adequado que a proteção se efetuassem por meio de medidas de cunho administrativo”. Mais adiante, com-

de “criminal compliance”. Antes, contudo, de analisarmos suas características e implicações no mundo jurídico importantíssimo se faz a análise prévia do conceito de ordem econômica.

Surgido na década de noventa, o termo compliance, originado do termo *comply*, representa ato ou procedimento em que se objetiva assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor (COIMBRA, 2010, p. 1).

Sobre a relação de direito e economia, a análise de tal relação sob a perspectiva de Vogel, Coimbra (2010, p.1) caracteriza o *compliance* como “conceito que provém da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica”.

Explicado o “gênero”, é possível dar importante passo no sentido de entender no que consiste sua espécie mais nova, o “*criminal compliance*”, esfera que a cada dia ganha maior destaque em publicações especializadas de todo o mundo<sup>9</sup> devendo gerar atenção redobrada tanto de advogados militantes como de futuros operadores do Direito.

Autores especializados procuram diferenciar, inicialmente, o estudo do *criminal compliance*, do Direito Penal Econômico, devendo ser observado, o rol de problemas que cada um desses ramos busca resolver (SAAVEDRA, 2011, p. 11).

Naquele sentido, a doutrina, analisando o conceito de *criminal compliance*, destaca que o surgimento de crimes econômicos e da persecução criminal sobre empresários e instituições financeiras consubstanciando-se, pois, apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente, surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades (ROTSCH, 2010, p. 614).

---

plementam “caso essa forma de tutela se mostrasse falha ou insuficiente o direito penal interviria como medida extrema”. Arrematam dizendo que “não é a opção do legislador pátrio que, cada vez com mais intensidade, tipifica um número cada vez maior de condutas, a irregularidade que talvez pudesse ser coibida no campo administrativo fica acobertada pelo severo manto do ilícito penal”.

<sup>9</sup> Aos que objetivam se aprofundar na área do *Criminal Compliance*, importante a leitura acerca das discussões sobre *compliance* na Alemanha, ver: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; GÖRLING, Herlmut; INDEREST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*. München: C.H. Beck, 2010; e ROTSCH, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samsom zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.

Com tais ponderações e, diferentemente do Direito Penal tradicional, que está habituado a trabalhar na análise *ex post* de crimes, ou seja, na análise de condutas que já violaram algum bem jurídico passível de tutela penal, o *criminal compliance* analisa o mesmo fenômeno sob a perspectiva *ex ante*, ou seja, a partir dos controles internos e das medidas capazes de prevenir a persecução criminal da empresa ou da instituição financeira (SAAVEDRA, 2011, p. 12).

Saavedra (2011, p. 12), sobre o tema, se posiciona no sentido de ser o *criminal compliance* “o estudo dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes”.

Dentro deste panorama o objetivo principal do *criminal compliance* é, em suma, o de diminuir ou reduzir os chamados “riscos *compliance*” (COIMBRA, 2010, p. 35).

Pois bem, com base no atual cenário econômico e nos conceitos até aqui explicados nota-se, conforme afirmado no início do presente trabalho que tanto o empresário individual como as instituições financeiras e as empresas de capital aberto devem constituir “*compliance officers*” que, na visão de grande parte da doutrina, “teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e de criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal” (SAAVEDRA, 2011, p. 12).

Os *compliance officers*, conforme orienta Saavedra (2011, p. 12), têm sido instituídos com o fito de investigar, por meio de documentação orçamentária e contábil, “potenciais criminosos” no ambiente de atuação da empresa.

Partindo-se de uma visão globalizada do Direito e seus respectivos temas, em âmbito internacional, tem-se discutido de maneira ampla sobre o dever de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes.<sup>10</sup>

É neste momento, realizada a análise do cenário político-criminal (em que houve o destaque, dentre as Leis pertinentes, da nova Lei de Lavagem de Dinheiro) que vive o Brasil, em sintonia com importantes conceitos, seja da área da economia (*compliance*) como também da área jurídica

---

<sup>10</sup> Na Alemanha, mais especificamente na decisão BGH Entscheidung von 17.7.2009-5 StR 394/08 houve condenação de um *compliance officer* por entenderem que, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional assume também uma posição de garante e, por isso, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância”.

(*criminal compliance* e *compliance officers*), levantando-se ainda ponderações oportunas acerca do panorama internacional é que surgem as inquietudes derivadas dos estudos e reflexões preliminares realizadas ao longo deste estudo.

Inicialmente, seria adequado pensarmos no Estado na autoria da ação penal (re) apresentado pelo Ministério Público (Federal ou Estadual, a depender da natureza da infração cometida), ajuizando e julgando, por meio do Estado-Juiz, ações penais em face das próprias organizações religiosas e de seus membros?

Voltando a Luhmann, o Direito, como um subsistema social, depende da coerência de suas normas para sua sobrevivência. Não se mostra coerente diante da organização religiosa como pessoa jurídica de direito privado, diante dos postulados constitucionais relativos à liberdade de manifestação do pensamento religioso, da não intervenção estatal na atividade religiosa, das imunidades tributárias e todas as normas e tratados próprios celebrados entre o Estado brasileiro e a Santa Sé, a possibilidade do seu enquadramento e de seus membros em delitos previstos no Código Penal ou em legislações extravagantes, no estrito exercício da atividade religiosa.

Isso porque, além da incorporação do Direito Canônico no Brasil, eventuais equívocos relativos à tributação, por exemplo, podem e devem ser solucionados administrativamente. O Direito Penal, dentre outros argumentos, para a consolidação da coerência sistêmica em Luhmann, deve ser visto como a última opção, cujo caráter de aplicação é subsidiário.

Ou seja, se na gestão da Igreja, conforme visto a respeito da disciplina do sistema normativo cível, não deve o Estado intervir, como podemos admitir tal intromissão em uma seara cuja indisponibilidade dos bens e consequências jurídicas são gravíssimas tanto para aqueles que respondem ao processo como para a manutenção da religião como um todo?

Evidentemente, não se está defendendo a imunidade absoluta no campo penal das organizações religiosas e de seus membros. Neste ponto, tomando-se por base o mesmo prisma de direito público inerente ao direito tributário, não deve ensejar consequências penais atividades relativas à gestão da Igreja como organização das despesas recebidas a título de dízimo, oferta ou qualquer outra forma legítima de doação.

Outra questão que surge é a seguinte: até que ponto a independência de instâncias (civil, tributária e penal), pode servir de justificativa para o desequilíbrio da relação Estado e organização religiosa em detri-

mento da própria natureza jurídica e respectivos bens tutelados nas instâncias referidas?

E mais. Como explicar o aparente paradoxo de uma imunidade tributária e penal, diante da sua natureza pública?

Nos parece correto, portanto, adaptando-se o brocardo popular, afirmar que “imunidade que dá para Chico, deve ser dada para Francisco” na medida da correlação do fato com a atividade religiosa.

Após esses questionamentos, de ordem preliminar, oportuno realizar o cotejo entre a atividade religiosa desenvolvida pelas organizações religiosas e programas de *compliance*. O programa de *compliance* tem suas características variadas de acordo com a pessoa jurídica e suas necessidades. Mas é possível observar algumas características em comum de acordo com Mateo G. Bermejo e Omar Palermo (PALERMO, 2013, p. 177):

- i. Gestão de Riscos;
- ii. Código(s) de conduta(s);
- iii. Lista exaustiva e exemplificativa dos limites de responsabilidade: fundamentação da responsabilidade da alta administração relacionada aos fins e procedimentos para a prevenção da criminalidade e de condutas anticorrupção e que atentem à concorrência, ao ambiente, às normas trabalhistas, societárias, regulatórias, dentre outras, bem como a responsabilidade de implementação de um órgão próprio que cuide do *compliance*;
- iv. Sistema de informação;
- v. Controle e avaliação interna e externa do programa;
- vi. Estrutura de incentivos eficazes para cumprir as normas.

As referidas características, quanto à aplicação, tornam possível o seguinte questionamento: como regulamentar o exercício de atividades derivadas da fé por intermédio da gestão de riscos, dos códigos de conduta, dos limites de responsabilidade da alta administração da cúria, do sistema de informação, do controle de avaliação interna e externa da atividade religiosa e da estrutura de incentivos eficazes para o cumprimento de normas?

As inquietações, conforme se pode notar, são muitas. Em suma, a regulamentação de um tema por demais específico como é o da fé, com todas as particularidades que tivemos o cuidado de explicitar, nos parece, em

um primeiro olhar, óbice intransponível para a efetivação de todo o programa de *compliance* nas organizações religiosas.

De toda forma, no atual estágio que vivemos, os escritórios de advocacia criminal aparecem, funcionando como ponto de encontro entre a regularidade normativa, as instituições, as empresas ou empresário individual, assim como os gestores públicos devendo instruir os seus clientes acerca dos cuidados e riscos que podem envolver suas operações.

## CONCLUSÃO

Diante dos conflitos envolvendo religião sob diversas facetas jurídicas, foram examinados os seguintes questionamentos: i) seria possível a comunicabilidade do direito com outros sistemas?; ii) diante dessa (in) possibilidade, seria possível definir critérios claros de comunicabilidade dos dois sistemas analisados (direito e religião) nos limites do presente estudo?; iii) a (in) comunicabilidade dos referidos sistemas preveniria ou incentivaria crises de graves consequências?

Quanto ao primeiro questionamento, foi demonstrada a comunicabilidade do direito com outros sistemas, seja por conta da teoria de Niklas Luhmann, seja por conta da série de normas brasileiras existentes sobre direito canônico e organizações religiosas.

No que diz respeito à segunda questão, em que pese o número de normas existentes tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, a condução das atividades religiosas por meio de aspectos metafísicos como a fé impossibilita, de modo pleno, a manutenção do equilíbrio entre as esferas constitucional, cível, tributária e penal.

Quanto ao terceiro questionamento, a comunicabilidade dos sistemas jurídico e religioso, quando desequilibrada, pode sim gerar as chamadas crises de graves consequências resultando, no mínimo, em insegurança jurídica tanto para os membros das organizações religiosas como para os fiéis e demais membros da sociedade.

A incoerência existente no tratamento dado à atividade religiosa nas áreas cível, tributária e penal torna possível questionar se, de fato, o direito seria uno ou se deve ser admitida a falta de paralelismo entre suas esferas.

Ao que nos parece, isso não é possível. Seja por conta do caráter analítico da Constituição Federal de 1988, seja por conta da coerência que regras

e princípios devem possuir dentro (e, por que não, fora) da Constituição, a criminalização da atividade religiosa revela-se verdadeiro contrassenso democrático, além de contrariar normas que regem a relação entre o Estado brasileiro e a Santa Sé.

O atual quadrante histórico da sociedade brasileira é assaz preocupante, quando se vê clamores por retorno de regimes de exceção, por punições severas sem preocupação com provas, em que meros indícios ou até simples suspeitas já sustentam condenações. O uso indiscriminado do sistema penal não nos parece o melhor caminho a ser adotado, em especial, quando se destrói uma complexa rede de proteção e garantias fundamentais que afastam a voracidade punitivista das agências estatais.

Nesta perspectiva, não nos parece cabível a persecução penal, seja qual for a esfera ou instância em face das organizações religiosas e de seus membros quando os atos foram realizados no transcurso da prática ou da gestão da atividade religiosa.

Outro aspecto possível de constatação diz respeito à independência de instâncias (civil, tributária e penal), como argumento incapaz de servir de justificativa para o desequilíbrio da relação entre Estado e organização religiosa em detrimento da própria natureza jurídica e respectivos bens tutelados nas respectivas esferas.

## REFERÊNCIAS

---

ALEMANHA, BGH *Entscheidung von 17.7.2009-5 StR 394/08*.

AMORIM, Evelyse N. Chaves de; CARDOZO, Maria Aparecida; VICENTE, Ernesto Fernando Rodrigues. *Os impactos da implementação de controles internos, auditoria e compliance no combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil*. Artigo publicado no XIII Congresso de Contabilidade e Auditoria em Portugal. doi: 10.4025/enfoque. V3i13. 15616.

ANDAKU, Juliana Almenara. *O Direito na teoria de Niklas Luhmann*. Disponível em:< file:///C:/Users/VICTOR-1/AppData/Local/Temp/01\_-\_o\_direito\_na\_teorias\_de\_niklas\_luhmann.pdf>. Acesso em: 26. jun. 2018.

BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia. *Criminal compliance previne responsabilidade penal*. Disponível em:< www.conjur.com.br>. Acesso em 26.set.2013.

BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. *La intervención delictiva del Compliance officer* in KULHEN, Lothar (ed). *Compliance e Teoria del derecho penal*, 2013. p. 177.

BOTTINI, Pierpaolo. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 27. set. 2013.

BRASIL. RE 578562, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-05 PP-01070 RTJ VOL-00206-02 PP-00906 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 334-340.

BRAISL. RE 562351, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 13-12-2012 PUBLIC 14-12-2012.

CATLETT, Cynthia. *Lavagem de Dinheiro*. Publicado no jornal “Correio Brasileiro”, em 09.set.2013.



COIMBRA, Marcelo de Aguar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2ª ed., revi. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 104

FAVORETO, Selma Regina Dias. *A influência da religião no direito*. Disponível em: < file:///C:/Users/VICTOR~1/AppData/Local/Temp/a\_influencia\_da\_religiao\_no\_direito.pdf >. Acesso em: 25.jun.2018.

GOMES, Laurentino. 1808. 1º Ed., São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito, volumes I e II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *A importância do criminal compliance*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acessado em: 03. set. 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2º ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, p. 614 e ss.

PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade Tributária*. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

SAAVEDRA, Giovani A. “Reflexões iniciais sobre criminal compliance” In Boletim IBCCRI. São Paulo: IBCCRI, ano 18, nº 218, p. 11-12, jan 2011.

# DIREITO URBANÍSTICO E SOCIEDADE DE RISCO: DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS

DAVI BELTRÃO DE ROSSITER CORRÊA<sup>1</sup>

**Resumo:** A proposta desse artigo é evidenciar a relevância do urbanismo e do direito urbanístico na concretização do modelo de cidades sustentáveis, com vistas à prevenção e mitigação de riscos. A atividade humana é geradora de perigos, em dimensões até maior que os desastres naturais, caracterizando um novo perfil de risco existente na modernidade. O fenômeno urbano ocorreu em momento bem anterior ao desenvolvimento da industrialização, mas teve impacto bastante inferior na geração de riscos do que o decorrente da revolução industrial, com o surgimento de novas técnicas produtivas, o crescimento da produção industrial e a geração de externalidades negativas. Nesse contexto, o urbanismo desponta como importante técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades, havendo uma nítida coincidência entre o Direito Urbanístico e a função pública do urbanismo, com o fito de controlar o desenvolvimento urbano e promover a gestão da cidade de modo sustentável. Conclui-se que a mitigação dos riscos criados e o direito coletivo à cidade devem ser alcançados dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social, o que inclui o direito a um meio ambiente sadio, ao desenvolvimento, à preservação e uso sustentável dos recursos naturais e à participação popular no planejamento e gestão urbanos.

**Palavras chave:** Sociedade de risco; Direito urbanístico; Cidade sustentável.

---

<sup>1</sup> Advogado Público do Banco de Brasília - BRB  
Centro Universitário de Brasília – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD, Brasília, 2018.

## INTRODUÇÃO

Na sociedade industrializada, a atividade humana resulta do conhecimento socialmente organizado e é geradora de perigos, em dimensões até maior que os desastres naturais, caracterizando um novo perfil de risco existente na modernidade<sup>2</sup>. O fenômeno urbano ocorreu em momento bem anterior ao desenvolvimento da industrialização, mas teve impacto bastante inferior na geração de riscos do que o decorrente da revolução industrial, gerada a partir da experiência inglesa, cujas consequências ainda não plenamente absorvidas e compreendidas.

Surgiram novas técnicas produtivas e novos hábitos de vida que propiciaram o crescimento da produção industrial e a geração de externalidades, uma componente do movimento de apropriação da propriedade pública e dos bens de uso comum do povo, revelando a importância do Direito Urbanístico para lidar com a modernidade e os riscos criados. Nesse contexto, o urbanismo desponta como importante técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades, havendo uma nítida coincidência entre o Direito Urbanístico e a função pública do urbanismo, com o fito de controlar o desenvolvimento urbano e promover a gestão da cidade de modo sustentável.

No Brasil, a ausência de um arcabouço jurídico marcou todo o período de crescimento rápido das cidades brasileiras no século XX, especialmente na segunda metade, gerando um descompasso entre a ordem jurídica e os processos socioeconômicos e ambientais. No Estatuto da Cidade brasileiro vigente, a ordem urbanística tem o sentido de ordenamento – conjunto de imposições vinculantes de ordem pública) – e de estado de equilíbrio a ser alcançado e preservado por todos os agentes envolvidos, com um espectro totalizante.

Um dos traços marcantes da sociedade de risco é a globalização das ameaças e o aumento de sua escala, com o risco oculto de catástrofes urbanas concretas, sem aviso prévio e sem distinção de classe social, uma vez que ricos e pobres se sujeitam às mesmas consequências nas tragédias. A seguir, serão apresentados alguns exemplos de riscos criados resultantes do processo de industrialização, para depois serem elencadas algumas considerações sobre algumas técnicas urbanísticas que

---

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 122.

pregam a sustentabilidade e o papel do direito urbanístico na realização de cidades sustentáveis.

## SOCIEDADE DE RISCO

A obra de Ulrich Beck que intensificou o debate acerca da sociedade de risco foi lançada em 1986, ano do acidente em Chernobyl, tragédia reveladora do potencial catastrófico da energia nuclear e sua aptidão para o extermínio.<sup>3</sup> A explosão de um dos reatores da usina nuclear em Chernobyl provocou a liberação de enorme quantidade de material radioativo na atmosfera, posteriormente depositado em uma grande área da Ucrânia, Rússia e Bielorrússia, na qual viviam cinco milhões de pessoas em 2006, sendo que 270.000 habitavam zonas classificadas pelas autoridades russas como áreas estritamente controladas, em virtude do alto grau de contaminação de cézio.<sup>4</sup>

No entanto, para Beck, a maior catástrofe industrial da história teria sido o acidente tóxico na cidade indiana de Bhopal,<sup>5</sup> em dezembro de 1984, quando vazaram toneladas de um gás tóxico usado na fabricação de pesticidas pela empresa americana Union Carbide, causando a morte direta de 3.000 pessoas e afetando a saúde de dezenas de milhares de indianos<sup>6</sup>.

Carson relata um outro episódio que ilustra o bem o risco comum ao qual estão sujeitas as populações do campo e da cidade. Em 15 de janeiro de 1961 no Rio Colorado, abaixo de Austin, no estado americano do Texas, foram encontrados peixes mortos no lago Town e, nos seis dias subsequentes, a onda de substância venenosa responsável pela matança da vida lacustre desceu rio abaixo por 320 quilômetros, contaminando a água que abastecia diversas cidades e matando uma grande

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 35.

<sup>4</sup> Organização Mundial de Saúde. *Health effects of the chernobyl accident and special health care programmes: report of the un chernobyl forum health expert group*. Burton Bennett, Michael Repacholi e Zhanat Carr (editores). Organização Mundial de Saúde: Genebra, 2006. Disponível em: <www.who.int/ionizing\_radiation>. Acesso em: 26 fev 2018.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 35.

<sup>6</sup> MUCHLINSKI, Peter. The right to development and the industrialisation of less developed countries: the case of compensation for major industrial accidents involving foreign-owned corporations. PELLET, Alain et SOREL, Jean-Marc (orgs.). *Le droit international du développement social et culturel*. Paris: L'Hermès, 1997, p. 237.

quantidade de peixes, até que as águas chegaram ao Golfo do México e foram lançadas no oceano.<sup>7</sup>

Na esfera urbana, o cenário não é diferente. Além das hipóteses já mencionadas, existem riscos específicos associados ao ordenamento urbano, como os desabamentos em morros, a ocupação de áreas impróprias, a falta de atenção dos entes públicos ao direito constitucional à moradia, a carência de serviços públicos essenciais para a viabilização da coexistência ordenada em sociedade, o caos viário, etc. Os desastres se repetem de forma cíclica, com mortes e sofrimento reiterando-se com regularidade nas grandes cidades brasileiras, pela ausência de enfrentamento adequado dos problemas. No entanto, o Direito Urbanístico pode ser um fator eficiente para a prevenção de catástrofes, pois dispõe de instrumentos que podem ser usados de maneira preventiva.<sup>8</sup>

Assim, é inegável a necessidade de atuação do Poder Público para assegurar o bem estar de seus cidadãos em face à sociedade de risco, com destaque para o papel do urbanismo na reformulação da interação entre o urbano e o rural e na consecução do equilíbrio necessário à manutenção de cidades sustentáveis.

## RISCO E URBANISMO

O fenômeno urbano ocorreu em momento bem anterior ao desenvolvimento da industrialização, com o surgimento das primeiras cidades há cerca de 5.500 anos, nos vales dos rios Nilo, Tigre-Eufrates, Indo Amarelo e Azul, onde habitavam antigas civilizações.<sup>9</sup> A proximidade dos rios é consequência da necessidade de uma fonte de água, elemento indispensável à vida das populações.<sup>10</sup>

Durante a Idade Média, as cidades passaram por um ciclo de despovoamento, com a adoção de um modelo feudal, baseado na agricultura de

---

<sup>7</sup> CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010, p. 130.

<sup>8</sup> BRASIL, Luciano de Faria. *O Direito Urbanístico na sociedade de risco*. Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 39-63, jan./jul. 2016, pp. 58-59.

<sup>9</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 34. O autor registra que dentre as cidades mais antigas estão: “Kisli, Nipur, Eridu, Lagash, no início do IV milênio; Ur e Uruk, no V milênio; Jericó a 5000 a.C.; Susa e Hierokompolis a 4000 a.C.; Troia a 3500 a.C.; Mohenjo-Daro a 3000 a.C.; Mênfis a 2850 a.C.; Assur a 2500 a.C.; e Anyang a 2000 a.C.”.

<sup>10</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, pp. 24 e 295.

subsistência e no trabalho servil, época em que o desenho urbano era claramente delimitado por muralhas edificadas em torno de castelos, igrejas, abadias, praças e vielas.<sup>11</sup> Com o fim da Idade Média, a população urbana volta a crescer e as cidades a expandirem.

A partir de então, a cidade apresenta condições necessárias para a era industrial: a) mão de obra abundante, com aumento da população diante da redução do índice de mortalidade; b) aumento da produção de bens e serviços produzidos pelo progresso tecnológico; c) intenso fluxo migratório dos camponeses para as cidades; d) surgimento de novos meios de comunicação, como estradas, canais navegáveis e ferrovias. Deste modo, o urbanismo contemporâneo surgiu a partir da necessidade de solucionar os problemas ocasionados pela Revolução Industrial, que despontou na Inglaterra do século XVIII, quando a população rural começou a migrar para as cidades e aglomerar-se de forma intensa e desordenada na urbe, acarretando o desenvolvimento de espaços precários, sem qualidade de vida.<sup>12</sup>

O impacto da revolução industrial gerada a partir da experiência inglesa foi sentido no mundo e suas consequências ainda não foram plenamente avaliadas. Surgiram novas técnicas produtivas e novos hábitos de vida que propiciaram o crescimento da produção industrial e elevaram o padrão de consumo, criando uma equação na qual o conforto do homem moderno tem como fonte a destruição do meio ambiente.<sup>13</sup>

Devido ao progresso econômico e social diversas indústrias acabaram instalando-se ao redor das cidades, nas quais havia disponibilidade de mão de obra, transporte e recursos financeiros, aumentando o risco na zona urbana e tornando a cidade mais poluída.<sup>14</sup> Apesar de ainda não existir naquela época o fenômeno da poluição acumulada em grandes magnitudes, Londres já enfrentava problemas urbanos e ambientais, como, por exemplo, o despejo dos esgotos em via pública.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 28.

<sup>12</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 28.

<sup>13</sup> MAZZILLO, Sergio. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Álvaro Pessoa (coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 189.

<sup>14</sup> MAZZILLO, Sergio. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Álvaro Pessoa (coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 190.

<sup>15</sup> MAZZILLO, Sergio. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Álvaro Pessoa (coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 190.

A urbanização rápida foi seguramente um dos maiores fenômenos globais do século XX e, em que pese o declínio das atividades industriais tradicionais que requerem a urbanização como suporte, as taxas de crescimento urbano vão continuar aumentando de maneira significativa no século XXI, sobretudo no contexto do mundo em desenvolvimento. Isso porque a cidade continuará sendo o palco da nova economia pós-industrial e da nova configuração econômica e financeira que já está sendo identificada no contexto do mercado global.<sup>16</sup>

Com o deslocamento das indústrias de risco para os países em desenvolvimento, em virtude da disponibilidade de mão de obra barata, os riscos extremos são transferidos para regiões de pobreza nas periferias das cidades de nações subdesenvolvidas.<sup>17</sup> Esse fato cria um ponto de conflito entre a população afetada pelo risco da industrialização e aqueles que transformam esses riscos em oportunidades de mercado e lucro.<sup>18</sup> Isso sem falar na queda dos preços dos terrenos adjacentes a usinas nucleares ou fábricas poluentes, uma vez que o perigo de acidentes químicos, tóxicos ou nucleares desvaloriza, ou até desapropria, os direitos de propriedade.

A ausência de soberania do indivíduo e sentimento de arbitrariedade resulta em um paradoxo sintetizado por Hermitte: o indivíduo não pode fugir aos efeitos da sociedade de risco, da qual não participa do processo decisório.<sup>19</sup> Varella utiliza a denominação governo dos riscos para caracterizar a ação pública ou privada voltada à gestão de riscos, destacando a existência de diferentes percepções individuais e do próprio governo sobre o risco dentro de uma sociedade.<sup>20</sup> Na seara urbanística, a percepção do risco e consciência pública também estão suscetíveis a variações, influenciada sobremaneira pelos sistemas peritos.

---

<sup>16</sup> FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, n. 2, out-nov 2005, p. 5

<sup>17</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 51.

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 56.

<sup>19</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco – uma análise de U. Beck*. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p. 17.

<sup>20</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico*. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p. 136-137.

Segundo Giddens, sistemas peritos correspondem a “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje.”<sup>21</sup> Esses sistemas influenciam as relações de confiança das pessoas nos processos realizados de maneira contínua, pois oferecem garantias às expectativas dos indivíduos, e servem de instrumento de controle acerca da produção do conhecimento técnico.<sup>22</sup>

Os interesses das empresas construtoras que exploram atividades de alto impacto ao meio ambiente e à saúde humana buscam elevar os critérios de cientificidade e reduzir ao mínimo o círculo dos riscos conhecidos, no intuito de obter uma concessão para a exploração da potenciação dos riscos com a homologação ou até o fomento estatal.<sup>23</sup> Como sintetiza Giddens “os riscos são na verdade criados por formas normativamente sancionadas de atividades.”<sup>24</sup> Por outro lado, a definição de um limiar de precaução não pode ser tarefa relegada a sistemas peritos estruturados e organizados por corporações voltadas unicamente para seus interesses econômicos.

A natureza socializada, para Giddens, consiste na modificação da relação entre seres humanos e o ambiente físico, com a transformação da natureza por sistemas de conhecimentos humanos.<sup>25</sup> O autor elenca sérios riscos ligados à natureza socializada: a radiação a partir de acidentes graves em usinas nucleares ou do lixo atômico; a poluição química nos mares suficiente para destruir o plâncton que renova uma boa parte do oxigênio na atmosfera; um “efeito estufa derivando dos poluentes atmosféricos que atacam a camada de ozônio, derretendo parte das calotas polares e inundando vastas áreas; a destruição de grandes áreas de floresta tropical que são uma fonte básica de oxigênio renovável; e a exaustão de milhões de acres de terra fértil como resultado do uso intensivo de fertilizantes artificiais.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 38.

<sup>22</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 39.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 2.

<sup>24</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 141.

<sup>25</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 140.

<sup>26</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 140.



A geração de todas essas externalidades é uma componente do movimento de apropriação da propriedade pública e dos bens de uso comum do povo,<sup>27</sup> revelando a importância do Direito Urbanístico para lidar com a modernidade e os riscos criados. Nesse contexto, o urbanismo desponta como importante técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades.<sup>28</sup> Dentre as diversas técnicas urbanísticas desenvolvidas para lidar com as implicações da urbanização ao longo dos séculos XIX e XX, serão abordadas três delas, pois relevante ao escopo desse artigo.

A primeira dessas técnicas urbanísticas recebeu o nome de cidade-jardim, de acordo com o teorizador inglês e autor dessa concepção urbana, Ebenezer Howard, em obra lançada no ano de 1898 com o título “*Tomorrow: A Peaceful Path to Real Reform*” e reimpressa quatro anos depois com novo título: “*Garden Cities of Tomorrow*”.

Partindo da observação directa da realidade inglesa, Howard pretendeu harmonizar o ambiente urbano com o rústico, através da vivenda unifamiliar rodeada de jardim, com a finalidade de superar o contraste entre a vida urbana (caracterizada pela existência de oferta de trabalho, facilidade de trocas e de tecnologia avançada, mas igualmente pela presença de um alto nível das rendas, falta de condições higiénicas adequadas, degradação de muitos bairros residenciais e pela poluição do ar) e a vida do campo (no qual os recursos ambientais não são correctamente utilizados, devida à deficiência ou à carência total de equipamentos, à pobreza e ao baixo nível dos salários).<sup>29</sup>

Outra técnica urbanística desenvolvida tendo em consideração a necessidade de contemplar um planeamento conjunto para os territórios urbano e rural foi designada regionalismo urbanístico. Os dois princípios sobre os quais se fundamenta essa concepção foram idealizados pelo escocês Patrick Geddes e seu discípulo americano Lewis Mumford e podem ser assim resumidos: 1) “é impossível controlar eficazmente o crescimento das cidades e o seu impacto sobre o território circundante se se tomar em consideração apenas o espaço estritamente urbano”; e 2) “a vida das

---

<sup>27</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano no direito ambiental brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 15.

<sup>28</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 27.

<sup>29</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 32.

idades não se confina à área urbana, antes se estende a todo o território de um município, de uma região e até de um país inteiro.”<sup>30</sup>

Para essa corrente, devem ser tomados em conta os fatores econômicos, culturais, históricos e geográficos que influenciam a cidade. O Plano de Nova Iorque de 1929 teria sido o primeiro a realizar essa ideia e o “*Town and Country Planning Act*” inglês de 1932 a consagrou de forma mais explícita.<sup>31</sup>

A terceira e mais recente técnica, cujo surgimento se deu na década de 80 do século passado, recebeu a denominação *New Urbanism* e as ideias do movimento foram discutidas no Congresso do Novo Urbanismo em 1993, que resultou em um manifesto conhecido como Carta do Novo Urbanismo.<sup>32</sup>

Outro movimento relevante, denominado *New Urbanism* (Novo Urbanismo), surgiu na década de 1980, inspirado nos padrões utilizados antes da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de resgatar a qualidade de vida e melhorar o relacionamento entre o homem e a cidade, num desenvolvimento sustentável de longo prazo, que procura analisar as repercussões dos instrumentos de intervenção urbanística nos planos social, ambiental e econômico. [...] As ideias do movimento estão consolidadas na Carta do Novo Urbanismo (de 1993), que se apoia no planejamento regional para áreas livres, a arquitetura contextualizada e o desenvolvimento equilibrado entre o trabalho e a residência, como estratégias que podem reduzir o tráfego, aumentar a provisão de moradias disponíveis e a oferta de trabalho. Tem como precursores o filósofo social e historiador Lewis Mumford, nos anos 50, e Jane Jacobs, autora de *A Morte e Vida de Grandes Cidades*, no início dos anos 1960.<sup>33</sup>

Apesar da existência de técnicas e estudos teóricos sobre urbanização sustentável, no Brasil, a ausência de um arcabouço jurídico marcou todo o período de crescimento rápido das cidades brasileiras no século XX, especialmente na segunda metade, gerando um descompasso entre a ordem jurídica e os processos socioeconômicos e ambientais. O paradigma civilista liberal clássico revelou-se insuficiente para lidar com todos

<sup>30</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 34.

<sup>31</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 35.

<sup>32</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 33.

<sup>33</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 33.

os espectros do fenômeno multidimensional de mudanças territoriais e transformação de um país predominantemente rural-agrário em urbano-industrial.<sup>34</sup>

## ESCOPO DO DIREITO URBANÍSTICO

No modelo da sociedade de bem-estar estruturada pela Constituição brasileira, o Poder Público assume a função irrecusável de minimizar o risco nos ambientes urbanos, por meio de um processo integrado de planejamento e gestão, no qual as premissas da ordem jurídica são definidas pelo Direito Urbanístico. Seja por meio da regulação legislativa ou mediante a regulamentação burocrática para definição de critérios para o crescimento urbano, a atuação pública se tornou imprescindível para a concretização ao direito à cidade sustentável e prevenção dos riscos da modernidade.

Assim, o Direito Urbanístico, tal como é conhecido atualmente, começa efetivamente a ter vez diante do avanço da legislação urbanística, com o surgimento da desapropriação, com a introdução de um sistema de planejamento, ou, ainda, por questões sanitárias das grandes cidades. [...] Na Inglaterra, em 1848, foi publicada a primeira regulamentação urbanística referente à habitação (*Public Health Act*). Em 1855, criam-se as administrações locais com a finalidade de melhorar a situação sanitária, com surgimento de novas leis para controle de água, esgoto, limpeza urbana e pavimentação, porém as providências são limitadas e parciais. Em 1901 é aprovada a primeira lei urbanística holandesa que obriga as cidades com mais de 10 mil habitantes a preparar um plano regulador geral, atualizado a cada dez anos.<sup>35</sup>

Há uma nítida coincidência entre o Direito Urbanístico e a função pública do urbanismo, com o fito de controlar o desenvolvimento urbano e promover a gestão da cidade de modo sustentável.<sup>36</sup> Diogo de Figueiredo apresentou uma noção peculiar sobre o assunto, pois entendia que o Di-

---

<sup>34</sup> FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, n. 2, out-nov 2005, p. 9

<sup>35</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 31-32.

<sup>36</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Qualidade de vida e princípios do direito urbanístico. Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Lilian Rose Lemos Rocha (coords.). *Urbanismo e saúde ambiental*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 8.

reito Urbanístico, afim ao Urbanismo e ao Direito, estaria inserido e seria uma espécie do gênero Direito Ecológico, sendo esse uma fronteira interdisciplinar entre Direito e Ecologia.<sup>37</sup>

Tal conclusão pressupõe, entretanto, que a ecologia é gênero do qual o urbanismo é espécie e, apesar de tal ideia estar fortemente conectada com a construção de cidades sustentáveis, prevalece a autonomia do Direito Urbanístico em relação ao Direito Ambiental ou Ecológico. Por outro lado, o fenômeno da urbanização, notadamente a decorrente do processo de industrialização, causou a degradação geral do meio ambiente e, sendo assim, a mitigação de riscos requer a salvaguarda e reabilitação do ambiente urbano.<sup>38</sup>

A doutrina portuguesa conceitua direito do urbanismo como o “conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização deste bem”, inclusive quanto às áreas agrícolas, florestais e de valorização e proteção da natureza.<sup>39</sup> A expansão do direito do urbanismo tem ocorrido sob a perspectiva qualitativa – para abranger a defesa do meio ambiente, a proteção e valorização das paisagens naturais, além da criação de zonas verdes – à medida que o direito ambiental direciona sua atenção para o combate à poluição urbana, à melhoria do ambiente construído e à implantação e recuperação dos espaços naturais na cidade.<sup>40</sup>

Neste momento, nunca é demais chamar a atenção para o fato de que o urbanismo, especialmente em países mais adiantados, se ocupa não mais do arranjo físico territorial das cidades, mas abrange, quantitativamente, um espaço maior (o território todo, englobando o meio rural e o meio urbano), e, qualitativamente, todos os aspectos relativos à qualidade do meio ambiente, que há de ser o mais saudável possível.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 54.

<sup>38</sup> CORDEIRO, António. *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 104.

<sup>39</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 45.

<sup>40</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, p. 77.

<sup>41</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 53.

Na legislação brasileira o objeto do Direito Urbanístico ao regular juridicamente o urbanismo é bastante amplo, inclusive com a superação das dicotomias “urbano x rural” e “cidade x campo”, para incluir as normas que regulam “a atividade urbanística (planejamento urbano, uso e ocupação do solo urbano) e a ordenação da atividade edilícia (zoneamento, licenças urbanísticas).”<sup>42</sup>

Com efeito, tudo que é relativo à fixação do homem em espaços habitáveis e que está ligado à geografia, à planificação e à construção nas cidades deve ser estudado pelo Direito Urbanístico. Esta visão integrada da cidade é acolhida pelo Estatuto da Cidade, que determina que o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo (art. 40, § 2º), tendo em vista a integração e a complementaridade entre as atividades urbanas e rurais (art. 2º, VII). [...] Há que se acrescentar ainda que até mesmo os espaços não habitáveis podem ser objeto de disciplina urbanística, como as áreas de preservação permanente, parques ecológicos, reservas ambientais, etc., pois é necessário definir como homem deve se portar sobre elas, ordenando e limitando as formas de ocupação e intervenção humana em todos os espaços do planeta.<sup>43</sup>

A cidade é fonte de produção intensa de resíduos e poluição, oriunda do lixo radioativo de reatores, laboratórios e hospitais, do lixo doméstico da população das cidades e povoados, e do lixo químico das fábricas. Podem ser acrescentados a essas fontes os sprays químicos indiscriminadamente utilizados em lavouras, jardins, florestas e campos, tornando mais complexa a função de abastecimento da cidade e preservação das nascentes de água<sup>44</sup>.

Para uma qualidade de vida sadia e bem-estar da população urbana, é indispensável o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A proteção e reabilitação do ambiente urbano têm implicações diretas na defesa do meio ambiente em geral e na redução dos riscos, sendo componentes essenciais à realização de cidades sustentáveis.

#### 4. DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS

Na esfera constitucional, a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e ga-

<sup>42</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 49.

<sup>43</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015, pp. 50-51.

<sup>44</sup> CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010, p. 47.

rantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*). Para a propriedade urbana, o cumprimento de sua função social tem como requisitos: a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, II e IV). Consta no texto constitucional ainda que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*).

O Estatuto da Cidade trata da regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único), em sintonia com as disposições constitucionais pertinentes. A citada lei federal prevê também a necessidade de adequar os objetivos do desenvolvimento urbano para privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral (art. 2º X) e a atribuição da União de legislar com vistas à cooperação dos entes federados em matéria urbana, para o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 3º, II).

O direito a cidades sustentáveis é assegurado pela legislação brasileira e também em documentos e manifestos internacionais. Ordem urbanística no Estatuto da Cidade tem o sentido de ordenamento – conjunto de imposições vinculantes de ordem pública – e de estado de equilíbrio a ser alcançado e preservado por todos os agentes envolvidos, com um espectro totalizante, em oposição ao individualismo do direito civil.<sup>45</sup> O objetivo da política urbana é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis.

---

<sup>45</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 54. O autor prossegue destacando a necessidade e possibilidade de equilíbrio entre as funções urbanas: “Ao assentar suas diretrizes gerais, o Estatuto expressa a convicção de que, nas cidades, o equilíbrio é possível – e, por isso, necessário. Deve-se buscar o equilíbrio das várias funções entre si (moradia, trabalho, lazer, circulação, etc.), bem como entre a realização do presente e a preservação do futuro (art. 2º, I); entre o estatal e o não-estatal (incisos III e XVI); entre o rural e o urbano (inciso VII); entre a oferta de bens urbanos e a necessidade dos habitantes (inciso V); entre o emprego do solo e a infra-estrutura existente (inciso VI); entre os interesses do Município e os dos territórios sob sua influência (incisos IV e VIII). O crescimento não é um objetivo; o equilíbrio sim; por isso o crescimento deverá respeitar os limites da sustentabilidade, seja quanto aos padrões de produção e consumo, seja quanto à expansão urbana (inciso VIII). Toda intervenção individual potencialmente desequilibradora deve ser previamente comunicada, estudada, debatida e, a seguir, compensada” (SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 54-55).

Por esse prisma é que se devem compreender os direitos subjetivos assegurados pelo inciso I do art. 2º (direitos à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer). O dispositivo não pretendeu outorgar esses direitos individualmente e em concreto, mas garanti-los como reflexo da obtenção do equilíbrio (da cidade sustentável). Em outros termos: a população tem o direito coletivo a uma cidade sustentável, o que deve levar à fruição individual das vantagens dela decorrentes.<sup>46</sup>

No âmbito internacional, a Carta Europeia dos Direitos Humanos nas Cidades<sup>47</sup> e a Carta Mundial do Direito à Cidade<sup>48</sup>, são documentos referenciais e que contemplam as bases do direito à cidade sustentável e a defesa dos interesses e necessidades dos seus habitantes, com destaque para o equilíbrio entre o interesse público e o social, de modo a garantir um uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do território.<sup>49</sup> A referida Carta Mundial do Direito à Cidade define o direito coletivo à cidade como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social, especialmente pelos grupos vulneráveis e desfavorecidos.

O direito à cidade inclui o direito a um meio ambiente sadio, ao desenvolvimento, à preservação e ao uso sustentável dos recursos naturais e à participação popular no planejamento e gestão urbanos. Para o manejo dos bens comuns naturais, patrimoniais e energéticos da cidade e entorno rural, é imprescindível a construção de uma política pública responsável sobre a água e o meio ambiente, sem privatização ou destruição indiscriminada das fontes geradoras desses bens.

---

<sup>46</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2011*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.

<sup>47</sup> Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 24 fev 2018.

<sup>48</sup> Disponível em: <[www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf](http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf)>. Acesso em: 24 fev 2018.

<sup>49</sup> SAULE JR, Nelson. *Direito à cidade: paradigma para a existência de cidades democráticas, justas e sustentáveis*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 13, n. 77, p. 51-60, set./out. 2014, p. 54.

## CONCLUSÃO

A construção de um modelo sustentável de sociedade e vida urbana impõe que todos os agentes envolvidos tenham uma conduta responsável quanto à utilização e preservação dos bens comuns naturais e dos bens culturais, de modo a preservá-los para a presente e para as futuras gerações.<sup>50</sup> Todavia, um dos traços marcantes da sociedade de risco é a globalização das ameaças e o aumento de sua escala, com o risco oculto de catástrofes urbanas concretas, sem aviso prévio e sem distinção de classe social, uma vez que ricos e pobres se sujeitam às mesmas consequências nas tragédias.

Assim, o direito coletivo à cidade sustentável deve ser alcançado dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social, e inclui o direito a um meio ambiente sadio, ao desenvolvimento, à preservação e ao uso sustentável dos recursos naturais e à participação popular no planejamento e gestão urbanos. Para conseguir alcançar esses objetivos e mitigar os riscos da modernidade, o urbanismo desponta como importante técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades, havendo uma nítida coincidência entre o Direito Urbanístico e a função pública do urbanismo, com o fito de controlar o desenvolvimento urbano e promover a gestão da cidade de modo sustentável.

---

<sup>50</sup> SAULE JR, Nelson. *Direito à cidade: paradigma para a existência de cidades democráticas, justas e sustentáveis*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 13, n. 77, p. 51-60, set./out. 2014, p. 54.



## REFERÊNCIAS

---

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL, Luciano de Faria. O Direito Urbanístico na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 39-63, jan./jul. 2016.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de direito urbanístico*. Juspodivm: Salvador, 2015.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Qualidade de vida e princípios do direito urbanístico. Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Lilian Rose Lemos Rocha (coords.). *Urbanismo e saúde ambiental*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010.

CORDEIRO, António. *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas*. Coimbra: Almedina, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental*, n. 2, out-nov 2005.

FIGUEIREDO, Diogo de. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Título original: *The consequences of modernity*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HERMITTE, Marie-Angèle. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco – uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p. 11-40.

MAZZILLO, Sergio. Proteção jurídica do meio ambiente. Álvaro Pessoa (coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981.

MCELDOWNEY, John F.; MCELDOWNEY, Sharron. *Environmental law and regulation*. London: Blackstone Press, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

Organização Mundial de Saúde. *Health effects of the chernobyl accident and special health care programmes: report of the un chernobyl forum health expert group*. Burton Bennett, Michael Repacholi e Zhanat Carr (editores). Organização Mundial de Saúde: Genebra, 2006. Disponível em: <[www.who.int/ionizing\\_radiation](http://www.who.int/ionizing_radiation)>. Acesso em: 26 fev 2018.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MUCHLINSKI, Peter. The right to development and the industrialisation of less developed countries: the case of compensation for major industrial accidents involving foreign-owned corporations. PELLET, Alain et SOREL, Jean-Marc (orgs.). *Le droit international du developpement social et culturel*. Paris: L'Hermès, 1997.

SAULE JR, Nelson. *Direito à cidade: paradigma para a existência de cidades democráticas, justas e sustentáveis*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 13, n. 77, p. 51-60, set./out. 2014.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano no direito ambiental brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2011*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

VARELLA, Marcelo Dias. *A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico*. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos, 2005, p. 135-162.

VARELLA, Marcelo Dias. *O tratamento jurídico-político dos OGM no Brasil*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). *Organismos geneticamente modificados*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 3-60.

# GÊNESIS AUTORAL – O ESTUDO DO CASO DA AUTORIA DA OBRA A GÊNESE, DE ALLAN KARDEC

EDUARDO LYCURGO LEITE

Nesse ano de 2018, completam 150 anos da 1ª edição da obra intitulada *A Gênese*, de autoria de Allan Kardec e, que compõe as obras básicas da codificação da doutrina espírita.

Juntamente com os festejos pelo 150º aniversário do lançamento de tal obra, retornou à discussão, como se fosse novidade, a alegação de uma possível adulteração ocorrida na obra, após o falecimento de Kardec e, portanto, sem a sua anuência, entre a 4ª (1868) e 5ª (1872) edições.

Essa discussão sobre a verdadeira autoria da 5ª edição não é nova, e, a bem da verdade, data dos anos 80 do Século XIX, quando, em edições das revistas *Revue Spirite* e *Le Spiritisme* foram publicados debates e acusações envolvendo Henri Sausse, Desliens e Leymarie, onde se colocava em dúvida a autoria kardeciana da 5ª edição de *A Gênese*.

Posteriormente, no início dos anos 2000, esse tema voltou à baila, quando Carlos de Brito Imbassahy, após consultar a terceira edição da obra no original francês, indicou que haviam alterações substanciais entre o original e a tradução feita para a língua portuguesa por Guillon Ribeiro; alterações essas que reputavam como verdadeiras adulterações, especialmente, porque, uma passagem que estava contida nas quatro primeiras edições da obra, não existia na 5ª e última edição – a passagem que tratava do desaparecimento do corpo carnal de Jesus Cristo do túmulo em que fora posto.

E, agora, vez mais, ensaia sua volta, com os escritos de Manuel Felipe Menezes da Silva Júnior e Auriney Uchôa de Brito, em texto intitulado “Alterações ou Adulterações de ‘A Gênese’, de Allan Kardec – uma abordagem jurídica”, em que sustentam que a melhor versão da obra de Kardec seria aquela contida na 4ª edição e não aquela a da 5ª edição, a qual é utilizada, usualmente, pela Federação Espírita Brasileira, para disseminar a doutrina espírita.

Em seu texto, Manuel Felipe Menezes da Silva Júnior e Auriney Uchôa de Brito, para afirmarem que a 4ª edição da obra seria a melhor versão da

obra de Kardec, tecem considerações acerca da 5ª edição e, mais especificamente, da legislação autoral vigente no Brasil no Século XX e da Convenção de Berna, o que nos parece ser um erro.

Uma análise da questão, feita à luz da legislação autoral francesa vigente à época dos fatos, nos permite concluir, de modo diverso; ou seja, que é perfeitamente plausível atribuir-se à Allan Kardec a autoria da 5ª edição da obra *A Gênese*.

## AH, ESSES HUMANOS

Na Bíblia, em Gênesis 1, 26 e 27, está escrito:

“26 E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.

27 E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.”<sup>1</sup>

No Livro Sagrado do Islamismo (Nobre Alcorão) encontramos:

“21 Ó humanos! Adorai vosso Senhor, Que vos criou e aos que foram antes de vós, na esperança de serdes piedosos.

22 É Ele Quem vos fez da terra leito e do céu, teto edificado; e fez descer do céu água, com que fez sair, dos frutos, sustento para vós. Então, não façais semelhantes a Allah, enquanto sabeis.”<sup>2</sup>

Assim como no catolicismo e no islamismo, os textos sagrados de outras religiões apresentam o ser humano como fruto da criação de um criador.

A opção do indivíduo em relação à religião – seja para aderir a uma, para duvidar, para não acreditar ou para rejeitar todas revela-se, ao fim, como um ato de fé. O indivíduo, baseado em suas crenças e convicções pessoais, opta por uma ou, por duvidar daquelas que existem, ou por não acreditar em nenhuma, ou, ainda, por não professar nenhuma fé, negando pressupostos religiosos ou da divindade. Qualquer caminho que a pessoa

---

<sup>1</sup> Bíblia Sagrada, Gênesis 1:26, 27.

<sup>2</sup> Nobre Alcorão, Suratu Al-Baqarah: 21, 22.

trilhe nessa que, ainda hoje, constitui uma das escolhas existenciais mais importantes da sua vida, revela-se como um ato de fé e, como tal, deve ser respeitado.

Por serem os livros sagrados obras baseadas em um postulado de fé, não é possível se questionar a opinião e crença/credo daqueles que acreditam que exista um criador ou que ocorra a sobrevivência da alma e que seja possível que espíritos daqueles que já não habitam mais esse mundo ou seres celestes<sup>3</sup> possam transmitir obras intelectuais aos que aqui ainda se fazem presentes, utilizando esses últimos apenas como canal ou veículo de transmissão de suas criações; assim como, também não é possível questionar a posição daqueles que não acreditam na sobrevivência da alma ou em outras formas de vida que não a terrena.

Ocorre que, independentemente da fé que o indivíduo profere, uma coisa não é matéria de fé: a própria existência do ser humano e a ação humana direcionada a fazer com que ele (ser humano) possa, um dia, arvorar-se como criador.

Não são as demonstrações históricas da vontade do homem em “querer brincar de Deus”.

Primeiro cruzou os mares; depois quis, e tentou até conseguir, voar; por último, inventou formas de produzir coisas, outrora, jamais imaginadas. Desde cedo, o homem demonstra querer transformar as coisas, criar seres e controlar tudo e todos, inclusive, o tempo.

Mary Shelley, ao escrever o seu romance de terror *Frankenstein* (1818), imaginou o dia em que o homem criaria e daria vida a uma criatura parecida com ele próprio.

Monteiro Lobato, autor de tantas estórias “infantis”, em meados do século passado,<sup>4</sup> em sua obra, demonstrava o quanto desejava que a humanidade pudesse evoluir e, um dia, reinventar o que a natureza criara:

– Mas que absurdo Emília, reformar a natureza! Quem somos nós para corrigir qualquer coisa do que existe? E quando reformamos qualquer coisa, aparecem logo muitas conseqüências que não previmos. A obra da natureza é muito sábia, não pode sofrer reformas de pobres criaturas como nós. Tudo quanto existe levou milhões de anos a formar-se, a adaptar-se; e se está no ponto em que está, existem mil razões para isso.

<sup>3</sup> *Urantia Foundation v. Maaherra*, 114 F.3d 955 (9<sup>th</sup> Cir. 1997).

<sup>4</sup> A referência é ao Século XX.

– Não acho! Contestou Emília cruzando os braços. A obra da natureza está tão cheia de ‘bissurdos’ como a obra dos homens. A natureza vive experimentando e errando. Dá cem pés à centopéia e nem um para as minhocas – por que tanta injustiça? Faz um pêssego tão bonito e deixas que as moscas ponham ovos lá dentro e dos ovos saiam bichos que apodrecem a linda carne dos pêssegos – não é uma judiação? [...] Quanto mais observo as coisas mais acho tudo torto e errado.

O diálogo acima, travado entre Visconde de Sabugosa e Emília, foi criado por Monteiro Lobato, ao escrever, em 1941, uma passagem de seu livro *Reforma da Natureza* da coleção de contos do Sítio do Pica-Pau Amarelo, e demonstra que, ao menos, no imaginário dos homens, há muito tempo, já existia o desejo de “corrigir” os seres vivos e os defeitos da natureza, ou seja, o desejo do homem em intervir na própria natureza, adaptando-a à suas necessidades.

O Século XX não passou em branco. Não tardou para a criatividade e inventividade humana dar origem aos organismos transgênicos ou geneticamente modificados, ou seja, reformar a natureza criando seres que nela não existiam.

Ainda, no curso do Século XX, inúmeras foram as obras de ficção científica, nas quais, imaginava-se o homem controlando o tempo. Na década de 60, criou-se um seriado de TV denominado *O Túnel do Tempo*, o qual retratava as aventuras de dois cientistas nas viagens no tempo que faziam utilizando uma máquina do tempo. Na década de 80, os filmes *Exterminador do Futuro* e *De Volta para o Futuro* foram lançados com enorme sucesso de bilheteria, os quais, posteriormente, teriam sequências igualmente bem sucedidas e retratando a possibilidade de se viajar entre o passado, o presente e o futuro, controlando o tempo.

E o que dizer dos aceleradores de partículas que foram usados para descobrir o Bóson de Higgs,<sup>5</sup> ou que são utilizados para recriar o Big Bang.

A banda Tokyo, a qual tinha por vocalista o cantor Supla (1985), gravou a música “Humanos”, cuja letra dizia:

“Esses humanos que circulam  
Pela cidade aí afora  
Eu não aguento, eles querem me conquistar  
Eu não aguento, eles querem me controlar

---

<sup>5</sup> Partícula elementar que dá massa a todas as outras.

Querem me obrigar a ser do jeito que eles são  
 Cheios de certezas e vivendo de ilusão  
 Mas eu não sou nem quero ser igual a quem me diz  
 Que sendo igual eu posso ser feliz.”<sup>6</sup>

O ser humano é voraz na sua busca por tornar-se criatura e criador e, quem sabe, controlar o tempo. O presente artigo, de certa forma, nos levará de volta ao passado, mais precisamente, ao início da segunda metade do século XIX, ainda que, necessariamente, não precisemos assumir o posto de criador ou controlar o tempo em si.

A literatura nos permite viajar pelo infinito da imaginação. E a literatura jurídica, vez por outra, nos impõe retornar no tempo para analisar fatos passados à luz das leis então vigentes. É esse o caso!

Há mais de um século, a doutrina espírita brasileira vem sendo disseminada com base na versão contida na 5ª edição do livro denominado *A Gênese* (1872), de autoria de Allan Kardec, o qual se insere no contexto das obras básicas da codificação da doutrina Espírita.

Ocorre que algumas pessoas que acreditam no espiritismo entendem que a 5ª edição da obra contém alterações, que são verdadeiras adulterações, em relação à 4ª edição da mesma obra, e teria sido editada, pela “primeira vez” após o falecimento de Allan Kardec (1869), de modo que, não se poderia afirmar que tais alterações teriam sido feitas pelo autor e que, portanto, não poderia ser utilizada para nortear a doutrina espírita.

Se pudéssemos viajar no tempo de volta ao passado, veríamos que, sob a ótica do Direito Autoral, não há qualquer inconsistência na perpetuação da publicação da 5ª edição da obra *A Gênese* como sendo de autoria de Allan Kardec.

## **KARDEC: FAMÍLIA E A OBRA “A GÊNESE”**

Parece ser, historicamente, incontroverso que Allan Kardec (pseudônimo de Hippolyte Léon Denizard Rivail) viveu na França, onde faleceu em março de 1869, deixando viúva a Sra. Amélie Gabrielle Boudet, com quem havia se casado em 1832 e quem o ajudava em seus estudos, tendo tido relevante participação na codificação e difusão da doutrina espírita, especialmen-

---

<sup>6</sup> Andrés; Supla; Bidi. Banda Tokyo. Álbum: *Humanos*. Música. *Humanos*. Epic Records: 1985.



te, após a morte de Kardec, porquanto assumira a gestão do Espiritismo. A Sra. Boudet faleceu em 1883. O casal não teve filhos, portanto, inexistiram herdeiros diretos.

A primeira edição da obra foi feita em 1868. Assim também o foram a segunda, a terceira e a quarta edições da obra, sendo que essa última foi editada e publicada pela editora *Librairie Internationale*, em 1868, portanto, antes da morte de Kardec, o que leva à presunção de que o mesmo teria, pessoalmente, autorizado tais publicações.

As quatro primeiras edições da obra “A Gênese” foram feitas todas no mesmo ano de 1868 e não há nelas qualquer indicação de que tivesse havido alterações entre si, o que é um indicativo de que o quantitativo de exemplares feitos para as três primeiras edições da referida obra esgotaram-se naquele mesmo ano de 1868, o que teria levado à quarta edição.

A edição da *Revue Spirite* (Revista Espírita) de setembro de 1868, trazia relato sobre o capítulo *Aumento e diminuição do volume da Terra* e publicação do texto *A alma da Terra*, que Kardec incluiria na revisão da obra *A Gênese*, e sairia apenas na 5ª edição.

Antes que o ano de 1868 termine, a editora *Librairie Internationale*, que fora a responsável pelas quatro primeiras edições de “A Gênese” vai à falência.<sup>7</sup>

Podemos dizer que, pouco tempo após o lançamento da 4ª edição do livro (1868), Allan Kardec desencarnou (31 de março de 1869) e sua esposa Amélie Boudet assumiu a gestão da disseminação da doutrina espírita.

Antes, porém, de falecer, Kardec deixa evidente o seu desejo de criar a *Librarie Spirite*, que passaria a editar, publicar e distribuir a *Revue Spirite* e as demais obras, incluindo-se, aí, *A Gênese*, tendo indicado o Sr. Bittard, antigo funcionário da falida editora *Librarie Internationale* como gerente da “*Librarie Spirite*”.

Em 1872 é lançada a 5ª edição do livro *A Gênese*, editada pela *Librarie Spirite* com a expressa referência de que ela havia sido “revista, corrigida e aumentada o que, claramente, indicava que ela trazia novos elementos não contidos nas quatro edições anteriores. Manteve-se, contudo, indicação de autoria para Allan Kardec.

Nos parece que tanto Allan Kardec quanto a sua esposa Amélie Boudet tinham a exata dimensão da importância das obras por aquele criadas, bem como dos direitos autorais que repousavam sobre elas.

---

<sup>7</sup> Revista Espírita (*Revue Spirite*). Março de 1885.

Isto porque, quando do lançamento da primeira edição da obra *A Gênese* faziam quase dois séculos que John Locke havia desenvolvido e apresentado a Teoria do Conhecimento e escrito e publicado o seu livro *Ensaio sobre o Conhecimento Humano*, de modo que as ideias de que a propriedade seria uma extensão da pessoa porque, assim como a pessoa humana, a propriedade seria inviolável e de que todo homem seria o único senhor de si mesmo, de sua vida, de sua liberdade e de suas posses, o que também incluiria a propriedade natural do autor de seu trabalho intelectual porque seria o resultado do seu esforço.<sup>8</sup>

John Locke sustentou a tese de que as pessoas têm um direito natural de propriedade<sup>9</sup> sobre seus corpos e, por terem tais direitos, também possuem direitos sobre as criações de seus corpos<sup>10</sup> e, por extensão, sobre

---

<sup>8</sup> LOCKE, John. *Na Essay Concerning Human Understanding*. Adelaide, Austrália: The University of Adelaide Library, 2015.

<sup>9</sup> Locke publica em 1690 o famoso “Ensaio Sobre o Governo Civil” movido pela revolta com os desmandos do Rei Tiago II que, seguindo os costumes da época, baseava-se num pseudo direito divino para cometer toda sorte de abuso. Tal Ensaio, de caráter anti-absolutista, busca destruir a doutrina do “direito divino”, considerada como “uma detestável invenção dos Stuarts e seus sequazes” (Maurice Barrès). Foi assim que Locke desenvolveu a tese de que seria a existência dos direitos naturais dos indivíduos no estado da natureza que iria protegê-los dos abusos do poder, incluindo, também a propriedade como forma de estender aos súditos da Coroa Britânica a possibilidade de virem a ser proprietários. As ideias de Locke exerceram grande influência sobre os fundamentos teóricos da revolução francesa. (vide SANTOS, Alexandre. *A Propriedade dos Meios Naturais de Produção*. Revista da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco, Ano 03, nº 1. Recife: Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino, 1994, p. 13)

<sup>10</sup> Ronald V. Bettig (*in Copyrighting Culture: the political economy of intellectual property*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1996) questiona o fato de se atribuir a teoria da proteção à propriedade intelectual Direito Natural à John Locke. Bettig desenvolve uma interessante análise do texto e das posições de John Locke elencadas no famoso texto “Ensaio Sobre o Governo Civil”, sustentando que ele ao tratar da relação entre trabalho e propriedade não se referia à propriedade intelectual e, por tal razão, não se poderia conceber tal propriedade como um direito natural. Aponta Bettig que em sua obra Locke não estendera a apropriação privada ao reino das invenções e criações literárias e artísticas; sustentando que provavelmente Locke ao desenvolver sua teoria de propriedade sobre o trabalho ou fruto deste não pensara nas criações intelectuais (do espírito). Segundo Bettig, os valores que Locke recebia pela publicação e venda de suas obras literárias não tinha para este grande relevância uma vez que não era com tais valores que ele vivia, mas sim, de suas propriedades (terras e imóveis) e das comissões que recebia do Estado. Ademais, Locke publicaria suas obras de um modo bastante peculiar, ou seja, anonimamente, deixando de lado as reivindicações de autoria em favor de considerações políticas e fazia isto para que não alienasse (corrompesse) seus aliados e amigos (vide ASCRAFT, Richard *in Revolutionary Politics and Locke's Two Treaties of Civil Government*. Princeton: Princeton University Press, 1986, p. 600).

Não coaduno com este posicionamento de Bettig, pois, em uma das mais relevantes passagens da obra de Locke, este afirma que os inventos e as criações intelectuais quando aplicada ao processo de apropriação da terra e da natureza faz aumentar o domínio sobre a propriedade privada do indivíduo. Ademais, o engajamento de Locke na vida política, durante o Século XVII, denota que ele estava diretamente envolvido na elaboração de normas que se destinavam a regular a concessão de privilégios (licenças) para imprensas (tipógrafos), o que comprova que ele consciente e explicitamente articulava o reconhecimento do direito

os frutos de seu trabalho<sup>11</sup>, ou, como afirma Radbruch, *um direito a proferir a última palavra acerca da coisa*.<sup>12</sup> Segundo o princípio do pensamento jusfilosófico de Locke, o trabalho, enquanto exercício da liberdade, seria fundamento da propriedade; desta forma, a obra intelectual seria objeto do mais autêntico dos direitos de propriedade – os direitos de autor.<sup>13</sup> Segundo Locke, no estado natural<sup>14</sup> não existe nenhuma lei ou norma estabelecendo direitos de propriedade ou concedendo a um determinado indivíduo o direito de comandar terceiros. Contudo, mesmo na concepção de Locke, existem deveres morais que limitam o comportamento de uns indivíduos para com os outros, deveres estes que, no entender de Locke, são impostos por Deus e podem ser estabelecidos por meio do discernimento racional. Esta noção reflete-se no que seria o elementar princípio de justiça, pelo qual a cada indivíduo devem ser reservados os frutos de seu trabalho, isto é, a propriedade sobre os objetos, que envolvam a sua prestação e algo de si próprio.<sup>15</sup> Esta justificativa pode ser resumida pela afirmação de que todo homem, enquanto criador espiritual, possui

---

natural de autoria, especialmente quando o Parlamento Inglês foi discutir, em 1692, a renovação da Lei que regulava a imprensa (*vide* CRANSTON, Maurice in *John Locke: a biography*. Londres: Longman, 1957, p. 368). É bem verdade que Locke, diretamente, não fez referência à propriedade intelectual, porém, esta relação entre o trabalho e a propriedade intelectual como um direito natural do criador pode ser depreendido de sua obra.

<sup>11</sup> Vide LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. [s.l.] Prentice Hall - Library of Liberal Arts, 1952, Capítulo 5.

<sup>12</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª e. Coleção Studium. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 268.

<sup>13</sup> CARVALHO, Orlando de. *Os direitos de personalidade de autor*. in *Um Novo Mundo do Direito de Autor?*, Vol. II. Lisboa: Direcção-Geral dos Espetáculos, Edições Cosmos, Livraria Arco-Iris, 1994, p. 541.

<sup>14</sup> O estado natural difere da sociedade civil porque aquele não necessita de juizes que interpretem as leis da natureza para resolver os conflitos entre os indivíduos, enquanto esta é formada porque as pessoas necessitam de autoridades que provejam segurança para os direitos naturais os quais não estão disponíveis no estado natural.

<sup>15</sup> Denis Borges Barbosa (*in Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI, Vol. 59, São Paulo: ABPI, Julho/Agosto de 2002, p. 16-39) nega a existência de um direito natural à propriedade intelectual, pois entende que esta (propriedade intelectual) decorre de elaboração legislativa, não resultando de direito imanente, anterior à legislação, *in verbis*: “Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do market failure é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da propriedade intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições legais a tais forças. Pois que a criação da propriedade intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior à tal legislação ...”

um direito natural sobre os frutos de seu conhecimento, de sua criação intelectual, ao produto de seu trabalho, decorrendo os direitos de autor da ordem natural das coisas. Essa concepção jusnaturalista e personalista de direitos influenciou a evolução dos direitos de autor na Europa e, em especial, na França.

Por certo, nem Allan Kardec, nem sua esposa, desconheciam essa visão jusnaturalista do direito de propriedade posta por John Locke, assim como, não poderiam desconhecer as leis francesas de proteção autoral posteriores à Revolução Francesa e que eram baseadas justamente nessa concepção jusnaturalista.

Kardec, enquanto vivo, assim como a maior parte dos autores, modificava seus textos, bem como, os revisava, corrigia e ampliava ou reduzia. Autores, com certa normalidade e frequência, modificam seus textos e obras. Isso é normal e faz parte do processo criativo.

Dentro do processo criativo, era possível e, perfeitamente plausível, que Kardec, a partir da publicação da 4ª edição da obra *A Gênese* (1868), tivesse preparado a 5ª edição, a qual teria sido revisada, corrigida e aumentada por ele próprio, para conter o “texto definitivo”. Todavia, a sua morte (1869) teria interrompido a distribuição dessa 5ª edição, que teria ocorrido algum tempo mais tarde sob a responsabilidade de Desliens, Bittard e Tailleur.<sup>16</sup>

## **A POLÊMICA SOBRE A AUTORIA DA 5ª EDIÇÃO DA OBRA A GÊNESE**

Por tratar-se de obra que está na base da codificação de uma doutrina religiosa, *A Gênese*, na versão de sua 5ª edição, parece, historicamente, estar fadada a questionamentos, os quais, estão baseados em verdadeiro “ato de fé”, ou seja, na crença acerca da autoria da obra póstuma.

Em 1883/1884, poucos anos após a morte de Kardec, Henri Sausse, supostamente biógrafo de Kardec e uma das primeiras pessoas a empregar a expressão “espiritismo kardecista”, após comparar o texto das quatro primeiras edições da obra feitas pela Librairie Internationale e lançadas enquanto Kardec ainda estava vivo, a partir do texto da 5ª edição da obra

---

<sup>16</sup> BARRERA, Florentino. *Resumo Analítico das Obras de Allan Kardec*. São Paulo: Madras, 2003, pp. 80-1.

feita pela Librairie Spirite, acusou Leymarie de ter feito alterações na referida obra, o que causou celeuma no meio espírita.<sup>17</sup>

Na edição de março de 1885 da *Revue Spirite*<sup>18</sup>, Desliens, que teria sido um dos responsáveis pela publicação da 5ª edição da “A Gênese”, procurou afastar as dúvidas acerca da autoria da mesma e afirmou que Kardec fora o autor de todas as alterações existentes naquela versão (5ª edição). Desliens visava, segundo suas palavras, “eliminar da família espírita uma causa de desunião.”

Ainda, em março de 1885, em carta endereçada à Sociedade Espírita de Paris, Desliens afirma que Kardec teria contratado com a editora Librairie Internationale a publicação das três primeiras edições da obra e que, ainda em 1868, teria autorizado também a 4ª, 5ª e 6ª edições, e que as matrizes dessas três últimas edições serviriam para as edições de 1869 à 1871. Em tal carta, Desliens sugere que fora Kardec quem fizera as alterações nas matrizes.

Ocorre que, após a publicação da 4ª edição da obra *A Gênese* (1868), ainda em 1868, a editora Librairie Internationale faliu, o que justifica a publicação da 5ª edição, apenas em 1872, pela editora idealizada por Kardec, a “Librairie Spirite”.

No início do Século XX, Guillon Ribeiro traduz a obra *A Gênese* para a língua portuguesa e o faz a partir da 5ª edição da obra de Kardec.

No início dos anos 2000, Carlos de Brito Imbassahy, após consultar a terceira edição da obra no original francês e compará-la com a tradução de Guillon Ribeiro para a 5ª edição, indica que haviam alterações substanciais entre o original e a tradução feita para a língua portuguesa; alterações essas que, reputavam como verdadeiras adulterações, o que lançava dúvidas sobre a disseminação da doutrina espírita com base nessa tradução.

Considerando que a obra “A Gênese” encontra-se em domínio público<sup>19</sup>, em 2007, a editora Centro Espírita Léon Denis (também denominado de Léon Denis Gráfica e Editora), publicou a tradução da referida obra feita por Albertina Escudeiro Sêco, afirmando ser essa baseada na quarta edição de 1868 - publicada pela Librairie Internationale. A despeito dessa afirmação, a referida edição também contém a indicação de que foram

---

<sup>17</sup> DELANNE, Gabriel. *Jornal Le Spiritisme*, 1884.

<sup>18</sup> *Revue Spirite* (Revista Espírita), 15 de março de 1885, n. 6, ano 28, p. 171.

<sup>19</sup> porquanto, sob qualquer ótica, já transcorreu o prazo de proteção autoral das obras criadas por Kardec, uma vez que este faleceu em 1869; prazo este, que, na Lei de Direitos Autorais brasileira vigente desde 1998, é de 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor.

feitas alterações no texto original de Kardec sob o pretexto de “atualização” (“revisão técnica, atualização de conhecimentos em geral e de termos técnico-científicos, ampliação ...”, tal como consta da ficha catalográfica da obra editada pela Léon Denis).

Em 2018, Manuel Felipe Menezes da Silva Júnior e Auriney Uchôa de Brito, divulgam o texto intitulado “Alterações ou Adulterações de ‘A Gênese’, de Allan Kardec – uma abordagem jurídica”, em que sustentam que a melhor versão da obra de Kardec seria aquela contida na 4ª edição e não aquela da 5ª edição, a qual é utilizada, usualmente, pela Federação Espírita Brasileira, para disseminar a doutrina espírita.

Em suas alegações, sustentam, equivocadamente, com base na legislação brasileira autoral do Século XX, mais especificamente, nas Leis nºs 5.988/1973 e 9.610/1998 e na Convenção de Berna, que a autoria da 5ª edição não poderia ser atribuída a Allan Kardec.

## DO PAÍS DE ORIGEM DAS OBRAS DE KARDEC

A autoria de uma obra, assim como a propriedade sobre ela, se estabelecem de acordo com as regras existentes no país de origem da mesma no momento de sua criação ou de sua publicação/divulgação, ou seja, no mesmo momento em que os Direitos de Autor nascem ou se originam.<sup>20</sup>

Até a segunda parte do Século XIX, ou melhor dizendo, até 1886, quando a Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas (doravante denominada apenas de “Convenção de Berna”) foi firmada, um dos princípios bem estabelecidos e reinantes relativos aos direitos de autor era o que este possuía natureza territorial, o que equivaleria a dizer que a proteção conferida por uma determinada legislação acerca dos direitos autorais somente era efetiva no país em que tal legislação se aplicava. Assim, até meados de 1886, havia pouca proteção autoral fora do país de origem do autor ou da obra e, para que uma obra fosse protegida fora do território do seu país de origem, fazia-se necessário haver acordos bi-

---

<sup>20</sup> POILLET, Eugène. *Op. cit.*, p. 24, *in verbis*: “Tandis qu'en matière d'inventions industrielles, la loi delivre un titre à l'inventeur et lui refuse toute espèce de droit s'il n'a pas d'abord, avant toute exploitation, demandé et obtenu la délivrance de ce qu'on appelle un brevet d'invention, la loi n'attache le droit de propriété de l'auteur à aucune formalité de ce genre. La propriété naît en même temps que l'oeuvre, et pas n'est besoin à l'auteur, pour assurer son droit, d'une déclaration ou d'un enregistrement quelconque.”

laterais entre o país de origem e os países em que a obra seria utilizada para que houvesse a extensão da proteção.

Em meados do século XIX, diversos países europeus, assolados pela pirataria de obras intelectuais fora de seus territórios, buscaram na celebração de acordos bilaterais calcados no princípio da reciprocidade, projetar para dentro dos territórios alienígenas a proteção aos seus autores. Diversos pares de países europeus, ao longo do Século XIX, celebraram acordos bilaterais<sup>21</sup> através dos quais concediam reciprocidade material aos direitos autorais conferidos em seus territórios aos nacionais do outro país.<sup>22</sup> Esses acordos bilaterais, apesar de não serem nem totalmente compatíveis, nem completos, conferiam, ao menos, proteção nacional às obras criadas no exterior (outro país).

A “*Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas*” (de 1886), posteriormente, alterada e complementada pelo Ato Adicional de 1896, trazia em seu artigo 2 a indicação que o país de origem era definido para as obras já publicadas e, como regra geral, pelo país da primeira publicação da obra,<sup>23</sup> e para as obras inéditas, pelo país da nacionalidade do autor.

A Convenção de Berna retratou o entendimento que existia antes de sua celebração nos diversos acordos bilaterais firmados pelos países europeus que, posteriormente, viriam a assiná-la, dentre os quais estava a França, acerca do que se entendia por o local de origem das obras intelectuais.

Apenas como referência, se observarmos a Convenção Franco-Espanhola de 10 de junho de 1880, veremos que ela dispensava qualquer formalidade para a proteção autoral, bastando, para que fosse conferida proteção, que o autor comprovasse o seu “direito de propriedade” em conformidade com as regras vigentes no país de origem da obra.

---

<sup>21</sup> Por exemplo: o Acordo Franco-Belga de 31 de Outubro de 1881; as Ordenações do Reino da Dinamarca de 06 de Novembro de 1858 e de 5 de Maio de 1866; o Acordo Franco-Espanhol de 10 de junho de 1880; a Convenção Franco-Inglesa de 22 de Janeiro de 1852; a Convenção Franco-Austro-Húngara de 11 de Dezembro de 1866; as Convenções entre a França e Luxemburgo de 1856 e 1865; a Convenção Franco-Portuguesa de 11 de Julho de 1866; dentre outras.

<sup>22</sup> LADAS, Stephen. *The International Protection of Literary and Artistic Property*, vol. 1. Nova Iorque: Macmillan, 1938, pp. 45 e seguintes. Brig-gs, William. *The Law of International Copyright*. Londres: Stevens & Haynes, 1906, pp. 36-7.

<sup>23</sup> A exceção a essa regra geral ocorreria caso a primeira publicação tivesse ocorrido simultaneamente em mais de um país membro da União da Convenção de Berna, então, o país de origem, seria definido por aquele que estabelecesse o menor prazo de proteção.)

Dentro desse cenário jurídico-histórico, não há como se negar que o país de origem das obras de Allan Kardec era a França, porquanto, não só ele era francês e vivia em território francês, como também, porque, as suas obras foram sempre editadas publicadas pela inicialmente na França.

## DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS

Há muito o Direito é pautado no princípio de que a análise jurídica deve ser sempre feita à luz das normas vigentes à época dos fatos, pois são essas normas que direcionam o padrão do comportamento humano. Assim, para fins de proteção autoral e fixação da autoria e da titularidade de obras intelectuais, deve-se observar as normas vigentes no momento da criação da obra.

Não é razoável pretender aplicar à análise de fatos ocorridos em meados do Século XIX, normas (leis, regulamentos, convenções, etc.) de proteção autoral que não vigiam e, sequer existiam, à época em que os fatos tiveram curso.

Entre os anos de 1868 e 1885, foram feitas da 1ª à 5ª edições da obra *A Gênese* de Allan Kardec, de modo que, a indicação de autoria das versões deve ser analisada à luz da legislação existente à época dos fatos em si.

Com isso, qualquer remissão que se possa fazer às normas posteriores com relação à indicação de autoria das versões da obra “*A Gênese*”, se mostra equivocada.

À época dos fatos, não existia uma norma de Direito Internacional impondo aos diversos Estados estrangeiros que observassem critérios mínimos de proteção autoral.

Em meados do Século XIX, reinavam, em especial, no continente europeu, os acordos bilaterais ou multilaterais firmados entre diferentes Estados acerca da proteção autoral.

Foi somente no último quarto do Século XIX, mais especificamente, em 1886, que a Convenção de Berna foi firmada. Tal Convenção, porém, era voltada para a fixação de condições mínimas para a proteção internacional das obras intelectuais e não por criar critérios pertinentes à autoria ou edição de obras.

O livro *A Gênese* foi editado e lançado na França entre os anos de 1868 (1ª à 4 edições) e 1872 (5ª edição); período no qual, vigorava, na legislação francesa, o princípio de que a propriedade literária ou artística derivava, a princípio, da condição de autor, ou seja, a titularidade do direito repou-



sava no criador da obra intelectual.<sup>24</sup> Nessa época, a proteção autoral internacional dava-se apenas por meio de acordos bilaterais, sendo que, foi somente a partir da assinatura da Convenção de Berna, em 1886, que os direitos autorais ganharam um acordo internacional multilateral.

À época das edições da obra *A Gênese* (1ª à 5ª edição), o sistema de proteção autoral francês era composto basicamente pela lei de 1793, que continha, pelo menos, um princípio geral perfeitamente claro, ampliada por algumas leis que a sucederam em 1810, em 1844, em 1854 e, em 1866 e que, não tiveram por objetivo o direito em si, mas sim, estendê-lo e ampliá-lo.<sup>25</sup>

Nesse sentido, Eugène Pouillet,<sup>26</sup> em seu Tratado de 1908, escreveu:

“Depuis cette époque, le droit des auteurs, sous quelque forme et sur quelque matière qu’il s’exerce, est entré davantage encore dans nos moeurs. Quel que soit le nom qu’on lui donne on est d’accord pour reconnaître qu’il le faut consacrer et le protéger. La loi de 1793 a survécu à tous nos bouleversements politiques, et elle est demeurée la loi organique de la matière. En 1826, en 1841, on a cheché à faire miuex ou tout au moins à faire quelque chose de plus complet. Nos législateurs n’ont pu se mettre d’accord. Qui voudrait jurer que ce n’est pas tant mieux? La loi de 1793, incompète sans doute sur certains points, renferme du moins un principe général, parfaitement clair, aujourd’hui bien fixé par la jurisprudence. Cela ne vaut-il pas mieux qu’une loi qui, sous pré-texte de prévoir toutes les hypothèses, se perdrait dans les détails? Les lois qui se sont succédé en 1810, en 1844, en 1854, en 1866, n’ont donc pas touché au droit lui-même et n’ont eu d’autre but que d’entendre, d’augmenter sa durée, qui se prolonge aujourd’hui pendant cinquante ans après la mort de l’auteur. Peu s’en est fallu, lors de la discussion de cette dernière loi, qui nous régit actuellement, qu’on se laissât aller, pour le plus grand bien des éditeur et des libraires, plutôt encore que pour celui des auteurs, à déclarer le droit perpétuel.”<sup>27</sup>

<sup>24</sup> POULLET, Eugène. *Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Re-présentation*. 3ª ed. Paris: Marchal et Billard, 1908, pp. 156-7.

<sup>25</sup> Esse arcabouço jurídico acerca da proteção autoral, vigora na França até 1957.

<sup>26</sup> POULLET, Eugène. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>27</sup> Tradução livre: “Desde aquela época, o direito dos autores, seja qual for a forma e assunto, entrou ainda mais em nossos costumes. Seja qual for o nome que damos, concordamos que devemos dedicar e proteger. A lei de 1793 sobreviveu a todas as nossas convulsões políticas e permaneceu como a lei orgânica da

Em janeiro de 1791, por meio da Lei de 13 e 19 de janeiro de 1791, passou a ser reconhecido aos autores de obras dramáticas o monopólio da exploração sobre a representação de suas obras, direitos autorais estes que eram concedidos pela duração da vida do autor e perduravam por cinco anos após morte deste em benefício de seus sucessores.

Em 1793, por meio da Lei de 19 e 24 de julho, o monopólio outrora conferido aos autores de obras dramáticas, passou a ser estendido a todos os autores e o prazo de proteção autoral passou a ser a duração da vida do autor e, após a morte deste, por mais dez anos.

Leis francesas subsequentes, alteraram o termo final do prazo de proteção autoral concedido aos herdeiros *post mortem* do autor, levando-o, primeiro, para 20 anos (Decreto de 3 de fevereiro de 1810) e, posteriormente, em ampliação gradual, para 30 anos (Lei de 8 de abril de 1854) e para 50 anos (Lei de 14 de julho de 1866).

Por meio da Lei de 3 de agosto de 1844, as viúvas e filhos de autores de obras dramáticas passaram a ter o direito de autorizar a representação das referidas obras pelo prazo de 20 anos.

A Lei de 8-19 de abril de 1854 conferiu às viúvas dos autores o direito de desfrutar dos direitos autorais garantidos pelas leis anteriores, ao longo da vida, tornando, também para essas (viúvas) perpétuo o direito. Além disso, aos herdeiros, a referida lei estendeu a duração dos direitos autorais para trinta anos a partir da morte do autor ou da extinção dos direitos da viúva, *in verbis*:

“Article Unique. Les veuves des auteurs, des compositeurs e des artistes jouiront, pendant toute leur vie, des droits garantis par le lois des 13 janvier 1791 et 19 juillet 1793, le décret du 5 fevrier 1810, la loi du 3 août 1844, et les autres lois ou décrets sur la matière.  
– La durée de la jouissance accordée aux enfants par ces mêmes lois et decrets est portée à trente ans à partir, soit du décès de l’auteur, soit de l’extinction des droits de la veuve.”

---

matéria. Em 1826, em 1841, tentamos fazer algumas coisas, ou pelo menos fazer algo mais completo. Nossos legisladores não puderam concordar. Quem juraria que não é muito melhor? A lei de 1793, sem dúvida incompetente em certos pontos, contém pelo menos um princípio geral, perfeitamente claro, agora bem estabelecido pela jurisprudência. Não é melhor do que uma lei que, sob o pretexto de prever todas as hipóteses, se perderia nos detalhes? As leis que sucederam umas às outras em 1810, em 1844, em 1854, em 1866, não tocaram o direito em si e não tiveram outro objetivo senão estender, prolongar sua duração, que continua hoje por cinquenta anos após a morte do autor. Durante a discussão desta última lei, que atualmente nos rege, não demorou muito para que partíssemos, para o bem maior dos editores e livreiros, até mais do que para os autores, declarar o direito perpétuo.”

Com relação à obra escrita por Allan Kardec intitulada *A Gênese*, todos os fatos que a envolvem, ocorreram entre 1868 e 1879, período durante o qual a legislação francesa, além de reconhecer os direitos de autor a serem exercidos de modo absoluto por este durante a sua vida, também reconhecia que, em caso de morte, os herdeiros deste poderiam exercer os direitos autorais sobre as obras por ele criadas, inclusive com relação ao cuidado das obras e à supervisão das publicações. Neste sentido, voltamos a citar as lições de Eugène Poillet:<sup>28</sup>

“Un auteur pourrait-il, par un acte entre vifs ou testamentaire, déterminer le mode de publication de ses oeuvres et désigner la personne à laquelle il voudrait en confier le soin? Cela semble hors de doute. Si, à cet égard, le droit de l'auteur vivant est absolu, comment pourrail-il être gèné, entravé, restreint apès lui? Duvergier remarque seulement que le mode de publication doit être tel qu'il ne porte pas atteinte à la réserve légale, et, sans doute, il veut dire para là que le droit de publication ne pourrait être, par exemple, abandoné au domaine public, si cet abandon empiétait sur les droits des héritiers réservataires. En tout cas, le droit de surveillance ainsi tramis à un tiers est un droit tout personnel, dont ce tiers ne pourrait lui-même, ne semble pas constituer un avantage pécuniaire soumis à réduction.”<sup>29</sup>

O Tribunal Cível do Sena, em 1875, concluiu que o direito de supervisionar a publicação de uma obra que vem a repousar sobre um terceiro que não o autor, após a morte deste, revela-se como um direito pessoal que não pode ser delegado a outrem e nem restringido.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> POULLET, Eugène. *Op. Cit.*, p. 255.

<sup>29</sup> Tradução livre: “Poderia um autor, por ato inter vivos ou testamento, determinar o modo de publicação de suas obras e designar a pessoa a quem gostaria de confiar o cuidado? Isso parece além da dúvida. Se, a esse respeito, o direito do autor vivo é absoluto, como ele pode ficar envergonhado, impedido ou restringido depois? M. Duvergier apenas observa que o modo de publicação deve ser tal que não afete a reserva legal o que, sem dúvida, significa que o direito de publicação não pode ser, por exemplo, abandonado ao domínio público, ou se esse abandono invadir os direitos dos herdeiros que se reservavam. Em qualquer caso, o direito de vigilância assim transferido a um terceiro é um direito pessoal, que este terceiro não pode dispor em, favor de outrem, ainda que isto se constitua em redução ou restrição do benefício pecuniário a que estaria sujeito.”

<sup>30</sup> Trib. Civ. Seine, 12 de janeiro de 1875, Michelet, Pataille, 75.187

## DA OBRA PÓSTUMA NA FRANÇA DO SÉCULO XIX

A publicação da versão contida na 5ª edição da obra “A Gênese”, que teria ocorrido em 1872, após a morte de Allan Kardec, colocou-se com que tal versão passasse a ser considerada, sob a ótica da proteção autoral, como obra póstuma, a qual também poderia ser protegida pelo Direito de Autor francês daquela metade do Século XIX.

Em 1805, por meio do Decreto de 22 de março, o Imperador Napoleão Bonaparte regulou a questão das obras póstumas, assim entendidas aquelas obras inéditas (não publicadas) até a morte do autor.

Anteriormente, ao Decreto de 22/03/1805, entendia-se que os manuscritos inéditos deixados por um autor não teriam existência legal e, nem poderiam constituir-se em um bem protegido, uma vez que não beneficiariam a comunidade; seriam como a obra que não existe.

Isso, impedia, a publicação das obras póstumas, pois os herdeiros, fiéis depositários, adquirentes e sucessores dos autores já falecidos temiam que, como guardiões das obras póstumas, se elas fossem publicadas, houvessem questionamentos quanto à propriedade exclusiva das mesmas, o que gerava grande incerteza.

E a falta de publicação das obras póstumas inéditas, afetava o interesse comum, que repousava na promoção da difusão de ideias, por meio do acesso do público às obras.

Sem a adequada proteção autoral para as obras póstumas, havia o temor de que aquele que estava na posse e propriedade do trabalho póstumo, sem interesse, ou tendo um pequeno interesse em publicá-lo, o deixasse no esquecimento, ou mesmo não tivesse escrúpulos em destruí-lo.<sup>31</sup>

A publicação das obras póstumas era de interesse público da sociedade francesa à época.

Por outro lado, havia o temor de que apenas reconhecer direitos autorais às obras póstumas, poderia dar ensejo a situações não desejadas, tais como a edição e reimpressão em uma única edição, de obras póstumas e obras já publicadas do mesmo autor, o que resultaria em um benefício ao herdeiro ou sucessor com a prolongação do privilégio que poderia impedir ou eternizar o ingresso da obra em domínio público.

Assim, por meio do Decreto de 22/03/1805, estabeleceu-se, na França, a possibilidade de se atribuir direitos autorais aos herdeiros e sucessores

---

<sup>31</sup> POULLET, Eugène. *Op. Cit.*, p. 424.

de um autor falecido há mais de 10 anos com relação às obras póstumas por estes deixadas.

Por meio de tal norma, estabeleceu-se que os proprietários, por sucessão ou qualquer outro título, de um livro póstumo teriam os mesmos direitos que o autor e se beneficiariam das mesmas disposições legais que regiam a propriedade exclusiva dos autores, inclusive no tocante ao prazo de duração dos direitos.

No entanto, impunha-se que a publicação ou impressão das obras póstumas deveria se dar separadamente e sem qualquer vinculação ou aneção a novas edições de trabalhos já publicados (não inéditos), *verbum ad verbum*:

“Napoléon, empereur des Français, sur le rapport du ministre de l'intérieur; vu les lois sur les propriétés littéraires:

Considérant qu'elles déclarent propriètes publiques les ouvrages des auteurs morts depuis plus de dix ans;

Que les dépositaires, héritiers de ouvrages posthumes d'auteurs morts depuis plus de dix ans hésitent à publier ces ouvrages, dans la crainte de s'e voir contester la propriété exclusive, et dans l'invertitude de cette propriété;

Que l'ouvrage inédit est comme l'ouvrage qui n'existe pas, et que celui qui le publie a les droits de l'auteur décédé et doit en joindre pendant sa vie;

Que cependant, s'il reimprimait en même temps et dans une seule édition, avec les oeuvres posthumes, les ouvrages déjà publiés du même auteur, il en résulterait en sa faveur une espèce de privilège pour la vente d'ouvrages devenus propriété publique;

Le Conseil d'État entendu, décrète:

Art. 1er. – Les propriétaires, par succession ou à autre titre, d'un ouvrage posthume ont les mêmes droits que l'auteur, et les dispositions des lois sur la propriété exclusive des auteurs et sur sa durée leur sont applicable, toutefois à la charge d'imprimer séparément les oeuvres posthumes et sans les joindre à une nouvelle édition des ouvrages déjà publiés et devenus propriété publique.

...” (Décret du 1er germinal an XIII - 22 mars 1805)

A possibilidade de publicação da obra póstuma, assim entendida como a obra inédita até a morte do autor, estava, assim, vinculada diretamente a sua não associação ou vinculação às obras já publicadas.

Por melhor dizer, na França da segunda metade do Século XIX, era possível a publicação desde que isso se desse de modo autônomo e desvinculado de outras obras já publicadas.

Os herdeiros diretos (a quem, em tese, pertenciam os manuscritos originais) e sucessores do autor falecido, assim como, depositários, editores, cessionários e adquirentes de manuscritos originais e inéditos, poderiam, após a morte do autor, publicar tais obras e usufruir da proteção autoral que repousaria sobre elas. Sem que tal publicação ocorresse, era como se o manuscrito não existisse, não havendo se falar em proteção autoral.

Para ingressar no âmbito da proteção autoral e permitir que o herdeiro, sucessor ou proprietários, por quaisquer outros títulos, pudessem exercer direitos autorais sobre o manuscrito original e inédito criado pelo autor já falecido não era apenas necessário que a obra fosse publicada, mas também, que fosse publicada sem qualquer associação ou vinculação com publicação de outra obra já publicada.

Na França do Século XIX, as obras inéditas não eram protegidas por direitos autorais. Para que tais obras - inéditas - ingressassem no âmbito da proteção autoral, era necessário que as mesmas (obras inéditas) fossem publicadas.

## **DOS DIREITOS DA VIÚVA DE ALLAN KARDEC, SRA. AMÉLIE BOUDET**

Temos que, da análise da legislação francesa sobre direitos autorais vigente ente 1868 e 1883, a Sra. Amélie Boudet passou a ser a titular derivada dos direitos autorais que reposavam sobre as obras de Allan Kardec, assim como poderia exercer plenos direitos sobre as obras inéditas (incluindo-se, aí, os manuscritos originais ou não) do referido autor, dentre os quais, os direitos de publicá-las e supervisionar as publicações ou edições.

No momento em que a Lei de 8-19 de abril de 1854 conferiu às viúvas dos autores, o direito de, ao longo da vida, desfrutar dos mesmos direitos autorais garantidos pelas leis anteriores aos próprios autores, assegurou à Sra. Amélie Boudet o direito de se opor a qualquer forma de exploração da obra que pudesse prejudicar Allan Kardec ou que não cumprisse com as “condições de designação”.

A lei de 1866 estabeleceu que o autor, durante o período de sua vida, detinha a propriedade exclusiva de suas obras, direito este que “*não morria com ele, mas, ao contrário, após a sua morte, passava aos seus herdeiros, pelo prazo de cinquenta anos.*”<sup>32</sup>

A referida Lei de 1866 continha disposição específica acerca do cônjuge supérstite, o qual, independentemente do regime matrimonial e dos direitos que deste poderiam resultar, teria o direito de gozar e usufruir dos direitos de autor que o autor tivesse sobre as obras, salvo se este os tivesse alienado por ato *inter vivos* ou por testamento, *in verbis*:

“Pendant cette période de cinquante ans, le conjoint survivant, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qui peuvent résulter, em faveur de ce conjoint, du régime de la communauté, a la simple jouissance des droits dont l’auteur prédécédé n’a pas disposé par acte entre vifs ou par testament.”

Não há dúvidas que, com a morte de Allan Kardec, a Sra. Amélie Boudet, por força do disposto na Lei de 1866, passou a ser a titular dos direitos autorais das obras escritas por seu finado marido, porquanto, segundo consta da história, o casal não havia tido filhos diretos e, portanto, não haviam herdeiros diretos.

A exceção a essa regra somente se faria se Allan Kardec tivesse transferido a terceiros, como por exemplo, um editor, direitos sobre qualquer uma de suas obras; situação que, a princípio, não se tem qualquer notícia.

Não é crível que a Sra. Amélie Boudet, professora por formação e profissão, não tivesse ciência dos direitos que repousavam sobre as obras de seu marido, assim como, que não soubesse que, nos termos do art. 425 do Código Penal Francês (de 1810), então vigente<sup>33</sup>, considerava-se como contrafação e, portanto, crime (delito), toda e qualquer edição de escritos ou outro tipo de produção impressa, total ou parcial, sem observação das normas e regulamentos concernentes à propriedade autoral<sup>34</sup>:

“Toute édition d’écrits, ... ou de toute autre production imprimée ou gravée, en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon, et toute

---

<sup>32</sup> POULLET, Eugène. *Op. Cit.*, p. 260.

<sup>33</sup> que vigorou até 1994.

<sup>34</sup> *vide* Paris 14 julho de 1838, Mac-Carthy, *Gaz. Trib.* 16 de julho.

contrefaçoes est un délit.”

Ao longo de quase todo o Século XIX, a contrafação, nas palavras de Eugène Poillet, foi conceituada, como a violação das leis que protegem os direitos exclusivos dos autores<sup>35</sup>, dentre as quais a reprodução da obra, sem a permissão, do autor<sup>36</sup>.

Se a Sra. Amélie Boudet era viúva e, por conseguinte, titular derivada dos direitos autorais incidentes sobre as obras de seu falecido esposo – Allan Kardec –, não é crível que tivesse silenciado por mais de 11 anos (de 1872 – ano de publicação da 5ª edição – à 1883 – ano de sua morte) diante de qualquer contrafação cometida contra as obras de seu marido.

O próprio Allan Kardec pregava que “Na ausência dos fatos, a dúvida se justifica no homem ponderado”<sup>37</sup>, ou seja, naquele homem médio cuja conduta reflete os valores de uma sociedade e que é resultado da observação do bom senso e da reação imediata e espontânea de um indivíduo ordinário e razoavelmente prudente.<sup>38</sup>

A Sra. Amélie Boudet não teria deixado de se insurgir contra a 5ª edição da obra “A Gênese” se essa não tivesse sido feita pelo próprio Kardec.

## EPÍLOGO

Da análise da legislação autoral francesa vigente no período compreendido entre 1866 à 1883, resta cristalino que a Sra. Amélie Boudet, a partir de 1869, passou a ser a titular derivada dos direitos autorais que repousavam sobre as obras de Allan Kardec e, com isso, era a pessoa que poderia exercer e fruir de tais direitos.

A 5ª edição da obra intitulada “A Gênese”, cuja autoria foi atribuída a Allan Kardec, foi publicada em 1872, após a morte deste (1869), ou seja, configurava-se como obra póstuma, a qual, sem a devida publicação, não gozava de proteção autoral.

---

<sup>35</sup> POULLET, Eugène. Op. Cit., p. 491: “La contrefaçon est donc, avant tout, la violation des lois qui protègent le droit exclusif des auteurs; ... l'atteinte portée a ce droit exclusif para la reproduction de l'oeuvre sans la permission de l'auteur.”

<sup>36</sup> vide também RENOARD, Augustin-Charles, *in* *Traité de brevets d'invention*. T. 2, Ch. 11. Paris: Chez Guillaumin, 1844.

<sup>37</sup> KARDEC, Allan. *O Livro dos Espíritos*. Brasília: FEB, 2004, p. 38.

<sup>38</sup> LANIGAN, Frank J. *Legal Protection for the Author*. 14 Notre Dame Lawyer 415, 446-7 (1938-1939).



Ausente qualquer notícia ou relato histórico que de a edição e publicação da referida 5ª edição da obra *A Gênese* tenha sido, à época, objeto de contestação por contrafação (reprodução sem autorização do autor ou titular do direito)<sup>39</sup> por parte da Sra. Amélie Boudet, impõe-se presumir que a mesma deu-se na forma da lei vigente, ou seja, com a anuência da Sra. Amélie Boudet ou da pessoa para quem, Allan Kardec, em vida, poderia ter transferido os direitos de edição daquela obra, até então, inédita, e que, transmutaria-se em póstuma.

Dentre a data da publicação da 5ª edição da obra *A Gênese* e a data da morte da Sra. Amélie Boudet, passaram-se aproximadamente 11 anos, período no qual, era evidente, não apenas os direitos garantidos pela legislação francesa aos autores e, em caso de morte, ao cônjuge supérstite ou herdeiros, e o entendimento dos Tribunais franceses de que ninguém tinha o direito de dispor da obra intelectual de outrem, sem o consentimento do autor ou daquele que tivesse o direito de usar e fruir direitos incidentes sobre a obra, a quem também cabia o direito de exigir respeito por sua propriedade.<sup>40</sup>

Com isso, se a 5ª edição da obra intitulada *A Gênese* tivesse sido editada ou publicada sem o consentimento do seu autor (Allan Kardec) ou sem o consentimento da Sra. Amélie Boudet (cônjuge supérstite), aquele que a editou ou publicou teria incorrido no delito de contrafação previsto no art. 425, do Código Penal Napoleônico (de 1810).

Não nos parece razoável que, por longos 11 anos, a Sra. Amélie Boudet tivesse o conhecimento da existência de uma edição fraudulenta da obra de seu finado esposo e não tivesse adotado qualquer medida para impedi-la.

Da mesma forma, não nos parece razoável que, se as alterações contidas na 5ª edição da obra *A Gênese* não tivessem sido feitas pelo próprio Allan Kardec, a Sra. Amélie Boudet, titular dos direitos autorais incidentes sobre as obras de seu falecido marido, toleraria a publicação da 5ª edição e não se insurgiria contra tal publicação, mormente, tendo ela, após a morte de Allan Kardec, passado a ser a gestora do Espiritismo.

Some-se a isso, o fato de que uma das pessoas que à época fora responsável pela publicação da 5ª edição da obra “*A Gênese*” em 1872 – Desliens

<sup>39</sup> RENOARD, Augustin-Charles, *in* *Traité de brevets d'invention*. T. 2, Ch. 11. Paris: Chez Guillaumin, 1844.

<sup>40</sup> Tribunal Civil do Sena, 14 de Janeiro de 1853, Billon, *Gaz. Trib.*, 15 de janeiro.

- na edição de março de 1885 da *Revue Spirite*<sup>41</sup>, afirmou que Kardec fora o autor de todas as alterações existentes naquela versão (5ª edição).

Passados quase 150 anos da morte de Allan Kardec e 135 anos do falecimento de Amélie Boudet, sem que estes tenham deixado herdeiros diretos, e sem que se tenha notícia da existência de quaisquer documentos que indiquem o contrário, impõe-se concluir que a 5ª edição do livro *A Gênese* foi, de fato, escrita por Allan Kardec e publicada, como obra póstuma, com autorização e ciência da Sra. Amélie Boudet. Ressalte-se que a publicação da 5ª edição era a única forma que se tinha, à época de obter proteção autoral para a obra póstuma deixada por Allan Kardec. Além disso, impõe-se concluir que, todas as alterações feitas na 5ª edição da obra “*A Gênese*” foram feitas por Allan Kardec.

Quando os fatos históricos são analisados à luz da legislação vigente à época em que eles ocorreram, não restam dúvidas de que as alterações inseridas na 5ª edição da obra “*A Gênese*” foram feitas pelo próprio Allan Kardec, não sendo plausível o questionamento da autoria de tal obra.

É compreensível, todavia, que existam aqueles que questionem a atribuição da autoria da 5ª edição da obra “*A Gênese*” à Allan Kardec, fundamentando seus questionamentos no fato de que tal edição teria sido publicada posteriormente ao seu falecimento e de que não haveriam evidências concretas de que o mesmo teria feito as alterações existentes na 5ª edição da mesma.

Entendemos, com todas as vênias possíveis, que tais questionamentos são similares a um ato de fé, aonde o indivíduo, baseado em suas crenças e convicções pessoais, opta por acreditar ou não acreditar em uma religião ou nas palavras que estão escritas nos livros sagrados.

---

<sup>41</sup> *Revue Spirite* (Revista Espírita), 15 de março de 1885, n. 6, ano 28, p. 171.



# AS MULHERES E OS ESPAÇOS DE PODER

**ELIENE FERREIRA BASTOS<sup>1</sup>**

*[...] que o direito sem poder não é direito, mas o poder sem o direito é barbárie.*<sup>2</sup>

Nessa importante e privilegiada iniciativa do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, o presente ensaio, com a devida escusa de uma abordagem neutra científica, tem por desafio traçar linhas despretensiosas de reflexão sobre a participação feminina nos espaços de poder sob a perspectiva dos referenciais teóricos feministas.

A motivação pelo tema centra-se na busca de contribuir para a visibilidade de uma realidade que ainda não contempla a almejada equidade de homens e mulheres.

Ao discorrer sobre o feminismo no contexto familiar, Ligia Ziggiotti de Oliveira ressalta que:

*[...] em face do descrédito em relação ao feminismo reproduzido pelo senso comum, também na seara acadêmica, especialmente na esteira do Direito, deve se fundar espaço de relevância deste posicionamento na construção teórica, a fim de que sirva, de alguma medida, à prática da militância, à prática profissional jurídica e, acima de ambas, à prática cotidiana de mulheres marcadas pela negatividade em relações familiares.*<sup>3</sup>

A história revela que tradicionalmente ao homem era destinado o ambiente público, enquanto a mulher era não só submetida ao espaço doméstico como também excluída da esfera pública. O que, ainda podemos considerar na atualidade, em especial quando os espaços de poder são

---

<sup>1</sup> Advogada em Brasília. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Doutoranda em Direito Civil pela PUC/SP. Diretora Nacional do IBDFAM da Região Centro-Oeste.

<sup>2</sup> FERRAZ, Sérgio. SAAD, Amauri Feres. p. 17.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. p. 15.

predominantemente ocupados por homens, geralmente brancos e heterossexuais.

A constatação de que os espaços de poder e de decisão são atualmente, na sua grande maioria, ocupados por homens implica na ausência de representatividade feminina e do efetivo exercício do direito à igualdade estampado na Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> que assegura a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações.

O recorte dos aspectos jurídicos da realidade brasileira que a seguir será abordado, no tocante à ausência de igualdade de representatividade da mulher nos espaços decisórios de poder, tem como marco a Constituição Federal de 1988.

Imperioso identificar as barreiras que impedem a igualdade de oportunidades para as mulheres concedidas apenas aos homens, como a divisão desigual do trabalho e o uso do tempo, que repercutem, por exemplo, na participação igualitária das mulheres no campo político, motivos que refutam os estereótipos que tentam defini-las como menos interessadas na política.<sup>5</sup>

Além de identificar as barreiras, importante também é o processo de reconhecimento das efetivas desigualdades que ainda são impostas às mulheres no âmbito social – esta constatação possibilita a desconstrução de padrões que eternizam as discriminações.

Na atualidade, a cultura de discriminação existe de formas variadas e veladas. O direito ao corpo, à fala, ao pensamento, à ação, à independência, à autonomia, à participação, bem como a outros direitos, nunca foram exercidos em plenitude pelas mulheres como os homens sempre os exerceram. A luta é diária para desconstruir a engrenagem de dominação que impede a equiparação entre homens e mulheres.

A discriminação se perpetua na medida que as barreiras culturais do machismo, do preconceito, do capitalismo violam direitos e obstam o exercício do direito de escolha das mulheres.

O conhecimento jurídico não se mostra suficiente, para o entendimento de superação das barreiras, mas representa um importante instrumento para transformar a realidade que se mostra.

---

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>5</sup> BIROLI, Flávia. p. 12.

Sob a perspectiva constitucional dos direitos à igualdade e à diferença, interessante é o apontamento trazido pelo estudo de Flávia Piovesan quando examina o alcance do direito à igualdade e da cláusula da não discriminação nos sistemas, de proteção aos direitos humanos, global e regional. A ilustre autora lembra que:

A ética dos direitos humano é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e prevenção do sofrimento humano.”<sup>6</sup>

Os direitos humanos<sup>7</sup> preveem a proteção da dignidade da pessoa humana dentre os quais o direito de igualdade das mulheres. As mulheres como cidadãs devem exercer seus direitos de igualdade respeitadas suas peculiaridades e particularidades em obediência também ao direito fundamental à diferença, como assevera Flávia Piovesan:

[...] faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário, as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

---

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. p. 36.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. p 36. “Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquim Herrera Flores, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para parafrasear Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica. O *victim centric approach* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos – toda ela destinada a conferir melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.”

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).”<sup>8</sup>

Ao citar Boaventura Santos, Flávia Piovesan lembra que:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, aliamente ou reproduza as desigualdades.”<sup>9</sup>

Sob a perspectiva do constitucionalismo brasileiro, a efetividade da proteção e promoção dos direitos humanos encontra nas cláusulas constitucionais abertas a permissão de integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional<sup>10</sup> com a incorporação de tratados internacionais notadamente os adotados pela ONU e pela OEA.<sup>11</sup>

O Supremo Tribunal Federal já endossou o alcance do direito à igualdade e do direito à diferença, sob as perspectivas de gênero no emblemático julgamento sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, a chamada Lei Maria da Penha, no tocante à prevenção e punição da violência contra a mulher, para assegurar-lhe especial proteção em razão de sua vulnerabilidade, notadamente em um contexto marcado

---

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. p. 37.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. p. 38.

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. p. 53.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. p. 55. “No que se refere à proteção dos direitos à igualdade e à diferença, o Estado brasileiro ratificou os principais tratados de direitos humanos da ONU e da OEA voltados ao combate à discriminação, assumindo a obrigação jurídica de promover a igualdade e eliminar a discriminação. Dentre os seus princípios fundamentais, a Constituição brasileira consagra a dignidade humana (artigo 1º, III) aliando-a ao objetivo fundamental de promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação (artigo 3º, IV). Ao princípio da igualdade formal enunciado no artigo 5º (“todos são iguais perante a lei”) conjuga dispositivos constitucionais que fomentam a igualdade material, como é o caso do artigo 7º, XX, ao prever a proteção especial da mulher no mercado de trabalho e do artigo 37, ao fixar cotas para pessoas com deficiência em concursos públicos.”

pela cultura machista e patriarcal. Oportunidade em que conclui que não haveria, portanto, violação ao princípio da igualdade, ao contrário estaria a protegê-lo.<sup>12</sup>

Em que pese a Constituição Federal garantir a igualdade entre homens e mulheres, importa, entretanto, observar a diferença do que está normatizado e do que é efetivamente exercido pelas mulheres.

Áreas de investigação e identificação das desigualdades, para além da abordagem jurídica, capazes de lançar luz para um direcionamento mais inclusivo, são ferramentas apropriadas e, portanto, bem-vindas para possibilitar o enfrentamento dos discursos e das práticas sexistas que impedem as mulheres ocuparem espaços de poder.

A importância dos fatos históricos, sobre a condição de subjugação das mulheres, propicia a consciência das bases discriminatórias que coíbem as necessárias transformações para o exercício da igualdade material. Desmistificar dogmas e valorizar a equidade de homens e mulheres é dever do Estado Democrático de Direito, e de todos os cidadãos que a constroem a fim de que haja a igualdade e o compartilhamento de responsabilidades.

Sobre as mulheres, lembra Ligia Ziggotti Oliveira:

“O grande desafio consiste, como tem sido há décadas, em não reduzi-las a esta esfera afetiva e procracional, o que exige a construção de vias de mão dupla: uma que dê acesso qualitativo da mulher ao espaço público; outra que dê acesso qualitativo do homem ao espaço privado.”<sup>13</sup>

Uma das significativas conquistas feministas foi o direito ao voto, alcançado pelas brasileiras no ano de 1932, porém o reconhecimento dos direitos trabalhistas e de proteção previdenciária ocorrido no início do século XX restou limitado ao reconhecimento do trabalho apenas do homem.

Paola Cappellin Giuliani pontua que:

“É justamente na confluência entre herança histórica do sindicalismo e as lutas pela melhoria das condições de vida que se começa a perceber que a população trabalhadora engloba ambos os sexos, cada um com responsabilidades diferentes no seio da família.”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. Pág. 55. ADI 4424 e ADC 19.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. p. 47.

<sup>14</sup> GIULANI, Paola Cappellin. p. 644.



Lembra a autora que, na primeira metade dos anos 80, queixas e relatos sobre discriminação e segregação sexual das mulheres, desencadearam reflexão, mobilização, debate frente aos tradicionais parâmetros da cultura sindical.<sup>15</sup>

Não podemos olvidar da realidade que se apresenta de diferenciação de oportunidades para as mulheres nos espaços que transcendem o lar.<sup>16</sup>

A experiência trazida pelos movimentos feministas muito tem a contribuir para o saber jurídico e seus importantes desdobramentos, pois a partir do pensamento feminista foi introduzida uma ética distinta da ética estabelecida na ciência moderna.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> GIULANI, Paola Cappellin. Pág. 641. “No campo político, na primeira metade dos anos 80, a preocupação em melhorar as condições de vida funciona como uma alavanca que mobiliza diferentes setores sociais em prol da democratização da sociedade brasileira. Esse objetivo é capaz de arregimentar e estimular setores que por muito tempo têm agido separadamente. Assim como há uma confluência entre propostas de renovação cultural sindical e os movimentos populares, também ocorre uma união entre grupos de mulheres trabalhadoras, grupos feministas, algumas organizações sindicais, partidos e alguns setores que atuam nas instituições de administração do Estado. Vários desses grupos chegam, por caminhos diferentes, à necessidade de repensar a divisão sexual do trabalho.

Assim, muitas queixas e relatos sobre a discriminação e a segregação sexual conseguem sair das paredes domésticas em que até então estavam enclausuradas e tornam-se fontes de denúncias e de demandas de novos direitos. Tais atitudes conseguem atingir os alicerces das relações sociais questionando os principais espaços coletivos: o local de trabalho, a prática sindical e a própria família. Grupos de mulheres conseguem criar um novo estilo de reflexão, de mobilização, de debates frente aos tradicionais parâmetros da cultura sindical. Conseguem também aos poucos, penetrar nos vértices das estruturas de representação tradicionalmente ocupados por homens, nas diretorias das organizações sindicais, partidos políticos, associações, comitês etc.”

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. Pág. 49. “Não surpreende que as pesquisas nos mais diversos contextos globais apontem que homens casados ganham substancialmente melhor que homens solteiros: a divisão sexual do trabalho, embora tão mais flexibilizada hodiernamente, ainda parece lhes permitir maior entrega a espaços que transcendem o lar. Por outro lado, percebe-se, à guisa exemplificativa, que a mobilidade e a ascensão em emprego são possibilidades que dizem muito mais respeito a mulheres sem filhos do que a mulheres com filhos, exemplificando-se, assim, parte do significado da expressão “motherhood wage penalty”.

<sup>17</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Pág. 16. “O pensamento feminista, ensina Lourdes Bandeira (1997, P. 270), introduziu uma ética que distingue da tradicionalmente estabelecida na ciência moderna. Não apenas pelo fato de ser construída pelo sujeito feminino que tenta refletir conscientemente os limites socioculturais que lhe são inerentes. Mas, acima de tudo por propor um saber crítico em relação a todas as formas de dominação entre os sexos.

A ética feminista não se constitui a partir de um sujeito moral, abstrato e livre, e sim de seres humanos reais em condições de dominação e subordinação. Nas palavras da autora (1997, p. 270), “essa ética traz o questionamento e uma tomada de consciência em torno da especificidade da mulher, de sua condição de exploração, de discriminação, de alienação, de exclusão etc. Elementos esses que constituem e possibilitam um saber inovador.”

O feminismo é plural como projeto de transformação social e política contrário as opressões sexual, de gênero, raça, crença e classe social.<sup>18</sup>

Para Maria Amélia de Almeida Teles o feminismo é um movimento político e constitui-se como instrumento de transformação social, econômica, política e ideológica da sociedade, conforme extrai-se do seguinte apontamento:

O feminismo é uma filosofia universal que considera a existência de uma opressão específica a todas as mulheres. Essa opressão se manifesta tanto a nível das estruturas como das superestruturas (ideologia, cultura e política). Assume formas diversas conforme as classes e camadas sociais, nos diferentes grupos étnicos e culturas.

Em seu significado mais amplo, o feminismo é um movimento político. Questiona as relações de poder, a opressão e a exploração de grupos de pessoas sobre outras. Contrapõe-se radicalmente ao poder patriarcal. Propõe uma transformação social, econômica, política e ideológica da sociedade.<sup>19</sup>

Sobre a diferença de movimento de mulheres e movimento feminista, importante é a consideração de Maria Amélia de Almeida Teles:

A expressão “movimento de mulheres significa ações organizadas de grupos que reivindicam direitos ou melhores condições de vida e trabalho. Quanto ao “movimento feminista, refere-se às ações de mulheres dispostas a combater a discriminação e a subalternidade das mulheres e que buscam criar meios para que as próprias mulheres sejam protagonistas de sua vida e história.<sup>20</sup>

A teoria feminista, mesmo na sua vertente dita liberal, é uma prática intelectual crítica em relação à ciência do direito por ter a cultura jurídica uma estrutura sexista e de que o saber jurídico deveria enxergar o sujeito oculto que o pratica, conforme os ensinamentos de Eduardo Ramalho Rabenhorst.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. p. 11.

<sup>19</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida. p. 22.

<sup>20</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida. p. 23.

<sup>21</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. p. 9. “Malgrado ter surgido no âmbito de um movimento político de reivindicação por direitos para as mulheres, o feminismo parece sempre ter sido, mesmo na sua vertente dita liberal, uma prática intelectual crítica em relação ao direito. E essa crítica não tem apenas o sentido da denúncia de um suposto compromisso da cultura jurídica com uma estrutura sexista, mas ela passa,

As lutas feministas marcam a busca pelo exercício da cidadania plena e igualitária pelas mulheres, muito além da igualdade formal a perquirir condições reais do exercício dos direitos, Como pontuam Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel, essa igualdade: [...] implicava ir além da isonomia legal e inquirir as condições reais de existência delas e deles, questionando premissas básicas das hierarquias sociais e do funcionamento das instituições.”<sup>22</sup>

O feminismo é um movimento dinâmico e heterogêneo que possui, dentre tantas vertentes, a busca pela liberdade das mulheres da subjugação e subordinação a que estão culturalmente sujeitas e atua na promoção de estratégias de superação e identidade.<sup>23</sup>

Sobre a palavra feminismo curioso é o questionamento de Eduardo Raimundo Rabenhorst: “Ora, como é possível que os juristas (ao menos em nosso país) tendam a perceber como negativa ou ameaçadora, uma forma de pensamento e de prática política que tão decisivamente contribuiu para a modificação do próprio direito, sobretudo no domínio da vida privada?”

No início, as lutas do feminismo se restringiam na busca pela igualdade no âmbito dos direitos já reconhecidos como masculinos e diante da tomada de consciência da própria identidade feminina, atualmente as lutas avançaram no sentido do direito à diferença conforme nos ensina Maria Amélia de Almeida Teles:

No século passado, o conceito de “emancipacionismo” buscava a igualdade de direitos, mantida na esfera dos valores masculinos, implicitamente reconhecidos e aceitos. Hoje, o feminismo formula o conceito de libertação que prescinde da “igualdade” para afirmar a diferença – compreendida não como desigualdade ou complementariedade, mas como ascensão histórica da própria identidade feminina.

---

também, pela exigência de que o saber jurídico seja capaz de desvelar aquilo que nele está oculto, principalmente no que concerne ao sujeito que o pratica. A teoria do direito, enquanto forma de saber, deveria, assim, ter a capacidade de ser reflexiva na dupla dimensão a que alude esta palavra: reflexão, pensamento, mas também reflexo, como uma imagem projetada em um espelho. Fazendo uso mais uma vez de Bourdieu, diríamos que antes de objetivar o mundo normativo, o jurista deveria ser capaz de objetivar a si mesmo e entender que seu discurso é menos sobre um objeto e mais sobre sua relação com ele. Tal seria a base de uma atitude verdadeiramente “crítica” em relação ao direito: diante do espelho, deveríamos talvez perguntar: quem somos nós, juristas? Para quem exercemos nossa atividade? De que modo devemos fazê-lo?”

<sup>22</sup> BIROLI, Flávia e MIGUEL, Luis Felipe. p. 9.

<sup>23</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida, p. 22.

Dessa forma, o feminismo tem também um caráter humanista: busca a libertação das mulheres e dos homens, pois estes têm sido vítimas do mito do macho, que os coloca como falsos depositários do supremo poder, força e inteligência.”<sup>24</sup>

Importante considerar que o feminismo pressionou os limites socialmente impostos que resultou em algumas conquistas, mas ainda insuficientes para a efetiva equidade entre mulheres e homens tendo em vista que ainda há discriminação, como, por exemplo, os dados de estatísticas sociais do IBGE<sup>25</sup> que indicam que as mulheres trabalham mais e ganham menos. Sobre este aspecto, os trabalhos desenvolvidos pelas mulheres abrangem os afazeres domésticos e cuidados de pessoas além do trabalho remunerado, o que além da quantidade de atividades de naturezas diversas que desenvolvem, não repercutem nem no valor equiparado dos ganhos e nem no desempenho de atividades de comando coletivo.

Sobre a discriminação salarial das mulheres no mercado de trabalho, vale registrar o comentário de Barbara Cobo: “A mulher tem escolarização necessária ao exercício da função, consegue enxergar até onde poderia ir na carreira, mas se depara com uma ‘barreira invisível’ que a impede de alcançar seu potencial máximo”.<sup>26</sup>

Assim, apesar de as mulheres possuírem escolarização, esta condição não lhes assegura rendimentos compatíveis com o trabalho exercido, pois além de jornadas superiores ao dos homens, dificilmente não alcançam postos de comando e liderança.

A transformação das famílias, com a existência de novos arranjos familiares, passou a questionar a divisão convencional de papéis para a mulher e para o homem, quando atribuía o trabalho doméstico e a criação dos filhos à função feminina e o trabalho de provedor ao homem.<sup>27</sup>

Em relação à violência de gênero contra a mulher, houve um pequeno avanço com o advento da chamada Lei Maria da Penha e da tipificação do feminicídio com a edição da Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015, que alte-

<sup>24</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida. p. 22.

<sup>25</sup> <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>

<sup>26</sup> <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>

<sup>27</sup> GIULANI, Paola Cappellin. p. 641.

rou o Código Penal para qualificador o homicídio quando cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, contudo não podemos deixar de compreender que o desafio continua diante de índices alarmantes de violência doméstica e sexual contra a mulher.

Cabe registrar que as conquistas normativas de proteção às mulheres contra a violência acima referidas corresponderam a quebra de paradigmas com a desconstrução de que a violência respeita a vida privada para transmutá-la para a responsabilização inerente à esfera pública. Sobre este panorama Flávia Biroli assevera:

A dualidade convencional entre vida pública e vida doméstica contribuiu para impedir a tematização da violência doméstica e de estupro no casamento. A primeira foi, por muito tempo, tida como um problema particular e, em forte medida, naturalizada como parte constitutiva da relação esperada entre homens e mulheres. O estupro no casamento, por sua vez, até recentemente foi visto como impossibilidade lógica, uma vez que o direito ao corpo da mulher era entendido como algo que é transferido para o marido no momento do casamento. Um dos efeitos desse “pertencimento”, que é, simultaneamente, uma localização (na esfera doméstica) e uma subordinação (ao marido ou, antes dele, ao pai), é que em sociedade nas quais prevalecem práticas sexistas e misóginas, a mulher é alvo de violência tanto na esfera doméstica quanto fora dela, quando esses laços “protetores” não são reconhecidos. O risco existe em graus variados, dependendo da região do globo, do país e mesmo da localização (territorial e social) dentro de países determinados. Ainda assim, a ameaça difusa que a violência sexual representa para as mulheres pode ser pensada como um dos aspectos que as definem como um grupo social distinto dos homens.

As lutas feministas produziram avanços na legislação relativa à violência doméstica e ao estupro em diversas partes do mundo, mas permanece alto o número de estupros e de assassinatos de mulheres por homens com quem elas tiveram relações afetivas.

No Brasil, a atuação do movimento feminista teve como um dos principais resultados a aprovação da Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, em 2006, que tipifica a violência doméstica contra a mulher e cria mecanismos para combatê-la.

Porém ainda há dificuldades no combate à violência contra a mulher. Elas remetem à construção institucional das normas e das políticas, mas também à tolerância a formas cotidianas da domi-

nação masculina, que podem ser situadas no âmbito dos costumes.<sup>28</sup>

Dentro da produção científica brasileira, a teoria feminista pode ser conceituada como sendo o estudo das questões de gênero, a orientação dos valores e critérios de análise e de identidade. Soraia da Rosa Mendes situa a teoria feminista como uma teoria crítica a partir da qual se constitui um novo paradigma em ciência.<sup>29</sup>

Luis Felipe Miguel conceitua a teoria feminista: “Como corrente intelectual, o feminismo, em suas várias vertentes, combina a militância pela igualdade de gênero com a investigação relativa às causas e aos mecanismos de reprodução da dominação masculina.”<sup>30</sup>

Imprescindível a contribuição inicial de Simone de Beauvoir, como fundadora da teoria feminista contemporânea mundial, em razão das suas obras, em destaque: *O segundo sexo*, uma profunda análise sobre o papel das mulheres na sociedade. E no Brasil importante citar Elizabeth Souza-Lobo com o livro: *Mulher, objeto de cama e mesa*.

Para concluir, certo é que o reconhecimento do direito à igualdade, à diferença, à identidade como preservação da dignidade e da liberdade constituem-se em valores do Estado Democrático de Direito.

A democracia, por ser dinâmica, exige a permanente desconstrução de paradigmas de opressão, de dominação e de discriminação e a ressignificação de novos parâmetros que protejam a dignidade humana.

A trajetória das mulheres é acompanhada por discriminação e barreiras de acesso, pois embora a democracia brasileira sustente a equidade formal entre homens e mulheres, inclusive com previsão na Constituição Federal, na prática a igualdade material da participação das mulheres na esfera pública, em especial, nos espaços decisórios de poder, ainda encontra entaves para sua concretização.

Em que pese a previsão legal da igualdade formal, o exercício da cidadania das mulheres brasileiras é subtraído quando é impedida cultural e socialmente de ocupar os espaços de poder.

O acesso aos espaços decisórios de chefia, os quais comumente são ocupados por homens, como por exemplo dos altos escalões, no setor privado, na administração pública, no Poder Executivo, Legislativo e ju-

---

<sup>28</sup> BIROLI, Flávia. p. 42.

<sup>29</sup> MENDES, Soraia da Rosa. p. 17.

<sup>30</sup> MIGUEL, Luis Felipe. p. 17.

diciário, contém barreiras hostis para as mulheres, que por vezes atinge sua liberdade com opressão à sua identidade impondo padrões comportamentais masculinos.

O poder é naturalizado masculino, e, enquanto não houver consciência de que o acesso aos espaços decisórios é hostil para as mulheres, elas continuarão a preferir ambientes de mais cuidado e menos disputa, mais solidariedade e menos competitividade, mais cooperação e menos dominação, mais empatia e menos indiferença.

A consciência coletiva capaz de eliminar a subjugação das mulheres pode ensejar a ressignificação da participação igualitária das mulheres e também pode propiciar seu pleno desenvolvimento e aproveitamento de suas potencialidades. A transformação social em busca da igualdade liberta todos do subjugo.

A realidade que afeta a participação igualitária das mulheres nos espaços de poder só será efetivamente modificada quando houver o equânime compartilhamento por homens e mulheres, das responsabilidades da vida privada, como afazeres domésticos e cuidados de pessoas, culturalmente desempenhados pelas mulheres, e quando na esfera pública a desigualdade institucionalizada deixar de ser praticada.

Não há que se falar em inversão de dominação da masculina para a feminina, como supremacia de gênero, e sim de crítica contra o poder constituído no paradigma machista que prolonga a dominação e impõe o anonimato, o preconceito e a violência.

O esforço conjunto deve ser no sentido de favorecer condições igualitárias para afastar as barreiras que impedem a ocupação de espaço, em especial de poder, pelas mulheres.

## REFERÊNCIAS:

---

ARRUDA, Angêla. Feminismo, gênero e representações sociais in *Feminismos: Teoria e Perspectivas - Textos de História*, org. Tania Navarro Swain. *Revista do Programa de Pós-graduação em História da UNB*. Brasília: UnB, 2000, vol. 8, n. 1/2.

BOÉTIE, Étienne de La. *Discurso da servidão voluntária*, (Tradução Casemiro Linarth), 1ª ed. São Paulo: Martin clarete, 2017.

FARIAS, Thaís Dumê. *História de um silêncio eloquente: construção do estereótipo feminino e criminalização das mulheres no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018.

FERRAZ, Sérgio. SAAD, Amauri Feres. *Uma declaração de princípios*, in: *Direito e liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito*, 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, IASP, 2017.

GIULANI, Paola Cappellin. *Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira*, in: *Breve história do Feminismo no Brasil e outros ensaios* org. Maria Amélia de Almeida Teles. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*, 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

NELSON, Saldanha. *Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Editora Sergio Antonio Fabris Editor. 1986.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: Perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; CAMARANO, Alessandra; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.



PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos humanos sob a perspectiva de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção*, in: Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Márcia Rodrigues Bertoldi, Alexandre Fagundes Gastal ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

CAMARANO, Alessandra. *A (in) visibilidade da mulher como estratégia de manutenção da cultura do patriarcado e das desigualdades sociais, aparelhados pelo sistema capitalista*, in: Feminismo, pluralismo e democracia, coordenadores PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. CAMARANO, Alessandra. HAZAN, Ellen Mara Ferraz. São Paulo: LTr, 2018.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Encontrando a teoria feminista do Direito*. <file:///C:/Users/Eliene/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/9871-13553-1-PB%20(1).pdf>.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do Feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

DE CAMPOS, Carmen Hein; SEVERI, Fabiana Cristina: *Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira*, in: Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018.

# EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

FRANCISCO CLÁUDIO DE A. SANTOS<sup>1</sup>

Pelo menos até 1990 havia grande controvérsia sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração; autores de expressão como Pontes de Miranda e Machado Guimarães, no que foram seguidos por Sérgio Bermudes, José Rogério Cruz e Tucci e outros, legaram o entendimento de que os declaratários não visavam nova decisão e, portanto, não seriam um recurso, pois, como dizia o primeiro em seus comentários à lei processual civil, os embargos de declaração tinham em mira apenas, que se *reexpressisse* a decisão.

É pacífico, entretanto, que se adota no Brasil o princípio da “taxatividade dos recursos”, consubstanciado no próprio direito posto, (art. 496 do CPC de 1973 e art. 994 do CPC de 2015), em que no último Código, expressamente, consta: “São cabíveis os seguintes recursos; [...]”; seguindo-se o elenco de meios impugnativos assim denominados e regulados na lei processual, nele incluído o recurso de embargos de declaração, sem prejuízo de outros previstos em leis especiais.

Encontra-se, ainda, em outras leis que cuidam da matéria, expressa referência aos embargos de declaração no rol de outros recursos, como é o caso da denominada Lei dos Recursos (Lei nº 8.038/1990), bem assim em lei posterior (Lei nº 8.950/1994), que expressamente dispôs que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de “outros recursos” em nova redação dada ao art. 538 do CPC revogado, pacificando-se, desde aquela data, o entendimento a respeito da natureza jurídica recursal desta impugnação.

A propósito, em comentários às reformas das leis processuais editadas em 1993 e 1994, o douto processualista Cândido Rangel Dinamarco acentuou que a lei nº 8.950/1994, no capítulo *recursal* dos embargos de

---

<sup>1</sup> Presidente do IADF.

declaração passou a cuidar não só dos oponíveis a acórdãos, mas a sentenças também, e observou:

Essa foi a mais significativa alteração que a reforma trouxe em relação aos embargos declaratórios – a unificação da sua disciplina, pondo fim à duplicidade consagrada no Código de Processo Civil.<sup>2</sup>

Mais, ainda, deixou claro o notável processualista que, com a nova redação dada ao art. 538 do CPC de 1973: (“Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”), as dúvidas sobre os critérios da dedução dos dias corridos para a contagem do prazo para a interposição de novos recursos foram dissipadas.

São do autor citado estes comentários:

“Suspensão e interrupção têm em comum a eficácia de impedir o curso dos prazos, detendo-os provisoriamente para que voltem a fluir depois, quando cessada a causa que os detivera. A diferença é que o prazo *interrompido* volta a fluir como se antes não tivesse começado, ou seja, sem deduzir o tempo passado antes de ser impedido; enquanto que o prazo *suspense*, quanto retoma seu curso, já se considera desfalcado dos dias passados antes do impedimento.”<sup>3</sup>

A matéria vem, atualmente, disciplinada no *caput* do art. 1.026 do CPC vigente, onde se lê: “Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”, isto é, de qualquer um ou qualquer outro recurso cabível.

Sem dúvida, a partir daí, tem-se como perfeita e abrangente a definição, anos atrás, proposta pelo grande processualista José Carlos Barbosa Moreira, que sempre ensinou: “[...] pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”<sup>4</sup>

Naquela mesma década de 1990, certamente sob os influxos das normas constitucionais de 1988, a normatizar os princípios do acesso à Justiça, da fundamentação das decisões judiciais e até administrativas e do devido processo legal, além do contraditório, bem assim da jurisprudência

---

<sup>2</sup> A reforma do código de processo civil, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 183.

<sup>3</sup> Ob. cit., p. 184-185.

<sup>4</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 476-565, Rio de Janeiro, Forense, 1974, v. 5, p. 191.

do novo e grande Tribunal Superior do País que veio a tornar-se efetivamente o guardião da ordem jurídica infraconstitucional - o Superior Tribunal de Justiça -, firmou-se o entendimento da tese de Barbosa Moreira, conhecida bem antes das reformas da lei processual, de que:

“Os embargos de declaração podem caber contra *qualquer* decisão judicial, seja qual for a sua espécie, o órgão de que emane e o grau de jurisdição em que se profira - não se limitando o cabimento, no primeiro grau, às *sentenças*, ao contrário do que pode parecer pela localização das normas contidas nos arts. 464 e 465 (insertos no Capítulo sob a rubrica “Da sentença e da coisa julgada”), e muito menos às sentenças *de mérito*, como aparentemente resultaria da conjugação entre o *caput* e o inciso II do art. 463.”<sup>5</sup>

Processualistas mais modernos são unânimes no sentido de afirmar que “negar-se à parte a possibilidade de interposição de embargos de declaração de decisões interlocutórias é posição doutrinária que afronta a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a que corresponde o seu direito de ver decididas, pelo Judiciário, as controvérsias que lhe são submetidas à apreciação”. São palavras de Professora Theresa Arruda Alvim.<sup>6</sup>

Este, aliás, é o posicionamento da doutrina mais autorizada, em cujo bojo, além dos autores citados, destacam-se as opiniões de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*), Nelson Luiz Pinto (*Manual dos recursos cíveis*), Clito Fornaciari Jr (*Dos embargos de declaração*), Araken de Assis (*Manual dos Recursos*), Luiz Eduardo Simardi Fernandes (*Embargos de Declaração*) e José Miguel Garcia Medina e Theresa Arruda Alvim (*Recursos e ações autônomas de impugnação*).

O novo Código de Processo Civil consagra expressamente a tese, com todos os aplausos e créditos conferidos ao Ministro Luiz Fux (aluno de Barbosa Moreira), que, em seu artigo 1022, atrás referido, dispõe:

---

<sup>5</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 15a. ed. 1993, Rio de Janeiro, Forense, p. 192-193.

<sup>6</sup> *O novo regime do agravo*, 2a. ed., São Paulo, RT, 1997, p. 367.

“Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão monocrática ou colegiada para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único [...]”

A comentar esse dispositivo, a já citada Thereza Arruda Alvim, uma das participantes dos trabalhos da elaboração do projeto do código vigente, sublinhou:

“O *caput* do art. 1.022, CPC/2015, esclarece a dúvida que chegou a existir à luz do CPC/1973 e diz claramente serem cabíveis embargos de declaração contra todo e qualquer pronunciamento do juiz, seja decisão interlocutória, sentença, decisão de relator, de órgão colegiado, etc. Pode-se afirmar ser recurso interponível até mesmo de pronunciamento desprovido de conteúdo relevantemente decisório.

O legislador de 2015, assim, corrigiu imperfeição contida na redação do art. 535, inciso I, CPC/1973, que se refere tão somente à sentença ou ao acórdão, como pronunciamentos suscetíveis de serem impugnados por meio dos embargos de declaração.”<sup>7</sup>

Também a comentar a nova lei processual os já citados Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Junior, após lembrarem que o “atual CPC faz menção expressa à possibilidade de que qualquer decisão judicial possa ser objeto dos embargos de declaração, dizem, adiante, a apreciar o *cabimento contra decisão monocrática no âmbito de tribunais*:

---

<sup>7</sup> Código de Processo de Código Civil Anotado, coord. por José Rogério Cruz e Tucci e outros, ed. eletrônica da AASP e OAB/PR.

Os EmbDcl existem para esclarecer, corrigir ou complementar a decisão judicial que contenha um dos vícios do CPC 1022, tendo em vista que decisão viciada não pode prevalecer. [...] Afirma-se, mais uma vez, o cabimento dos EmbDcl contra *qualquer* decisão judicial”.<sup>8</sup>

Aquelas manifestações da doutrina a seguir as lições de Barbosa Moreira, confirmadas no estatuto processual vigente, tiveram acolhida no egrégio Superior Tribunal de Justiça de outrora, onde predominou majoritariamente mercê da inteligência, dos conhecimentos e da sensibilidade de festejados magistrados que integraram e ainda compõem os quadros da Corte Superior.

De fato, a consagração dos embargos de declaração como recurso e seu cabimento contra qualquer decisão judicial, colegiada ou monocrática, inclusive de decisão interlocutória, foi reconhecida no STJ há quase 30 (trinta) anos.

Assim é que, a 20 de outubro de 1992, a Terceira Turma do STJ teve uma primeira oportunidade de apreciar e julgar causa que cuidava do manejo de embargos de declaração de decisão de Presidente de Tribunal que negou seguimento a um recurso especial, ao qual se seguiu a interposição de um agravo de instrumento em recurso especial destinado ao STJ.

O julgamento foi proferido por maioria, no AgReg no AG 22.207, cuja ementa é do seguinte teor:

“Decisão de Presidente de Tribunal que inadmite recurso especial – Embargos declaratórios – Admissibilidade.

A circunstância de ser cabível agravo de instrumento não afasta a possibilidade do pedido de declaração. Se a decisão for omissa, obscura ou contraditória, necessário que as deficiências sejam sanadas, até para que seja possível exercer com amplitude o direito de pedir-lhe a reforma.”

---

<sup>8</sup> *Código de Processo Civil Comentado*, 17ª ed., São Paulo, RT, 2018. p. 2379. Oportuno lembrar que os mesmos autores assim complementam sua lição: “Ofende diretamente a garantia constitucional do *due process of law* (CF 5º LI o procedimento utilizado em alguns tribunais de, aplicando reversamente o princípio da fungibilidade em detrimento do recorrente, receber como Ag ou AgRg o recurso de EmbDcl interposto contra decisão monocrática sob fundamento de serem incabíveis EmbDcl contra decisão monocrática, procedimento esse que suprime o direito de o embargante ver seu recurso processado e julgado e ser conhecido como o recurso seguinte, que ele ainda não interpôs e para o qual não se preparou convenientemente”.

Os fundamentos do voto vencedor, do douto Ministro Eduardo Ribeiro, foram suficientes para convencer o relator originário, vencido (no caso, o autor deste artigo, que então entendeu, em face da natureza meramente de delibação daquela decisão e do princípio constitucional da celeridade da tramitação processual, que não seriam cabíveis os embargos), naquele *leading case*, assim como uma melhor compreensão do cânone constitucional da exigência de fundamentação de todas as decisões e do princípio da segurança jurídica, tanto mais que, em uma nova oportunidade de exame da tese em outro julgado, a decisão da Terceira Turma daquela Corte Superior foi unânime. Deste julgamento é o acórdão proferido no REsp 48.727, de 12/08/1994, com esta ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. Os embargos de declaração são cabíveis de qualquer decisão judicial.

A partir daí, desconhece-se, salvo recentemente, decisões divergentes daquelas. Assim é que a Quarta Turma, em seguidas e unânimes decisões da relatoria do douto e saudoso processualista Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsps 111.637, de 14/02/1997, 158.032, de 3/05/1998, 163.222, de 30.04/1998, 119.968 de 5/5/1998 e 173.021, de 6/8/1998), manifestou-se pelo cabimento de embargos de declaração de qualquer decisão, monocrática ou colegiada. Dos precedentes invocados, recorda-se aquele proferido no último recurso especial, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO. AGRAVO POSTERIOR. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

- Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial, inclusive monocráticas, e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual.

Tal compreensão não ficou restrita à Seção de Direito Privado. Logo a matéria chegou em embargos de divergência à Corte Especial, que, unanimemente, em acórdão de que foi Relator o mesmo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, afastou toda e qualquer dúvida e firmou o entendi-

mento da Excelsa Corte, a oferecer ampla segurança a seus jurisdicionados e advogados, com a decisão que porta esta ementa (REsp 159.317, de 7/10/1998):

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DO AGRAVO. VALIDADE. GARANTIA MAIOR DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. DOCTRINA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

- Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do Código de Processo Civil atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais.

A partir daí todas as Turmas do Superior passaram a julgar no mesmo sentido, sendo de lembrar-se a decisão da Segunda Turma, de cujo recurso foi relator o eminente Ministro Paulo Gallotti, nos EDcl no AG 237.712, de 20-24/9/1999, cujo acórdão foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. OMISSÃO DO DESPACHO QUE ACOLHEU O AGRAVO E DETERMINOU A SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL.

1. Segundo decidiu a Corte Especial do STJ nos REsp 159.317, são cabíveis embargos declaratórios em qualquer decisão judicial.

2. Verificada a omissão, no despacho embargado, de qualquer referência à circunstância, devidamente apontada pela parte contrária, de não constar do instrumento a cópia da procuração outorgada em favor do advogado da agravante, impõe-se acolher os declaratórios para, emprestando-lhes efeito modificativo, negar provimento ao agravo.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.”

Em causa análoga às citadas a aplicar a mesma interpretação consolidada na Corte, a Segunda Turma, em acórdão da lavra da douta Magistrada e Processualista emérita, Ministra Eliana Calmon (Resp 768.526, de 20/3/2007), assim enfrentou a questão:



PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: CABIMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO TEMPESTIVO – ART. 165 DO CPC NÃO PREQUESTIONADO – SÚMULA 211/STJ.

1. Aplica-se o enunciado 211/STJ se, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal deixa de manifestar-se especificamente sobre a tese defendida.
2. Segundo a jurisprudência do STJ, são cabíveis embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, ficando, conseqüentemente, interrompido o prazo para interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente (art. 538 do CPC).
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

No acórdão uniformizador da Corte Especial, nota-se que a decisão já declinava que “uma vez interpostos (os embargos declaratórios) interrompem o prazo recursal” e, no *decisum* da emérita Ministra Eliana Calmon, pontifica a d. Magistrada que, manejados os declaratórios, fica “conseqüentemente interrompido o prazo para interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente (art. 538 do CPC)”.

Na mesma linha, dentre muitas outras, encontram-se no banco de dados da Corte Superior do País as decisões proferidas pelo Ministro José Delgado (AgRg no Ag 246.380, de 7/12/1999, Primeira Turma) e pelo Ministro Francisco Falcão (AgRg nos Edcl no REsp 256.395, de 23/10/2000), o que contribuiu, sensivelmente, para a predominância da “segurança jurídica”, na questão, desejada nos pronunciamentos judiciais.

Lamentavelmente, sem razão plausível e muito menos fundamento jurídico, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já sedimentado, sofreu um infundado regresso, a partir da segunda metade do primeiro decêndio deste século, por força de infelizes decisões do Supremo Tribunal Federal que entendeu, sem base legal alguma, que o único recurso cabível das decisões a examinar no grau ordinário o cabimento do recurso extraordinário seria o agravo em recurso extraordinário (ARE), jurisprudência que ecoou no Superior Tribunal de Justiça.

Exemplo dessa jurisprudência qualificada no ambiente jurídico como *defensiva*, isto é, para acarretar, supreendentemente, a intempestividade dos recursos sucessivos e evitar o acúmulo de recursos excepcionais nas cortes superiores, é o acórdão da Quarta Turma do STJ no AgRg no AI nº

1.341.818 (Relatora Min. Isabel Gallotti, vencidos os Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira), assim ementado (EREsp 159.317, de 7/10/1998):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO.

1. O agravo de instrumento é o único recurso cabível contra decisão que nega seguimento a recurso especial (CPC, art. 544). Desse modo, a oposição de embargos de declaração não interrompe o prazo para a interposição do agravo de instrumento. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Faz-se mister transcrever trechos do voto do douto Ministro Raul Araújo que irrepreensivelmente assim fundamentou sua manifestação:

“Com a devida vênia, entendo que cabem embargos de declaração conta decisão, proferida pela Presidência da Corde de origem, no juízo de admissibilidade do recurso especial, sempre que houver omissão, obscuridade ou contradição.

As decisões judiciais, de forma geral, são passíveis de incorrer em erro material ou nos vícios de que trata o art. 535 do Código de Processo Civil. Por essa razão, é plausível aceitar a oposição de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, e, uma vez apresentadas, terão o condão de interromper o prazo recursal.

Em homenagem ao princípio constitucional da motivação (CF, art. 93, IX), todos os pronunciamentos judiciais devem ser proferidos em completude, sem omissão, contradição ou obscuridade, sobretudo quando se tratar de decisão recorrível (no caso, por via de agravo), a qual seria aconselhável chegar ao Tribunal *ad quem* sem eventuais vícios.”

Em sequência, apoiado na boa doutrina de Araken de Assis, e a citar vários precedentes antes lembrados no presente trabalho, justificou plenamente sua posição a recordar que não parece correto entender-se haver erro grosseiro na oposição de embargos de declaração contra decisão, “quando há tantos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário” e chama a atenção para as seguintes situações:

Apenas a título exemplificativo, tem-se que há possibilidade de o Presidente ou Vice-Presidente da Corte de origem incorrer em contradição entre a motivação do *decisum* e sua parte dispositiva, delineando fundamentos no sentido da admissão do recurso especial, mas concluindo, ao final, erroneamente, por sua denegação.

[...]

Poderia também haver omissão quanto aos fundamentos da inadmissão do recurso especial, o que, além de constituir violação à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), dificultaria a impugnação do *decisum* pela parte agravante na petição do agravo contra a inadmissão do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 123 do STJ: *‘A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais’*.

[...]

“Poderia, ainda, acontecer de a Corte de origem reconhecer por equívoco uma intempestividade recursal, a qual poderia ser relevada em sede de embargos declaratórios, com acolhimento de erro material, evitando-se, assim, as delongas inerentes à interposição de outro recurso.

Em todos os exemplos acima parece haver necessidade e utilidade na oposição dos declaratórios.

Adiante, em trecho onde se revela a sensível acuidade do notável Magistrado, e suas qualidades de excelente julgador, o Ministro Raul Araújo, a examinar o caso concreto, toca em ponto da maior relevância. Veja-se.

O autor do voto vencido notou que o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça não admitiu o especial interposto por entender que não estava configurada a violação do art. 535 do CPC/1973 e incidiam as Súms. 7 e 211; daí foram interpostos os embargos de declaração, que foram conhecidos, logo, cabíveis eis que em tempo, mas rejeitados.

De tal forma, ponderou com acerto o autor do voto:

“Desse modo, o próprio Tribunal de origem, ao examinar o mérito das hipóteses previstas no art. 535 do Estatuto Processual Civil, parece ter entendido cabíveis os embargos declaratórios, tanto que os conheceu.”

Finalmente, após sublinhar que a legislação processual já contém mecanismos de coibição de abusos (pena pecuniária) no manejo dos aclaratórios, concluiu que os embargos de declaração de decisão monocrática que aprecia o seguimento do recurso especial podem ser conhecidos a provocar a interrupção do lapso recursal.

Incensuráveis as conclusões do voto do Ministro Raul Araújo.

O acórdão decidido por votação majoritária foi submetido à Corte Especial em grau de divergência com o acórdão adiante mencionado (EARESP 275.615, Rel. Min. Ari Pargendler), mas aquele colegiado entendeu que não havia uma “situação excepcional” para a interposição dos embargos de declaração na origem e negou provimento aos embargos de divergência (Rel. Ministro Napoleão Nunes Filho).

A invocar aquela decisão da Quarta Turma, decidida por escassa maioria, como precedente, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em decisão monocrática, ao examinar o ARESP nº 275.615, dele não conheceu em face de sua intempestividade, a asseverar, com afronta à lei processual, que: “[...] o prazo para a interposição do agravo do art. 544 do CPC não é interrompido pela oposição de aclaratórios contra a decisão de admissibilidade do recurso especial (cf. AgRg no Ag 1.341.818/RS, DJe 31/10/2012)”.

Esta decisão confirmada pela Terceira Turma foi submetida à Corte Especial, em sede de Embargos de Divergência, como já mencionado, e veio a ser decidida e reformada, unanimemente, em acórdão da lavra do Min. Ari Pargendler de conformidade com esta ementa:

PROCESSO CIVIL. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. PRAZO RECURSAL INTERROMPIDO PELA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Salvo melhor juízo, todas as decisões judiciais podem ser objeto de embargos de declaração, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem explicitar a respectiva motivação, tem se orientado no sentido de que os embargos de declaração opostos contra a decisão que, no tribunal a quo, nega seguimento a recurso especial não interrompem o prazo para a interposição do agravo previsto no art. 544 do Código de Processo Civil. Excepcionalmente, atribui-se esse efeito interruptivo quando, como evidenciado na espécie, a decisão é tão genérica que sequer permite a interposição do agravo. Embargos de divergência conhecidos e providos. (EAREsp 275.615/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 24/3/2014).

A decisão divergida é exatamente aquela proferida nos EREsp nº 159.317, da relatoria do Min. Sálvio Figueiredo, cuja ementa antes foi citada.

A crítica a ser feita ao acórdão da relatoria do Min. Ari Pargendler seria de que desnecessária é a ressalva (“Salvo melhor juízo”), pois a lei dispõe que todas as decisões judiciais podem ser objeto de embargos de declaração, bem assim, que não comporta distinção o texto legal, quanto ao fato de ser ou não ser genérica a decisão embargada.

Efetivamente, a declaração de ser ou não genérica a decisão embargada é uma armadilha para o jurisdicionado.

Qualquer decisão comporta o manejo de embargos de declaração, sujeitando-se a parte apenas à imposição de multa em caso de embargos meramente protelatórios.

A interrupção do prazo para as partes (embargante ou embargado) interromperem qualquer outro recurso é consequência inafastável do manejo dos embargos de declaração. Basta recorrer, tempestivamente, para daí decorrer a interrupção do prazo para outras impugnações recursais dirigidas a qualquer instância. Não importa que os embargos sejam conhecidos ou não conhecidos, rejeitados ou acolhidos, providos ou improvidos, protelatórios ou não protelatórios (com relação a estes, se protelatórios, a única consequência é a imposição de multa, elevada até 10% sobre o valor da causa, segundo a reforma de 1994 e o CPC vigente, art. 1026, §§ 2º e 3º).

Importante lembrar que § 4º do citado art. 1026 (CPC 2015) criou uma hipótese de inadmissibilidade dos embargos de declaração para coibir os abusos: “Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios”; o que só reforça o entendimento de que os dois embargos anteriores são admissíveis ou cabíveis.

Oportuno, ainda, observar, com base no direito positivo (Lei nº 12.322/2010) que o diploma legal que instituiu o agravo não instrumentado de decisão a não admitir os recursos extraordinário e especial, criado por inspiração do Ministro César Peluso, não tornou aquele recurso exclusivo meio impugnatório de tais decisões: apenas acabou com o formalismo do instrumento, a determinar que o agravo fosse recebido nos próprios autos, e ampliou o prazo para a interposição do agravo.

Deveras, aquele diploma legal apenas, dentre outras matérias, dispôs que o art. 544 do CPC de 1973 passaria a ter a seguinte redação: “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.”

A lei nº 12.322/2010, porém, em nenhum outro dispositivo excluiu a possibilidade de manejo dos embargos de declaração antes da interposição dos recursos extraordinário ou especial, e o atual Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.042, que, mais uma vez, normatizou aquela espécie de agravo, não conferiu nenhuma exclusividade para o pleito de reforma do *decisum* monocrático da Presidência ou outra instância dos tribunais do segundo grau àquele recurso.

Portanto, nenhuma disposição legal de natureza processual obsta a interposição de embargos de declaração de decisão de qualquer autoridade judicial integrante de Tribunal que nega seguimento a recurso especial, o mesmo valendo para recurso extraordinário.

Mais uma vez, lembra-se que:

“A interrupção do prazo se dá pela mera interposição do recurso, sendo irrelevante, no geral, o preenchimento ou não dos requisitos de admissibilidade”.<sup>9</sup>

Destaca o autor da frase antes transcrita, Gilson Delgado Miranda, que “a interrupção irá operar-se mesmo em se tratando de embargos tidos como protelatórios”<sup>10</sup> e conclui: “Somente num único caso o prazo não será interrompido, isto é, se os embargos forem intempestivos.”<sup>11</sup>

E a consoar com a doutrina encontra-se o melhor e correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça, salvo as exceções de que se tomou conhecimento muito recentemente, após infelizes e equivocadas decisões da Suprema Corte do País, nas quais Ministros do Superior Tribunal de Justiça buscaram inspiração.

É válido salientar que em uma das primeiras decisões equivocadas do Pretório Supremo, no AgRg no AI 588.190, do qual foi o Relator o Ministro Lewandowski, julgado em 3/4/2007, ouviu-se a voz dissidente do Ministro Marco Aurélio, como sempre, muito sintonizado com o ordenamento jurídico pátrio e cujo voto, a contrapor-se ao do Relator, assim está fundamentado:

---

<sup>9</sup> Gilson Delgado Miranda, in *Código de Processo Interpretado*, São Paulo, 2004, Ed. Atlas, obra coordenada por Antonio Carlos Marcatto, p. 1599.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. idem.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 1.600.

*Peço vênia ao relator para divergir.*

Penso que qualquer pronunciamento judicial que possua carga decisória – e o crivo do juízo primeiro de admissibilidade possui essa carga – desafia, de início, embargos declaratórios. Na espécie, houve uma decisão prolatada pelo Presidente da Corte de origem, e contra esse ato de cognição incompleta – é certo, porque não foi ao mérito do conflito de interesses – a parte protocolou embargos declaratórios. Os embargos foram conhecidos e julgados, no tocante ao tema de fundo, pelo Presidente do Tribunal de origem. Ora, não teriam esses embargos resultado na interrupção do prazo para protocolização do agravo de instrumento? Penso que sim.

A continuar, face a um aparte do Ministro Ayres Britto de que os embargos foram considerados protelatórios, completou sua lição a seus pares:

O Código de Processo Civil de 73 implicou modificação substancial quanto ao Código de Processo Civil de 39. Ainda existe o instituto dos embargos declaratórios no processo eleitoral, mas no processo civil a consequência da interposição de declaratórios protelatórios se mostra única: aplicação de multas. Não sei nem se o Presidente do Tribunal de origem impôs multa. Em síntese, antes, sob o abrigo do Código de 39, protelatório o recurso, não havia a suspensão do prazo recursal. Hoje, protelatório, ocorre a interrupção, apenando-se o embargante com a multa.

O Relator no caso citado respondeu ao aparte com argumento nada convincente de que estava com a jurisprudência, sem dúvida, também equivocada, do Supremo.<sup>12</sup>

Demonstrado fartamente o cabimento do recurso de embargos de declaração de qualquer decisão, acórdão, sentença ou interlocutória, monocrática ou colegiada, em qualquer fase do processo, bem assim que, ainda que os embargos sejam protelatórios – o que sujeita a parte apenas à multa imposta – ou mesmo não reúna os requisitos legais para seu conhecimento, desde 1994, quando os embargos passaram a ter o efeito não de suspender o prazo para a interposição de qualquer outro recurso, mas de interrompê-lo, também é certo que a simples interposição dos embargos,

---

<sup>12</sup> O Ministro Marco Aurélio continua, com todo acerto, a votar vencido, conforme aconteceu recentemente no Ag.Reg. no RE com Agravo 1.114.980, julgado em 05 de outubro de 2018, Primeira Turma.

tempestiva, apaga o prazo para outro recurso, e este lapso temporal somente volta a correr após o julgamento dos embargos interpostos.

Este é o ordenamento vigente, desde 1994, com o qual a jurisprudência sempre esteve acorde, a interpretá-lo sob os influxos dos princípios constitucionais mais relevantes e em consonância com a melhor doutrina, de modo a não ser crível que vinte anos decorridos daqueles pronunciamentos iniciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça, esta Corte venha a regressir para adotar uma “jurisprudência defensiva”, a acarretar insegurança jurídica, longe de trazer benefícios à Justiça do País.

Sem dúvida alguma, a atual jurisprudência do STJ atenta contra as garantias constitucionais de acesso à jurisdição e ao devido processo legal.





# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CANDIDATURA AVULSA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

JACKSON DI DOMENICO<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo discorre sobre os tratados e convenções que são absorvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do controle convencional. Diante disso, como objetivo específico, haverá a análise do seu impacto em nossa legislação, destacando o *Pacto de San José da Costa Rica*, por meio da candidatura avulsa. Tal candidatura, também será analisada sob questões como: (i) o recurso interposto no Supremo Tribunal Federal (STF), o qual reconheceu a repercussão geral da matéria; (ii) a controvérsia acerca da recepção de tratados internacionais pela Constituição Federal de 1988; (iii) a hierarquia existente entre os tratados internacionais e as normas constitucionais; (iv) o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e da Procuradoria Geral da República a respeito do tema; e (v) os pontos positivos e negativos presentes na liberação dessas candidaturas.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade. Tratados Internacionais. Constitucionalidade.

**Sumário:** Introdução. Aplicação do Controle de Convencionalidade. Suprema Corte Brasileira. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**Abstract:** *This article discusses the treaties and conventions that are utilized by the Brazilian legal system, through conventional control. In view of this, as a specific objective, there will be an analysis of its impact on our legislation,*

---

<sup>1</sup> Vice-Presidente do IADF, Desembargador Eleitoral do TRE/DF. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto de Direito Público de Brasília. Especialista em Direito Eleitoral e Direito Público. Telefone: +55 61 98121-7090. E-mail: domenico@jacksondomenico.com.br.

*highlighting the Pact of San José of Costa Rica, by means of an independent candidacy. Such an application will also be analyzed under such issues as (i) the appeal filed in the Federal Supreme Court (STF), which acknowledged the general repercussions concerning this matter; (ii) controversy concerning the receipt of international treaties by the Federal Constitution of 1988; (iii) the hierarchy between international treaties and constitutional norms; (iv) the position of the Supreme Electoral Tribunal (TSE) and the Attorney General's Office on the subject; (v) the positive and negative points present in the release of these candidatures.*

**Keywords:** Conventional Control. International Treaties. Constitutionality.

**Table of contents:** Introduction. Application of Conventional Control in the Brazilian Supreme Court. Conclusion. References.

## INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é utilizado como forma de harmonizar as normas da Constituição Federal com os Tratados e Convenções Internacionais. Esse controle tem a finalidade de conformar a legislação brasileira com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos em vigor no Brasil.

Nesse viés, a legislação nacional é tida como objeto, enquanto os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são considerados parâmetros ou paradigmas, a ponto de ampliar a parametricidade constitucional.

O controle de convencionalidade é utilizado para conciliar as normas nacionais compatíveis com a Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de forma a suplantarem as normas inconvencionais. Assim, esse controle guarda íntima relação com o Poder Judiciário, especialmente com o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

A Constituição Federal elenca a organização do Poder Judiciário brasileiro e, como se sabe, cabe ao Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição, exercer o controle de constitucionalidade. Dessa forma, parte da doutrina brasileira trasladou o procedimento do controle de constitucionalidade para fundamentar o controle de convencionalidade nacional, tanto no plano concentrado como no difuso.

Contudo, em que pese o crescimento desse tema no país, sua aplicação ainda é limitada, sendo mais aplicável em temas de cunho penal, tendo em vista as inúmeras discussões sobre os direitos humanos nesse ramo. Tratando, em especial, sobre o Direito Eleitoral, o controle de convencionalidade foi invocado em dois relevantes temas: a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010) e candidaturas avulsas.

Nesse contexto, *a priori*, abordaremos sua aplicabilidade nas candidaturas avulsas.

## **OBJETIVO GERAL/ESPECÍFICO**

O objetivo geral da presente pesquisa é realizar um estudo a respeito dos tratados e convenções que são absorvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do controle convencional. Diante disso, como objetivo específico, haverá a análise do seu impacto em nossa legislação, destacando o *Pacto de San José da Costa Rica*, com o exemplo da candidatura avulsa.

## **MÉTODOS/METODOLOGIA**

Em se tratando de método e de técnica de pesquisa, o presente estudo recorrerá ao método dedutivo, partindo do geral (Tratados e Convenções internacionais) para o particular (impacto na legislação brasileira e o Controle de convencionalidade em um exemplo prático) e o enriquecerá com o método dialético, visando à verificação das características e peculiaridades, para sintetizar tudo ao explorar e realizar um estudo sobre o *Pacto de San José da Costa Rica*.

A técnica de pesquisa, por sua vez, será de natureza documental, debruçada sobre os tratados e convenções internacionais que são absorvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do controle de convencionalidade, e pelos impactos gerados em nossa legislação. Aos documentos jurídicos somar-se-á, enfim, a técnica de pesquisa bibliográfica, com revisão da literatura constitucional e decisões exaradas pelo Poder Judiciário do Brasil. Tais técnicas serão utilizadas em razão do caráter teórico-argumentativo e comparativo do projeto.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Consoante mencionado, atualmente as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos e as normas de Direito Nacional estão passando por relevantes interpretações, influenciando sobremaneira a ordem jurídica brasileira. Nesse aspecto:

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos decorre, principalmente, das barbáries praticadas por ocasião da Segunda Guerra Mundial. Isso porque, inicialmente, a sociedade internacional assistiu de forma inerte o aviltamento da dignidade de milhares de pessoas, sem que houvesse sido coordenada uma ação no plano internacional sobre a problemática. A questão era praticamente tratada como um problema de natureza doméstica, não sendo utilizados os instrumentos que hodiernamente estão consagrados no Direito Internacional. Outro fator que tem sido apontado corresponde à vontade de muitos governos na aquisição de legitimidade política no campo internacional e, por consequência, o distanciamento de práticas atentatórias aos Direitos Humanos aplicadas no passado. Não se pode olvidar também que os movimentos sociais, as universidades, pesquisadores e outros segmentos têm desenvolvido trabalho profícuo na conquista de Direitos Humanos, em razão do quadro de penúria social que grande número de pessoas se encontra.

Assim é que sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna apresentamos as teorias que se digladiam no ordenamento jurídico brasileiro: os tratados de Direitos Humanos com natureza supraconstitucional; os tratados de Direitos Humanos com natureza constitucional; os tratados de Direitos Humanos com natureza de lei ordinária; os tratados de Direitos Humanos com natureza supralegal.<sup>2</sup>

Diante disso, surge o controle de convencionalidade, o qual examina a forma hierárquica das leis que entrarão no país, sendo constitucionais ou infraconstitucionais, possibilitando um duplo controle de verticalidade, ou seja, “as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os Tra-

---

<sup>2</sup> GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 175.

tados Internacionais aceitos pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)<sup>3</sup>. Portanto:

Esse instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre Direito Interno e normas de Direito Internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.<sup>4</sup>

Assim, discutiremos a aplicabilidade do controle de convencionalidade e seus reflexos na legislação brasileira.

## RESULTADOS/DISCUSSÃO

Como mencionado alhures, destacaremos as candidaturas avulsas, as quais são candidaturas independentes, ou seja, que não necessitam de filiação partidária para concorrer às eleições. A Constituição Federal traz em seu artigo 14, § 3º, condições para elegibilidade, dentre elas, a filiação partidária.<sup>5</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral da matéria tratada no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1054490, no qual o postulante recorre de decisão que indeferiu sua candidatura avulsa a prefeito do Rio de Janeiro (RJ) nas eleições de 2016. No caso mencionado, a candidatura foi indeferida pela Justiça Eleitoral sob o entendimento de que a Constituição Federal (art. 14, § 3º, inciso V) veda candidaturas avulsas ao estabelecer que a filiação partidária é condição de elegibilidade.

Para o candidato, a norma deveria ser interpretada segundo a Convenção de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que não prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade. De acordo com o Pacto, todo cidadão deve ter direito de “votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas” e “de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 179.

<sup>4</sup> GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 179.

<sup>5</sup> CF/1988 – Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V – a filiação partidária.

A discussão em tela está no exame da recepção desse tratado e dos pactos citados pelo recorrente em defesa de sua candidatura, pela Constituição Federal de 1988. Isso porque, após o advento da Emenda Constitucional 45/2004, apenas os tratados que versam sobre Direitos Humanos, aprovados por um procedimento especial, têm *status* de Emenda Constitucional.

Dessa forma, os demais tratados não teriam força para invalidar a condição imposta pela Carta Magna acerca da elegibilidade. Ocorre que existe uma lacuna temporal na legislação brasileira em que se permite aprimorar esse entendimento. Antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os Tratados Internacionais em que o Brasil fosse parte, tinham o mesmo *status* constitucional, por força do art. 5º, § 2º, CF/1988<sup>6</sup>, desde que ratificados após a promulgação da Constituição, ou seja, após 1988,<sup>6</sup> e antes de 2004.

Nesse viés, tendo em vista que o principal fundamento a ser analisado é o disposto no *Pacto de San José da Costa Rica*, é importante salientar que sua ratificação pelo Brasil ocorreu em 1992, após a promulgação da Constituição e antes do advento da EC 45/2004, motivo pelo qual o argumento ganha força.

O relator, Ministro Roberto Barroso, lembrou que, no caso da prisão de depositário infiel, mesmo havendo previsão constitucional e legal para tanto, o STF entendeu que a aplicação das normas nesse sentido deveria ser suspensa em razão do caráter supralegal do Pacto.

Nesse julgado, o Ministro Gilmar Mendes, em trecho do voto, exarou o seguinte entendimento:

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) 2 e dualista (Triepel) 3 sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, é certo que qualquer discussão nesse âmbito presuppõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os Tratados Internacionais e a Constituição.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CF/1988 – Art 5, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>7</sup> STF – Recurso Extraordinário 466.343. Rel. Ministro Cezar Peluso.

Ainda sobre a invocação dos Direitos Humanos em casos populares, podemos citar como exemplo a petição do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o qual alegou à Organização das Nações Unidas violação: (i) ao art. 9 – proteção contra a prisão ou detenção arbitrária; (ii) ao art. 14 – o direito a um tribunal independente e imparcial e direito de ser presumido inocente até que se prove a culpa por lei; (iii) à proteção contra interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, família, lar ou correspondência, e contra ofensas ilegais à honra ou reputação; todos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado em 1992.

O intuito principal do ex-presidente era assegurar e garantir o usufruto de seus direitos políticos, podendo confirmar sua candidatura à presidência da república em 2018, uma vez que, para ele, já haviam se esgotado as possibilidades pela legislação brasileira.

Ocorre que, no que diz respeito à candidatura avulsa, todo o ordenamento jurídico brasileiro está baseado na existência dos partidos políticos, ou seja, no papel que esse exerce sobre a democracia e a sociedade brasileira. No entendimento do Juízo *a quo*, o qual indeferiu o pedido de candidatura em tela, “entender pela prescindibilidade ou reduzir o papel dos partidos políticos implica em subversão da ordem constitucional”.

Ademais, concordar com a candidatura avulsa e com os argumentos trazidos para defendê-la, seria aceitar que normas internacionais interferissem na autonomia e soberania do Estado, influenciando diretamente em sua organização política e democrática.

Ainda, a corrente contrária à ideia de candidatura avulsa se fundamenta na hiperfragmentação da representação, que já é alta por conta do número excessivo de partidos; a intensificação da personalização do voto, ou seja, o candidato poderia apelar para o prestígio de sua imagem pública, e não de suas ideias; além do que, as instâncias pertinentes precisarão aperfeiçoar as regras das eleições ou projeto de governo – distribuição de tempo de TV e rádio, fundo eleitoral, registro de candidatura, conversão de votos em cadeiras – para o nível individual.

O Tribunal Superior Eleitoral entende que, além de todos os argumentos acima expostos, a liberação das candidaturas avulsas afetaria a segurança do procedimento eleitoral, refletindo também na distribuição de recursos, uma vez que ela está baseada no número de deputados de cada partido.

No entanto, esse tipo de candidatura ganhou apoio daqueles que defendem a ideia de que, com a ratificação do *Pacto de San José da Costa Rica*, o Congresso Nacional, validamente, abriu mão da condição estabelecida



pela Constituição da República, assumindo a possibilidade de haver candidatura sem filiação partidária.

Isso ocorre porque o que se discute em termos de hierarquia das normas conflitantes, como já mencionado, pode-se solucionar observando-se o lapso temporal entre a ratificação do Brasil nos tratados, a promulgação da Constituição Federal e a entrada em vigor da EC nº 45/2004.

No momento em que o Brasil aderiu ao *Pacto de San José*, as normas que versavam acerca dos direitos humanos, independentemente do processo de aprovação, teriam força de Emenda Constitucional. Logo, se no Pacto ora em comento não se exige a condição de filiação partidária e não há proibição constitucional de relevância intransponível, há a possibilidade de haver candidatura avulsa e a legislação, principalmente infraconstitucional, precisará se amoldar a essa nova realidade, na forma definida no tratado em comento.

Apesar da relevância dos partidos políticos no atual contexto legal e social, o art. 60, § 4º, II, da CF<sup>8</sup> não incluiu os partidos na cláusula de eternidade da Constituição de 1988. Nesse aspecto da organização social brasileira, a Constituição só declarou como cláusula pétreia o “voto direto, secreto, universal e periódico”.

Desse modo, não parece haver incompatibilidade entre a norma internacional aludida e as restrições a emendas constitucionais ou à incorporação do pacto na ordem brasileira, alinhado ao entendimento da Procuradoria Geral da República, consoante o parecer juntado ao Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1054490.

A corrente que defende a candidatura independente afirma que, com a liberação da filiação partidária, aumentam as chances de pessoas comuns chegarem a cargos de poder no Brasil. A limitação para que cidadãos participem da política está ligada, de acordo com esse argumento, essencialmente, ao controle exercido por dirigentes tradicionais dentro dos partidos.

O autor da ação no Supremo defende que as candidaturas avulsas proporcionariam uma renovação política, tanto no âmbito eleitoral quanto dentro dos próprios partidos. Com a quebra de monopólio partidário sobre as candidaturas, os partidos serão forçados a ser mais eficazes, transparentes e democráticos, permitindo aos cidadãos formarem as identida-

---

<sup>8</sup> CF/1988 – Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

des de sua conveniência, afastando-se das ideologias já estabelecidas pela conjuntura vigente.

Assim, verifica-se que o respeito aos Tratados Internacionais e às Convenções é um dever que decorre da própria Constituição Federal, alinhando e integrando a prestação jurisdicional e as políticas públicas sobre temas que dizem respeito a toda humanidade, sendo o controle de convencionalidade um importante instrumento para se chegar a este objetivo.

## CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Diante do exposto, verifica-se que atualmente as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos e as normas de Direito Nacional estão passando por grandes transformações, influenciando sobremaneira a ordem jurídica brasileira, surgindo, então, a ênfase ao controle de convencionalidade.

Tal controle serve como ponderação das leis, possibilitando um duplo controle de verticalidade, ou seja, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os Tratados Internacionais acolhidos pelo país onde vigoram tais normas (controle de convencionalidade).

Diante disso, tendo em vista que a candidatura avulsa é o procedimento pelo qual o cidadão pode requerer seu direito de concorrer às eleições sem a necessidade de se submeter à condição de filiação partidária, conforme prevê o texto constitucional, tem-se que sua liberação encontra aparente óbice na Constituição da República, a qual elenca como condição de elegibilidade que o cidadão esteja filiado a um partido político.

Ocorre, no entanto, que o *Pacto de San Jose da Costa Rica* trouxe nova possibilidade sobre a aplicabilidade dessa condição. O texto, ratificado pelo Brasil em 1992, não abarcou a filiação partidária como condição para a elegibilidade.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> "Frise-se que a ratificação torna o tratado obrigatório no âmbito internacional, mas no direito interno de todos os países devem-se observar o trâmite para a integração no ordenamento jurídico interno. No Brasil, por exemplo, é realizada pelo Poder Executivo com o *ad referendum* do Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 84, VIII, combinado com o art. 49, I, da Constituição Federal." *Tratados Internacionais (Teoria Geral)*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7652](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652) Acesso: 30 nov. 2018.

Em que pese exista discussão acerca da hierarquia entre o tratado e a norma constitucional, verifica-se do estudo extraído do texto que não há proibição na Constituição Federal acerca do tema, permitindo então, que se interprete de forma favorável e integrativa a questão.

Além disso, com a liberação da candidatura, aumentam as chances de pessoas do povo, sem vínculo partidário, chegarem a cargos de poder, diminuindo o controle e a influência exercida por segmentos eleitorais, por vezes, descomprometidos com o Estado e sua justiça.

Por oportuno, destaca-se que a corrente contrária à ideia de candidatura avulsa se fundamenta na hiperfragmentação da representação, na intensificação da personalização do voto, ou seja, o candidato poderia apelar para o prestígio de sua imagem pública, e não de suas ideias.

Dessa forma, verifica-se que a observância, principalmente pelo Poder Judiciário dos Tratados Internacionais e das Convenções, é uma previsão constitucional no Brasil. Assim, quando recepcionado, alinham-se com a prestação jurisdicional e as políticas públicas fundamentais sobre temas que dizem respeito a toda humanidade. Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade é um importante instrumento para se chegar a este objetivo, qual seja, a aplicabilidade e a efetividade das Convenções e Tratados Internacionais.

## REFERÊNCIAS

---

### LIVROS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1998*. São Paulo: Atlas, 1991.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos de interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZAROBBA, Orides. *O Direito Eleitoral Frente aos Tratados Internacionais: O Solipsismo da Jurisprudência Nacional e o Ativismo Pro Persona no Caso Mexicano*. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 156-182, jan./jun. 2018.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e Poder Constituinte*. In: PAGLIARINI, Alexandre

Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.) *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTANO, Ana Cláudia. *Candidaturas Independentes*. Curitiba: Íthala, 2018.

STF. *A Constituição e o Supremo: 20 anos da Constituição Federal*. Edição Comemorativa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

## WEBGRAFIA

Boletim de Notícias CONJUR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-02/pgr-parecer-favoravel-candidaturas-filiacao-partidaria>>. Acesso: 22 fev. 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: 22 fev. 2018.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso: 22 fev. 2018.

Notícias Tribunal Superior Eleitoral. *Registro de candidatos*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/resolucao-define-regras-para-escolha-e-registro-dos-candidatos-das-eleicoes-gerais-2018>>. Acesso: 22 fev. 2018.

Notícias Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358255>>. Acesso: 23 fev. 2018.

Tratados Internacionais (Teoria Geral). Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7652](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652)> Acesso: 30 nov. 2018

Tratados Internacionais e a convencionalidade esquecida. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/16/tratados-internacionais-e-a-convencionalidade-esquecida/>>. Acesso: 01 out. 2018.

# TIPICIDADE DO DIREITO, OBJETO DA CADUCIDADE

JACKSON MIGUEL DA TRINDADE<sup>1</sup>

É de todo prudente assegurar-se de que se vai cuidar de tema dos mais abrangentes da ciência jurídica e que já obteve manifestação de afama dos mestres.

Vamos tentar navegação de cabotagem sem aventurar-nos pelo “mar-de-longo”. Aferraremos em que nosso campo é um retalho do direito objetivamente considerado, precisamente, o “direito adquirido”, direito incorporado ao patrimônio do indivíduo e que sequer a lei pode molestá-lo. Não pode a lei nem o “decreto do pretor”.

Proponho releitura ao conceito da decadência, magistralmente exposto pelo Mestre Câmara Leal. Decadência, leciona o Mestre, é “a queda ou perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido”.

De que direito nos fala o Mestre? Por certo não é aquele incorporado ao patrimônio de alguém, pois este não perece. A linguagem hoje evidenciaria tratar-se de matéria do campo procedimental na iluminação dos termos “decurso do prazo fixado para o seu exercício”.

É no próprio falar do Mestre que encontro guarida para esta distinção que me atormenta há algum tempo, pela confusão lançada na doutrina e que causa a maior perplexidade na jurisprudência, em que se tem evitado a distinção da decadência e da prescrição, induzindo até ao impróprio uso da expressão “decadência/prescrição”.

Voltamos ao Mestre:

O terceiro traço diferencial se manifesta pela diversidade de natureza do direito que se extingue: a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo,

---

<sup>1</sup> Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, Aposentado.

mas que perece pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida.”

Informa-se que a escola alemã entende que a prescrição extingue diretamente as ações e só indiretamente os direitos. Há equívoco presente em nossa literatura. A prescrição só atinge a ação. O direito continua válido para acobertar-se pela exceção que é meio de defesa e que subsiste enquanto dura a possibilidade da ação contrária.

Um belo exemplo de caducidade e da espécie de direito atingido, para começar do mais simples, pela claridade, é o constante do art. 18 da Lei 5.533/51: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorrido cento e vinte dias.”

Vê-se que a decadência atinge unicamente o direito de requerer, deixando intacto o direito do indivíduo. É que não sendo um tema de direito processual guarda semelhança com a preclusão que é “a perda, extinção ou conservação de uma faculdade processual”, mais irmã gêmea da coisa julgada formal.

Por isso tenho proposto tratar-se de atividade procedimental, cuja finalidade é constituir um direito ou, pelo contrário, frustrar que se constitua um direito do adversário.

Na ação de nulidade matrimonial, o direito de anular o casamento visa obter que se torne efetivo o vínculo, tal na contestatória de paternidade.

Exalte-se que na decadência, em termos civis, atinge-se o direito de ação para desfazimento de um direito, não aperfeiçoado que conduz um germe de anulabilidade, não é ação para proteção de um direito. (v. artigo 75 Const. Civil)

Diverso é no Direito Tributário em que é límpido o instituto da decadência, mas diverso o objeto a atingir, pois a Fazenda decai da atividade de constituir o crédito tributário, decorrência da obrigação principal, que tem por objetivo o pagamento do tributo ou penalidades.

O que é atingido pela decadência é a atividade de constituir o crédito pelo lançamento. Aqui é evidente não estar em jogo nenhum direito, salvo o eufemismo de chamar a esta atividade de direito de constituir o crédito.

Temos de manter lembrado que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (Const. Civil, art. 75) e que esta ação é resultante da lesão a direito.

Exige compreensão maior os atos estabelecidos por força de política legislativa, em consideração ao direito maior da sociedade que pressupõe eficazes os atos anuláveis, cujos interessados não exerceram ação para desconstituí-los.

Em todos estes casos ficam relevantes que a caducidade não visa o direito em si, senão o direito de ação.

Onde destinguí-los da prescrição é que ocorrendo a decadência o direito de ação perece, enquanto na prescrição, como vimos, o direito continua vivo, podendo ser defendido por exceção.

Notável é que se há zonas cinzentas dificultando a distinção da decadência e da prescrição no direito civil, no direito tributário afastou-se toda e qualquer dificuldade. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Ministro Garcia Vieira põe o tema bem aclarado se bem que se vem esquecendo alicão.

Acórdão – RESP 11060/SP:

Tributário – ICM

O prazo é de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN) para constituir o crédito tributário. Não ocorreu **decadência** e até o lançamento o prazo é **de decadência**.

O prazo prescricional conta-se da constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN). A definitividade da constituição ocorre quando não cabe recurso ou pelo transcurso do prazo (art. 42, Decreto nº70.236/72).

A ação para a cobrança do crédito tributário nasce com a constituição definitiva e a conseqüente inscrição no D.A.

No caso, após o lançamento houve a suspensão da exigibilidade do crédito até a decisão do recurso administrativo, não ocorrendo à **prescrição**.

Negou-se vigência aos dispositivos legais apontados e divergência jurisprudencial.

Recurso conhecido e provido.

Para não deixar passar em branco, anoto e clamo a atenção dos doutores da má leitura que se faz, quer doutrinadores quer julgadores ao art. 156 do Código Tributário Nacional, que é bom grafá-lo:



Artigo 156 – Extinguem o crédito tributário:

1. O pagamento;
2. A compensação;
3. A transação;
4. A remissão;
5. A prescrição e a decadência;
6. A conversão de depósito em renda;
7. VII, VIII e IX eX.

O legislador do Código Tributário Nacional demonstrou bela noção de razoável tino lógico.

Dúvidas são levantadas com a possível extinção do crédito tributário com a prescrição e a decadência. É que a prescrição não atinge o direito e crédito é direito. Por outro lado à decadência não pode extinguir o crédito, posto que sua ocorrência inibe a formação do crédito e não se extingue o não-existente.

Todavia, o que expressou o legislador é que a prescrição e a decadência extinguem o crédito. Isto é, a ocorrência de ambas exclui o crédito tributário. No mundo conceitual inexistente tal ocorrência, contudo no real viver elas convivem.

Crédito tributário lançado em descumprimento do art. 173 do Código Tributário Nacional é inscrito e cobrado após o prazo do art. 174. O sujeito passivo alega decadência e prescrição e então o julgador terá de declarar extinto o crédito, para segurança do contribuinte que não ficará sujeito à compensação como apenas se declarada prescrita a ação.

Estas considerações servem apenas de meta para atrair melhores considerações dos sabedores.

# IMPRESSÕES SOBRE ATIVIDADE ECONÔMICA

LARISSA FRIEDRICH REINERT BARBOSA<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O objetivo inicial deste artigo é pesquisar sobre o serviço público, atividade econômica incumbida ao Poder Público, nos termos do texto constitucional (art. 175, CF). Iniciaram algumas reflexões sobre a relativização do seu conceito, em especial diante da evolução tecnológica observada nos últimos anos, bem como da dinâmica atual das atividades econômicas, que levam muitos serviços a deixarem de ser públicos.

Antes de mais nada, se faz necessário demonstrar o que vem a ser serviço público e como ele é tratado em nosso ordenamento jurídico. Logo nas primeiras leituras percebe-se uma grande influência do direito francês e do direito italiano em sua concepção.

Grandes juristas possuem densos trabalhos sobre os fundamentos e as consequências da noção de serviço público adotado no Brasil, tais como, José Guilherme Giacomuzzi, Vitor Rhein Schirato, Floriano Azevedo Marques Neto, Eros Grau e Marçal Justen Filho.

As mutações, tão constantes em nosso cenário jurídico, geram variações e aperfeiçoamentos nos conceitos e nas classificações jurídicas. Estes, dessa forma, não possuem um significado categórico e perene, muito pelo contrário, estão sempre em evolução.

---

<sup>1</sup> Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Membro da Comissão de Assuntos e Reforma Tributária da OAB/DF e do GTrib/UNB - Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Tributação. Vice-Presidente e Fundadora do IDT - Instituto de Direito Tributário Aplicado. [larissa@domenicoadogados.com.br](mailto:larissa@domenicoadogados.com.br)

No entanto, “a análise conceitual é decisiva para a resolução de questões jurídicas, e que em muitos casos (especialmente os difíceis) ela pode ser até mais importante que a análise das regras e princípios (aspecto normativo) aplicáveis”.<sup>2</sup>

Como bem salienta Eros Roberto Grau, utilizando-se dos ensinamentos de Genaro Carrió, as classificações não podem ser consideradas verdadeiras ou falsas, mas sim, úteis ou inúteis. Tais recursos classificatórios terão vantagens ou desvantagens os quais estarão sujeitos “ao interesse de que orienta quem as formula e a sua fecundidade para representar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis”.<sup>3</sup>

Alguns critérios jurídicos serão assim apresentados de forma a tornar compreensível e útil a pesquisa. Pontuadas tais balizas, a presente pesquisa pretendeu analisar o serviço público no direito brasileiro, bem como sugerir que sua visão tradicional seja aprimorada.

Percebeu-se a existência de um fenômeno, impulsionado pela evolução tecnológica, de transformação das atividades econômicas classificadas como serviços públicos em *serviços de interesse econômico geral*, submetendo-se, como regra, tais atividades ao regime jurídico privado, admitindo-se, em situações excepcionais, a adoção de um regime jurídico diverso.

Como referenciais teóricos, utilizou-se, em especial, os conceitos desenvolvidos pelos juristas José Guilherme Giacomuzzi e Marçal Justen Filho. Adotou-se metodologicamente a pesquisa bibliográfica.

No desenvolvimento da pesquisa apresentou-se, a noção de atividade econômica na Constituição Federal de 1988, expondo diferenças que apartam o campo dos serviços públicos (área de atuação estatal) da atividade econômica em sentido estrito (setor privado). Em seguida, passou-se a delimitar o que vem a ser serviço público no direito brasileiro, evidenciando algumas distinções e semelhanças com os sistemas jurídicos francês, italiano e americano.

Na sequência, demonstrou-se novas perspectivas para a releitura do conceito de serviço público. Concluiu-se que a eliminação da exclusivida-

---

<sup>2</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.215, abr./jun. 2017.

<sup>3</sup> GRAU. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 147. Apud CARRIÓ. *Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p.99.

de da prestação dos serviços de interesse público é uma realidade. Apenas as atividades em que a impossibilidade econômica ou material do cumprimento da atividade em regime de competição são constatadas merecem exclusividade de prestação pelo Estado.

A necessidade de uma releitura das situações amoldadas no Brasil como serviço público é uma realidade. Cada dia mais as atividades ganham novas características que não se adequam ao clássico conceito de serviço público. Essas atividades podem ser praticadas pela iniciativa privada, em especial, diante da possibilidade de compartilhamentos compulsórios de rede e infraestruturas. Faz necessário dissociar a titularidade do serviço da titularidade da exploração da infraestrutura.

Constatou-se, por fim, que a atividade econômica deixa de ser um serviço público e passa a ser uma atividade econômica propriamente dita a partir do momento que deixa de existir monopólio.

## A ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito econômico é “o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regular as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo princípio da ‘economicidade’ – com a ideologia adotada na ordem jurídica”.<sup>4</sup>

Em síntese, é o conjunto dos procedimentos jurídicos de que o Estado Contemporâneo se utiliza no cumprimento de sua política econômica, bem como é um ramo do direito que se destina a instrumentalizar, com ordenação jurídica, a política econômica do Estado.<sup>5</sup>

A atividade econômica está no âmago do direito econômico. Atividade econômica é a transformação que gera riqueza para satisfazer necessidades. É a exploração de recursos escassos que tem utilização mutuamente excludente (escolhas e critérios de destinação).

A expressão “atividade econômica” é considerada uma palavra “cama-leão”, diante da sua pluralidade de conotações. Inexiste oposição entre atividade econômica e serviço público. Isto porque, o gênero atividade eco-

<sup>4</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1980, p.3.

<sup>5</sup> GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 147.

nômica possui duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.<sup>6</sup>

A própria Constituição Federal distingue o serviço público e a atividade econômica propriamente dita, estabelecendo várias regras. Quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo, o Estado exercerá a atividade econômica sob forma e regime de direito privado, por entidade administrativa, nas hipóteses previstas na Constituição ou em lei.<sup>7</sup>

Sempre que o Estado desenvolver uma atividade econômica em sentido estrito estará sujeito aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Nessa linha, impor monopólio estatal em tal situação torna-se contraditório. O monopólio estatal existirá quando for necessário para a soberania nacional ou outros valores essenciais, refletindo em uma decisão política.<sup>8</sup> Segundo o art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

---

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96-98.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 679.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 681-682.

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Já o art. 175 da Constituição Federal dispõe sobre a prestação do serviço público, o qual incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Da leitura de tal artigo percebe-se que tal não menciona a existência de um regime jurídico próprio para a prestação de serviços públicos. No entanto, dispõe que a lei detalhará a questão. Ocorre que, apesar das reformas e das transformações ocorridas no direito nos últimos anos, por força da construção histórica da noção de serviço público, até hoje a doutrina extrai termos que não estão expressos na Constituição, gerando equívocos na interpretação do tema<sup>9</sup>.

Segundo Marçal Justen Filho:

A prestação do serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível. Logo, o serviço público corresponde a uma atividade econômica em acepção ampla. No entanto, o serviço público é uma atividade econômica (em sentido amplo) atribuída juridicamente à titularidade do Estado. Logo, configura-se como uma intervenção direta do Estado no domínio econômico. Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica. Afastam-se os princípios da livre iniciativa (porque a exploração daquela atividade passa a ser de titularidade do Estado) e da livre concorrência (eis que, em princípio, o serviço público é um monopólio estatal).<sup>10</sup>

Ademais, toda atuação estatal significa um ato de intervenção. Quando o Estado presta serviço público ou regulamentar a sua prestação ele atua na esfera pública, em sua própria titularidade. A intervenção “expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-90.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 554-555.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89.

Após esses primeiros esclarecimentos, aprofundar-se-á um pouco mais sobre o serviço público e suas peculiaridades.

## SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público “é uma atividade econômica indispensável à consecução da coesão social”.<sup>12</sup> Para José Guilherme Giacomuzzi:

Como ocorre na maioria dos conceitos jurídicos, o trabalho conceitual é deixado à doutrina.<sup>13</sup> Os juristas não podem, insisto, deixar de partir do direito positivo e passar a adotar concepções “essencialistas”,<sup>14</sup> que quase sempre revelam preferências subjetivas. E, embora a CF/88 não conceitue o que seja “serviço público” (de resto como nenhuma CF brasileira jamais o fez),<sup>15</sup> ela, ao contrário de Constituições de países que influenciaram nosso sistema jusadministrativo e que nada dizem sobre “serviço público” (como França e EUA), fornece alguns parâmetros para o tema genérico do “serviço público” [...].<sup>16</sup>

Alexandre Santos de Aragão explica que:

Os serviços públicos constituem conceito que historicamente tem tendido a uma amplitude bastante dilargada, oriunda da sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Muito disso se deve ao caráter mítico que os serviços públicos adquiriram ao longo do tempo,<sup>3</sup> como se a exclusão de alguma atividade estatal do seu conceito representasse uma *capitis diminutio*, uma desvalorização dessa atividade, ou então que a lançasse em um limbo jurídico.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 125.

<sup>13</sup> A primeira obra de referência pós-88 é a tese de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; desde então outros vários trabalhos específicos surgiram, sendo pouco útil e muito difícil nominá-los todos.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333-5.

<sup>15</sup> A expressão surgiu na CF de 1934 e consta de todas as demais Constituições. Ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89.

<sup>16</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p. 217, abr./jun. 2017.



Com base nisso, a maioria dos conceitos existentes na doutrina de serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica – o bem-estar da coletividade ou a dignidade da pessoa humana –, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (atividades indelegáveis e atividades delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos ou por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente ou gratuitamente; exclusivas do Estado ou compartilhadas com a iniciativa privada; de uso obrigatório ou facultativo; manifestações do *jus imperii* estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais, etc.).<sup>17</sup>

Segundo Vitor Rhein Schirato, no processo de formação da noção de serviço público no direito brasileiro, houve um processo de transição de uma concepção próxima do direito americano de regulação contratual de serviços de utilidade pública para a concepção francesa. Isto ocorreu a partir da “*incorporação ao direito pátrio das ideias de titularidade estatal da atividade, valorização do elemento subjetivo do serviço público e sujeição a um regime jurídico de direito público, permeado de prerrogativas e benefícios especiais*”.<sup>18</sup>

O conceito atual de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro tem suas origens no direito francês, da doutrina da Escola do Serviço Público Francesa. No entanto, enquanto na França o conceito de serviço público é utilizado para indicar todas as atividades estatais, no Brasil, “*adota-se um conceito mais restrito, que não abrange inúmeras atividades estatais*”.<sup>19</sup>

Diante da dificuldade de conceituação do termo serviço público, a doutrina administrativa francesa apresenta critérios para classificar uma atividade como *service public*.<sup>20</sup>

Segundo o critério material, se a atividade é de interesse público, tal seria um serviço público. O Conselho de Estado tem adotado tanto a concepção de Léon Duguit, considerando as atividades que concorressem para a solidariedade nacional, quanto – e especialmente – a concepção de

<sup>17</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 11-37, maio 2007.

<sup>18</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.75.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 559-560.

<sup>20</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 17, n. 68, p.228-229, abr./jun. 2017.

Gaston Jéze, segundo o qual, serão serviços públicos as atividades que as autoridades políticas julgam ser importantes para a sociedade.<sup>21</sup>

Inexiste no direito francês um interesse público por natureza, sendo o conceito por demais subjetivo, sendo que “a noção de interesse público acaba não podendo ser especificada para além das retóricas afirmações de que o interesse público é o ‘de todos’ ou ‘geral’”.<sup>22</sup>

Já nos Estado Unidos da América, o conceito francês de serviço público é inaplicável. O norte-americano possui a ideia de *public utilities*. José Guilherme Giacomuzzi pontifica que:

O dicionário jurídico mais utilizado nos EUA traz definição bastante genérica de *public utility*: “Uma empresa que provê serviços necessários ao público, como linhas e serviços telefônicos, de eletricidade e água”, acrescentando que a maioria das utilities “opera como monopólios mas está sujeita à regulação estatal”. E não é diferente com um dicionário específico para a área de contratos públicos, o qual define o termo *utility service* assim: “Um serviço, tal como o fornecimento de eletricidade, gás natural ou manufaturado, água, rede de esgotos, energia térmica, água resfriada, energia, água quente ou água aquecida a altas temperaturas”.

Não por acaso, as definições (i) são exemplificativas, suscitando um raciocínio que parte do particular ao geral, típica aos *common lawyers*; e (ii) indicam atividades prestadas na história norte-americana por grandes empresas privadas, as quais foram sendo mais ou menos “reguladas” ao longo do tempo. Igualmente não por acaso, a temática das *public utilities* é tratada nos EUA interdisciplinarmente entre juristas e economistas. Por isso é fácil compreender porque um dos primeiros grandes clássicos jurídicos envolvendo as *public utilities*, publicado em 1911 por um professor da Harvard Law School, Bruce Wyman (1876-1926), envolve mais diretamente o estudo das empresas prestadoras de serviços públicos (*public service corporations*).<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.229, abr./jun. 2017.

<sup>22</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.229, abr./jun. 2017.

<sup>23</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.230-231, abr./jun. 2017.

A distinção pontual entre o conceito francês e norte-americano reside no fato de que naquele existem dois polos. Um no campo da atuação estatal, denominado serviço público; e outro, no campo da atividade privada limitada pelo poder de polícia, denominada atividade econômica. Já nos EUA existe um único âmbito, o da atividade econômica, campo em que opera o poder de polícia. “O problema enfrentado nos EUA, portanto, sempre foi o quão pública deveria ser a atividade desenvolvida para permitir/exigir mais ou menos regulação, é dizer, mais ou menos poder de polícia”.<sup>24</sup>

Em síntese, na França, parte-se do conceito ao caso concreto. Já nos EUA, faz-se o caminho inverso.<sup>25</sup> Nessa linha, segue interessante relato histórico:

Embora as cortes inglesas tenham, segundo Lovejoy, reconhecido o conceito de atividades econômicas voltadas ao interesse público (*public calling*), somente em 1877 essa ideia foi adotada “como princípio” no direito norte-americano. O *leading case* da matéria teria sido, lembrava Lovejoy, *Munn vs. Illinois*, julgado em 1877.<sup>26</sup>

Em *Munn*, uma lei do estado de Illinois havia posto um limite máximo no preço cobrado para a estocagem de cereais, especificamente pelos proprietários de elevadores e armazéns de grãos. Esses proprietários argumentavam que a lei violava seu direito de propriedade, protegido pelas emendas 5ª e 14 da Constituição norte-americana.

O ponto de discussão era este: seria constitucional, por ofensa a direito de propriedade, uma lei de Estado-membro que regulasse preços da estocagem de grãos? A Corte ofereceu basicamente a seguinte resposta: se alguém usa sua propriedade de maneira que sua atividade é particularmente importante à sociedade, essa sociedade pode impor restrições mais severas ao uso da propriedade. A pessoa é livre para escolher ingressar na atividade; uma vez

---

<sup>24</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.232, abr./jun. 2017.

<sup>25</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.232, abr./jun. 2017.

<sup>26</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p.233-234, abr./jun. 2017. Apud LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958.

nela, contudo, deve sujeitar-se às regulações impostas pela sociedade/Estado. Na frase de Lovejoy: “Substancialmente, a questão passa a ser se o exercício do poder de polícia é apropriado ou razoável, i.e., em nome do interesse público”.<sup>93</sup> Estaria então estabelecida a categoria de “atividade econômica afetada pelo interesse público”.

A próxima óbvia questão, dizia Lovejoy, era estabelecer quais atividades econômicas eram enquadráveis nessa categoria. O problema aqui era claríssimo: se alargado demais, o conceito abarcaria virtualmente qualquer atividade. Ocorre que, para Lovejoy, justamente aqui se deu a confusão, pelas cortes, entre a conceituação de “atividade afetada pelo interesse público” e a atividade enquadrável como *public utility*. E o início da confusão ter-se-ia dado no caso *Brass v. North Dakota*, julgado pela Suprema Corte em 1894,<sup>94</sup> no qual a Corte deveria julgar a validade de lei que regulava todos os elevadores de cereais no estado de North Dakota. À época havia aproximadamente seiscentos elevadores construídos a preço bastante baixo, estando garantida a competição. A Suprema Corte, em decisão apertada (5 a 4), julgou válida a lei, sustentando basicamente que a estocagem de cereais via elevadores havia sido considerada atividade “afetada pelo interesse público” em Illinois e em Nova Iorque, pelo que essa atividade era uma *public utility*. Em suma, enquanto a maioria dizia que poderia haver regulação em razão do interesse público da atividade, a minoria dizia que a mesma atividade não poderia ser regulada por não ser uma *public utility*.

O que se passou, na visão de Lovejoy, foi o seguinte: as cortes simplesmente mesclavam as noções de *public interest* com *public utility* e passavam a escrutinar os casos via controle do exercício do poder de polícia, que haveria de ser “apropriado” e “razoável”. Seguro contra incêndio, por exemplo, foi considerado uma *public utility*, mas não o armazenamento de carne. Para Lovejoy, ao tentar resolver um problema, as cortes teriam criado outro. Essa confusão teria levado a decisões que permitiam a regulação de atividades como tabelamento de preços de cigarros, do carvão betuminoso e de aluguéis, as quais, segundo Lovejoy, passariam ao largo da caracterização comum de atividades industriais de “utilidade pública”. O fato de uma atividade ser de “interesse público” não poderia transformá-la numa *public utility*, dizia Lovejoy. Por isso seria necessário separar os conceitos.

A Suprema Corte norte-americana continuou utilizando sem clareza os conceitos até 1934, quando julgou o caso *Nebbia v. New*

York, no qual a questão posta à Corte era a constitucionalidade de lei estadual que regulava os preços de comercialização do leite. Em *Nebbia*, um produtor, que havia sido condenado criminalmente por vender abaixo do preço estabelecido, argumentava que sua atividade (comércio de laticínios) não era uma *public utility*. A Corte concordou que essa atividade poderia mesmo não se enquadrar na categoria de *public utility*, mas que era sim uma atividade “afetada pelo interesse público”, e que essa categoria não era “fechada”. Em suma, a Corte entendeu que regulação era possível mesmo que a atividade econômica não fosse uma *public utility*. A partir de *Nebbia*, a regulação da atividade econômica é sempre possível, desde que razoável. O ponto de discussão, portanto, passou a ser a razoabilidade da regulação.

Para efeitos do presente estudo, as conclusões de Lovejoy não nos interessam tanto; o que importa aqui é que o debate havido na quase totalidade da doutrina francesa desde muito tempo é de certa forma similar à discussão levada a cabo por Lovejoy: a dificuldade de se encontrar um critério ou definir ou conceituar “serviço público” ou “*public utility*” por meio da noção de “interesse público”. Não há, portanto, somente diferenças entre os sistemas jurídicos norte-americano e francês; ao contrário, a discussão de fundo gira em torno do mesmo problema.<sup>27</sup>

Percebe-se, assim, que para o direito norte-americano a regulação da atividade econômica é sempre possível, mas deve-se observar a razoabilidade. Toda a atividade de caráter econômico deve conservar-se privada, respeitando-se o princípio da livre iniciativa e o regime de competição do mercado. Nessa linha, por inexistir prévia delegação estatal, inexistem contratos de concessão ou permissão.<sup>28</sup>

A partir de fins da década de 30, o Estado brasileiro iniciou um longo e profundo processo de intervenção direta na economia, objetivando ter um maior controle sobre determinadas atividades econômicas, influenciado pelo direito europeu e encontrando respaldo no modelo francês.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p. 234-236, abr./jun. 2017.

<sup>28</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p. 36, abr./jun. 2017.

<sup>29</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 80.

A influência do direito francês foi intensificada após a segunda metade da década de 1950. Autores como Celso Antônio Bandeira de Mello realizaram seus estudos a partir dos pressupostos franceses, sem fazer referências ao direito norte-americano, sendo esse repetido pela doutrina brasileira. Essa influência foi infiltrando no direito brasileiro, tanto na doutrina como na jurisprudência, e, a partir da década de 60, tal influência francesa restou consolidada.<sup>30</sup>

Na visão de Vitor Rhein Schirato:

[...] verifica-se não haver apenas um fundamento para a construção da noção de serviço público como hoje se encontra no direito brasileiro. Há um conjunto de fatores entrelaçados, incidindo na formação e na consolidação da noção de serviço público. Em um primeiro momento, há uma influência do direito estrangeiro. Na sequência, há sua utilização para fundamentar juridicamente determinadas ações estatais em curso ou a serem implementadas, ao que vai ser agregando, cada vez com maior intensidade, concepções político-ideológicas. Enfim, as próprias características das diversas atividades erigidas a serviços públicos vêm a reforçar os elementos integrantes de sua noção.<sup>31</sup>

Interessante notar que o Brasil também sofreu influência do direito italiano neste ponto. Isso porque, a assunção das atividades estatais pelo Estado não era imanente à noção de serviço público francês, mas um traço do direito italiano, o qual se repetiu no Brasil. No direito italiano, “quando se instaura a noção de serviço público, opera-se uma tomada da atividade com exclusividade pelo Estado, interditando o acesso de particulares”.<sup>32</sup>

A reserva originária das atividades descritas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, em especial a reserva de mercado para o Estado de alguns setores da economia como o setor elétrico, de transportes e de telecomunicações, é uma construção primariamente italiana.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.77.

<sup>31</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 88.

<sup>32</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.78.

<sup>33</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.78.

O fato das atividades estarem descritas na Constituição Federal, *a priori*, induz a necessidade e obrigatoriedade de serem prestadas sob o regime jurídico dos serviços públicos. No entanto, há exceções, conforme pontificada Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, há casos em que a manutenção do serviço público não é incompatível com a existência de atividade privada. Há situações concretas em que é viável a coexistência de serviço público e de atividade econômica. Essa viabilidade é avaliada sob o prisma econômico e se relaciona com a figura do chamado “monopólio natural”.

A segunda exceção se verifica nos casos em que a atividade desenvolvida segundo os mecanismos de mercado for suficiente para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais envolvidos. Um exemplo é o da telefonia, que parece encaminhar-se para prestação, exclusivamente, sob regime de direito privado.<sup>34</sup>

Como referencial, entende-se que a atividade será um serviço público a partir de critérios, tais como a referibilidade direta e imediata dos direitos fundamentais e a impossibilidade de prestação do serviço fundamental sob o regime de direito privado. Nem todos os serviços públicos foram taxativamente previstos na Constituição. Assim, pode o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como públicas, respeitados os princípios constitucionais.<sup>35</sup>

Após os apontamentos acima delineados, a seguir, colacionam-se algumas reflexões que motivam um novo olhar sobre o serviço público.

---

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 561.

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 561.

## NOVAS PERSPECTIVAS DO SERVIÇO PÚBLICO.

Além das referências constitucionais aos serviços públicos dispostas no art. 175 da CF, o art. 21, incisos XI e XII, do mesmo diploma, dispõem sobre atividades econômicas e forma de sua prestação, *ipsis litteris*:

Art. 21. Compete à União: [...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Para Marçal Justen Filho, deve-se entender que as atividades descritas no art. 21, incisos XI e XII, da CF/88, serão serviço público apenas quando estiverem presentes alguns pressupostos. Tais sejam: “a satisfação imediata de direitos fundamentais em situações nas quais os mecanismos de direito privado inerentes ao regime de mercado não forem suficientes para assegurar os resultados adequados”.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 559-560.



Nessa linha, quando os direitos fundamentais puderem ser satisfeitos por meio da atuação empresarial privada, sob regime de direito privado, a atividade poderá ser despublicizada. Surgirá assim, uma atividade econômica em sentido restrito, podendo abarcar, inclusive, um serviço de interesse econômico geral.<sup>37</sup>

Toda e qualquer discussão sobre os fundamentos e a razão de ser do Estado devem ser guiadas pelo texto constitucional. Isto porque, os direitos individuais decorrem de um direito fundamental, bem como as obrigações do Estado, inclusive os serviços públicos, possuem como base os direitos fundamentais contemplados no texto constitucional.<sup>38</sup>

Nessa linha, os serviços públicos devem ser reconhecidos como instrumentos necessários à satisfação dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a necessidade coletiva deve ser suprida por meio de um serviço público que a lei irá determinar. No entanto, esse entendimento confere excessiva discricionariedade ao legislador, pois desvincula a criação por lei e os requisitos constitucionais para tal.<sup>40</sup>

As atividades descritas no art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal só serão consideradas serviços públicos se tiverem requisitos determinados e específicos, tais como: “o oferecimento de utilidades a pessoas indeterminadas, a exploração permanente da atividade e outros requisitos fixados em lei ordinária.”<sup>41</sup>

Grande parte dos serviços públicos abarcam monopólios naturais. Isto porque o monopólio justifica a exclusividade na sua prestação. É nessa que linha que o art. 16 da Lei 8.987/1995 determina que “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato de conveniência a que se refere o art. 5º desta Lei.”<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 556-557.

<sup>38</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98-100.

<sup>39</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 103.

<sup>40</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 105-106.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 557.

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 562.

No início do século XX, a atividade de matadouros públicos seguia o regime jurídico de serviço público. Objetivava-se garantir a saúde pública e a economia, seja atendendo todas as medidas sanitárias, seja estabilizando os preços das mercadorias. O direito fundamental concretizado era o direito à saúde. No entanto, com o desenvolvimento das técnicas e da ciência, verificou-se que a simples fiscalização da atividade de abate de gado era suficiente. Assim, o regime de serviço público passou a ser desnecessário para assegurar o direito fundamental, sendo inclusive desproporcional.<sup>43</sup>

Diante da evolução tecnológica nascem e extinguem-se necessidades em uma velocidade nunca antes vista, o que afeta e gera reflexões sobre a necessidade de uma releitura do conceito de serviço público.

Nesse contexto, o estudo dos monopólios naturais torna-se relevante. Para Marçal Justen Filho:

Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados que a exploração por um único agente econômico. Ou seja, quanto maior o número de usuários do sistema, menor o custo para fornecer outras prestações.

Nos casos de monopólio natural, a exploração econômica mais eficiente é aquela desenvolvida por um único operador. A existência de dois operadores conduz à redução da participação de cada um deles no mercado e gera preços mais elevados.

Os exemplos de monopólios naturais são os serviços prestados em rede, tal como a energia elétrica, a telefonia fixa, a distribuição de água e coleta de esgoto, as ferrovias, etc.

Desde o final do século XIX até meados do século XX, houve forte tendência à transformação dos monopólios naturais em serviço público.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 107-108.

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 570.

A partir do momento que não se faz necessário mais o monopólio, aquela atividade econômica pode ser prestada pelo particular sem qualquer problema. A título exemplificativo temos o caso da energia elétrica (art. 21, XII, b, CF/88). O modelo de oferta da energia elétrica foi criado a partir da ideia de um ciclo completo, em que uma única empresa (monopólio natural) era responsável por todas as fases do serviço, desde a geração da energia até a sua distribuição e comercialização.<sup>45</sup>

A tecnologia, no entanto, tem gerado grandes transformações. Atualmente é possível gerar energia de uma forma mais barata e eficaz, sendo plenamente possível a competição.<sup>46</sup>

De forma genérica, a nova forma de se pensar o serviço público tem como marca a dissociação entre as atividades de regulação e de prestação de serviço público. Essa evolução no serviço público é percebida em todo o mundo. Na União Europeia, por exemplo, há proposta comunitária para se revisar o regime jurídico dos serviços considerados públicos. Articula-se no sentido de *serviços de interesse econômico geral*. Neste, a regra seria a submissão ao regime privado, admitindo-se, em face de conjunturas específicas, a aplicação de regime jurídico diverso. Segundo Marçal Justen Filho:

A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público. Há uma forte tendência à uniformização do regime jurídico ou ao surgimento de uma síntese dialética superadora de ambas as soluções. Os serviços afetados à satisfação de necessidades coletivas comportariam um regime jurídico anômalo. O resultado prático seria o desaparecimento do regime de serviço público, com a multiplicação de regimes jurídicos anômalos em vista de cada categoria de atuação. Por exemplo, haveria um direito da energia elétrica, disciplinado segundo os modelos de direito privado, mas com regras específicas para assegurar a satisfação de necessidades coletivas. O mesmo se passaria no setor das telecomunicações, transportes coletivos, ferrovias, rodovias, portos e assim por diante.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 570.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 570.

<sup>47</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 571.

Em síntese, se retiraria dos órgãos encarregados da regulação a prestação do serviço, criando entidades administrativas com autonomia mínima, as quais ficariam responsáveis em disciplinar o desempenho dos serviços prestados e sua imparcialidade, bem como buscariam a democratização e a transparência da prestação.<sup>48</sup>

Surgiria, assim, o direito da energia elétrica, o direito das telecomunicações, o direito da educação, etc. Nessa linha, a rigidez do regime publicista alcançaria apenas os serviços essenciais, vinculados aos direitos fundamentais, tais como da educação e da saúde, eliminando-se a exclusividade da prestação.<sup>49</sup>

A exclusividade só existiria diante da impossibilidade econômica ou material do cumprimento da atividade em regime de competição. Faz necessário dissociar a titularidade do serviço da exploração da infraestrutura. É perfeitamente possível o compartilhamento compulsório de redes. Exemplo disto é a Lei nº 13.116/2015 que consagrou normas gerais de compartilhamento de infraestruturas na área de telecomunicações.<sup>50</sup>

O Estado brasileiro assumiu a exploração de determinadas atividades econômicas consideradas como relevantes ao interesse coletivo utilizando, em especial, a noção e as concepções ideológicas de serviço público.<sup>51</sup> No entanto, atualmente, faz-se necessária uma nova dinâmica. Para Vitor Rhein Schirato:

Cria-se uma relação verticalizada entre Estado e cidadão, na qual os cidadãos são obrigados a consumir serviços públicos prestados em regime de exclusividade por um Estado pleno de prerrogativas e poderes esteados em concepções doutrinárias projetadas sobre formulações desprovidas de maior concreção e vinculação com a realidade, como a supremacia do interesse público sobre o particular e a separação das atividades econômicas entre as de sentido amplo e as de sentido estrito.

---

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 571-572.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 572.

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016, p. 575.

<sup>51</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78.

Em que pese ser bem verdade que a pretensão de criação de um regime jurídico dos serviços públicos tenha tido o objetivo de assegurar o efetivo alcance de suas finalidades -, ou seja, a satisfação de direitos dos cidadãos -, sua formulação no direito brasileiro teve efeito reverso: criou mecanismos para o Estado ser ineficiente e cheio de prerrogativas que não são condizentes com o conteúdo garantístico da Constituição Federal [...] <sup>52</sup>

Percebe-se, assim, que uma atividade econômica pode deixar de ser um serviço público e passar a ser uma atividade econômica propriamente dita a partir do momento que deixa de existir o monopólio.

A partir da década de 90, muitos serviços públicos transformaram-se em atividades econômicas em sentido estrito. Assim, houve uma igualdade de condições dos agentes envolvidos, extirpando a ideia de um regime jurídico próprio. No entanto, em que pese tal evolução, muitas atividades “continuaram sendo prestadas pelo Estado em condições muito semelhantes, o que torna impossível identificar com clareza em quais casos de trata de serviço público e em quais casos das demais atividades econômicas”.<sup>53</sup>

As pesquisas e conclusões de Dinorá Adelaide Musetti Grotti são importantes e bem expressam o escopo do presente trabalho:

Por sua vez, o desenvolvimento tecnológico produziu inovações no âmbito econômico, em especial no tocante à Teoria do Monopólio Natural,<sup>8</sup> e antigos limites naturais à ampla concorrência foram sendo superados. Dia a dia surgem novas técnicas, de modo a potencializar a exploração de vários serviços, possibilitando a existência de competição para algumas modalidades <sup>9</sup> por diversos mecanismos e suscitando a aplicação do “Direito da Concorrência” (ou antitruste, assim denominado o conjunto de normas destinadas a prevenir e a reprimir a deficiência na concorrência) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Desse “novo” serviço público, imbricado de uma nítida conotação econômica deflui também um novo modelo de regulação para a competição, que supõe uma transformação dos modos de interpretação e de aplicação de muitos dos princípios de organização e regime jurídico que disciplinaram o funcionamento dos serviços públicos na tradição continental europeia e brasileira, oriundos de sua necessária adaptação às conjunturas e aos contextos particulares no fim do século XX e início do século XXI.

<sup>52</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 93.

<sup>53</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127-128.

Um princípio que se reflete em toda a estrutura do novo modelo de regulação para a competição é a desintegração vertical das distintas fases ou segmentos do negócio do que se trata. Admite-se que certos serviços possam ser segmentados em duas ou mais atividades e a adoção de regimes de concorrência em algumas delas. O processo de desverticalização (*unbundling*), surgido no direito anglo-saxão, foi se firmando na medida em que se desencadeiam atividades introdutórias da competitividade nos serviços entregues à iniciativa privada.

Os serviços públicos fragmentaram-se, dissociaram-se, nem sempre compondo um bloco uniforme, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. É certo que existem modalidades de atividade, aquelas exercidas em rede (por exemplo, telecomunicações, energia elétrica, gás ferrovias) “em que o regime de monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. [...]. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele, obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição. De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio”.

Por meio do estudo dos monopólios naturais no Direito Concorrencial norte-americano foi desenvolvida a doutrina das *essential facilities* e *Third Party Access*. E existe uma *essential facility* “quando há situação de dependência de um agente econômico em relação à estrutura de outro agente, principalmente quando a duplicação dessa estrutura é inviável, seja pelos custos envolvidos, seja pela necessidade de escala para a operação do sistema”.

Consequentemente, aos poucos foi surgindo uma complexa ordem regulatória completamente diferente da anterior.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 14, n. 28, p. 81-118, jul./dez. 2011. Link: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81099>>.

Seguindo essa linha de pensamento, tudo leva a crer que os critérios utilizados pelo direito norte-americano na conceituação do que vem a ser serviço público merecem aplicabilidade no direito brasileiro, em especial à aplicação da proporcionalidade.

Vitor Rhein Schirato defende a aplicação do princípio da proporcionalidade ao analisar-se as atividades econômicas:

[...] entendemos que a possibilidade jurídica de se instituir um determinado serviço público dependerá da proporcionalidade da medida em vista do direito fundamental à livre iniciativa, de tal forma que: (i) a instituição do serviço público deverá ser adequada à satisfação de um determinado direito fundamental; (ii) a instituição do serviço público deverá ser necessária à realização daquele determinado direito fundamental; e (iii) a restrição imposta ao direito fundamental à livre iniciativa deverá ser proporcional ao benefício emergente da satisfação do outro direito fundamental por meio da instituição do serviço público; daí porque poderão se admitir gradações na limitação ao direito fundamental à livre iniciativa.<sup>55</sup>

A regulação, assim como no direito norte-americano, deveria observar a razoabilidade. Toda a atividade de caráter econômico se conservaria, *a priori*, privada, respeitando-se o princípio da livre iniciativa e o regime de competição do mercado. A limitação do campo da atividade privada seria limitada apenas pelo poder de polícia.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e da complexidade do tema, nos lindes estreitos deste estudo, somente é possível analisar o tema de forma superficial.

A noção de serviço público francês implementada no Brasil comportou sustentar juridicamente o exercício de várias atividades econômicas pelo Estado. No entanto, diante da nova realidade social, econômica e cultural, as concepções clássicas necessitam de adaptação.

O regime jurídico dos serviços aplicado até então pelo Brasil produziu mecanismos que tornam o Estado ineficiente, com várias prerrogativas que não condizem com as garantias dispostas na Constituição Federal.

---

<sup>55</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111.

A existência de monopólios naturais, diante da suposta impossibilidade de duplicação das infraestruturas do serviço, merece releitura. Pensar as atividades econômicas como *serviços de interesse econômico geral*, submissas ao regime privado, como regra, é uma tendência. A criação de entidades administrativas com mínima autonomia gerará maior democratização e a transparência na prestação.

Na concepção clássica do serviço público, este diminui as garantias dos particulares, em especial ao afastar os serviços da livre iniciativa e criar uma série de privilégios ao Estado. A conclusão posta neste artigo é oposta. Buscou-se demonstrar que os serviços públicos são, na verdade, instrumentos criados para satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos e, como tais, devem ser prioritariamente prestados pela iniciativa privada.

A exclusividade deve ser restrita aos casos de impossibilidade econômica ou material do cumprimento da atividade em regime de competição. O exemplo dos abatedores de gado exposto anteriormente é perfeito para entender a questão.

A dissociação da titularidade do serviço da titularidade da exploração da infraestrutura também merece ser sopesada. O compartilhamento de infraestruturas descaracteriza o monopólio e faz com que atividades hoje reconhecidas como serviços públicos, passem a ser prestadas pela iniciativa privada de forma mais eficiente.

A partir do momento que o direito fundamental for concretizado com a simples fiscalização da atividade, sem a necessidade de um regime de serviço público, sendo inclusive este desproporcional, as necessidades coletivas poderão ser satisfeitas pela iniciativa privada e o serviço deixará de ser público.



## REFERÊNCIAS

---

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 11-37, maio 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal : legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de direito administrativo*, n. 222, p. 179-212, out./dez. 2000.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19-30 e 82-144.

\_\_\_\_\_. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 68, p. 236, abr./jun. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série*, v. 14, n. 28, p. 81-118, jul./dez. 2011. Link: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81099>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Serviços de Interesse Econômico Geral no Brasil: os Invasores (no prelo - estudo a ser publicado em coletânea em homenagem a Hely Lopes Meirelles)*.

MARQUES NETO, Floriano. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 113-172.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1980.



# LAVAGEM DE DINHEIRO E TIPICIDADE DOS CRIMES ANTECEDENTES

LUIS CARLOS ALCOFORADO<sup>1</sup>

FABRIZIO JACYNTO LARA<sup>2</sup>

Prevalece a premissa segundo a qual o caráter fragmentário do direito penal parte da concepção de que a intervenção penal é descontínua, limitada, porquanto se propõe a proteger apenas parcela dos interesses jurídicos tutelados nos exatos termos da delimitação legal dos tipos normativos de crime.

Não se atribui ao direito penal o encargo de proteção jurídica plena, mas apenas parcial. Sua função é subsidiária e complementar aos demais ramos do ordenamento jurídico. A *ultima ratio*, no dizer de Welzel.

É fenômeno da modernidade - resultado da complexidade das relações sociais, especialmente no plano econômico - a incriminação de condutas cujo limiar entre o lícito e o ilícito é determinada por uma linha tênue.

Algumas condutas selecionadas pelo legislador penal, que a elas atribuiu a potencialidade de causar lesões jurídicas graves, são em sua naturalidade ações permitidas pelo ordenamento, revestidas de *juridicidade* e até incentivadas no plano do desenvolvimento econômico, úteis para a geração de riquezas, empregos, tributos, bem-estar social, etc.

Esses tipos delitivos exigem do intérprete um maior rigor exegético, porque uma interpretação excessivamente frouxa, extensiva, ampliativa dos elementos normativos, além de abrir espaço para decisões pessoais e distorções cognitivas estranhas ao Direito, incorre no risco de se impor obstáculos às relações econômicas privadas, inviabilizando a livre circulação de capitais e o livre exercício do direito de contratar.

---

<sup>1</sup> Advogado.

<sup>2</sup> Advogado e professor de Direito Penal.

O crime de lavagem de dinheiro está definido na Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. O tipo básico descreve a ação de *ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*.

A Lei nº 12.683/2012 aboliu o rol taxativo de crimes antecedentes, fontes de geração dos valores ocultados ou dissimulados.

A revogação desse rol ampliou a abrangência do tipo penal que passou a considerar crime de lavagem de capitais a dissimulação de valores provenientes de qualquer atividade criminosa.

Apesar da abrangência tipológica, a estrutura do tipo manteve a necessidade de se evidenciar o crime antecedente.

A lavagem de dinheiro, assim como a receptação, é *crime acessório*, ou, no dizer de Bitencourt, *parasitário*. Ambos os delitos são marcados pelo selo da consequencialidade.

O elemento normativo, *direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*, é elementar essencial ao tipo, devendo, pois, apresentar-se materializada, mediante prova legal, sob pena de ofensa aos limites constitucionais da imputação.

Em outros termos, a origem criminosa dos valores, pretensamente *ocultados ou dissimulados*, deve ser objeto de prova, não podendo o juiz presumir o fato pela mera aparência.

Embora algumas decisões judiciais afirmem ser dispensável a prova direta do crime antecedente, não há dúvidas – por imperiosa questão de razoabilidade e adequação legal – ser necessário um juízo de *certeza probatória* de que o dinheiro sob suspeita tenha de fato procedência criminosa.

Em outros termos, para que se legitime uma sentença penal condenatória, é necessária a ausência de dúvidas sobre a origem delitiva do dinheiro.

Quanto à origem do valor ou dinheiro sob exame, não é demais lembrar que *proveniente de infração penal* não é a mesma coisa que *origem ilícita*. Ilícitude é a contradição do ato ao ordenamento jurídico, não necessariamente à norma penal.

As proibições em geral, regulamentadas pelos diversos setores do Direito, são ilícitas para todo o sistema normativo. Ilícito penal, por sua vez, é a conduta proibida pela norma penal incriminadora, cuja consecução não encontra permissivo em nenhuma outra norma.

A porta de entrada para o ilícito penal é a *tipicidade*, ou seja, só é *ilícito penal* o que for *típico*, da mesma forma que um *ilícito jurídico*,

quando não encontrar conformação em tipo legal de crime, será necessariamente *atípico*.

Por tais razões, não se pode dar à lei de lavagem de dinheiro sentido diverso do que se extrai da norma.

Quando esta delimita a imputação na circunstância de serem os valores em questão provenientes de *infração penal* (crime ou contravenção), a norma somente autoriza a incriminação quando verificado materialmente, por meio da atividade probatória legalmente dirigida, que os valores de fato provieram de injustos penais, ou seja, de fatos típicos e ilícitos.

Não se permite a imputação ao argumento de que se trata de dinheiro proveniente de *ato ilícito*, unicamente, quando não se tem determinada a natureza desse ilícito, posto que a aferição da realidade criminal é essencialmente empírica, retrocognitiva, baseada na experiência do real e dialeticamente composta.

Assim, imputações de lavagem de dinheiro, quando os autos do processo não demonstram satisfatoriamente a criminoso procedência do dinheiro, restando apenas suspeitas de que sua origem está em desacordo com o ordenamento, não autorizam condenações, pela simples razão de que a tipicidade deve ser concreta e verificável; seu elemento normativo não deixa dúvidas quanto à necessidade de se comprovar a origem delitiva dos valores empregados na atividade de branqueamento.

Dizer que se trata de dinheiro de procedência ilícita, empregando o conceito de ilicitude geral, simplesmente, nada significa em termos de imputação penal.

Na casuística, inúmeras imputações têm sido encaminhadas com a narrativa de condutas que, em tese, haveria o recebimento de valores decorrentes de contratos de prestação de serviços, compra e venda de imóveis, transações cambiais, etc., tudo nos moldes legais, mas que supostamente acobertariam atividades ilícitas, sem no entanto descrever objetivamente o caminho do dinheiro, o tipo e a natureza do ilícito antecedente, se a suposta atividade ilícita é anterior ou posterior à contratação, qual a delimitação exata da conduta antecedente, qual a relação de causalidade entre das negociações e a suposta atividade criminoso etc.

As proposições incriminatórias são no sentido de que tais negócios jurídicos, embora demonstrem regularidade negocial, seriam na verdade simulações de negócios, cuja finalidade é dar aparência de licitude a dinheiro obtido por meios ilícitos.

Em inúmeras situações, porém, os atos negociais apresentam-se rigorosamente de acordo com a lei, especialmente às normas tributárias, a quem importa sobretudo a origem e a destinação do dinheiro circulante.

Semelhante situação se daria a exemplo de quem recebe valores contratados perante pessoa jurídica, legalmente constituída, com valores regularmente contabilizados e, ainda que descoberto de contrato formal, com recebimentos devidamente declarados à Receita Federal, emitidas as notas fiscais, etc., informando aos órgãos regulatórios todo o percurso, origem e destinação dos valores.

Nesse caso, a incursão sobre os elementos motivadores do contrato, uma vez devidamente demonstrado o caminho do dinheiro, permitindo aos órgãos controladores o correto rastreamento, constitui fato *atípico* e sua incriminação configura desarrazoada intervenção nas relações privadas e no direito de contratar, estipular preços e delimitar a contraprestação em serviços, conforme os valores e as particularidades do acerto, especialmente quando se trata de serviços de altíssima e notória especialidade.

Nesses casos, e para uma conformação à estrita legalidade, o objeto da atividade probatória deve ser a origem dos valores pagos sob contrato, se provém ou não de infração penal, requisito que não estará satisfeito se verificado que o valor recebido tem procedência *não criminosa*, ou seja, atípica do ponto de vista infracional, ainda que ilícita de acordo com outras normas, não penais.

Nesse contexto, o perigo das interpretações extensivas e das narrativas acusatórias estranhas aos limites impostos pela tipicidade está nas intervenções penais indevidas, moralmente constrangedoras e juridicamente abusivas.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário resgatar o princípio da estrita legalidade na interpretação e aplicação das normas penais incriminadoras.

# O DESUSO DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIGITAL E OS NOVOS MESCS – UMA ANÁLISE DO CNJ E STJ SOBRE O TEMA. A UTILIZAÇÃO DE OUTROS MESCS DIGITALMENTE

LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME<sup>1</sup>

**Resumo:** Em um cenário de transformações rápidas no quadro econômico-social, natural é se vislumbrar a presença de conflitos nas relações humanas e corporativas. Sendo assim, o mundo do Direito deve atuar de modo a regular tais alterações, com o propósito de estabelecer a ordem e a segurança. Entretanto, com o sistema jurídico ordinário em estado de ineficiência, caminhos alternativos são requisitados para a resolução de tais controvérsias. Deste modo, uma das modalidades que se apresenta como mais eficaz é a Arbitragem – que se constitui na utilização da figura de um terceiro elemento, imparcial na contenda, que trata da resolução do litígio entre as partes. Porém, ainda que esta seja reconhecida como sinônimo de progresso na esfera judicial, uma nova tendência nasce, implementando a ideia de que o mais correto nos enlacs corporativos é procurar se desviar do confronto em si, ao invés de se admitir o embate entre as partes. Portanto, mais hábil do que solucionar a lide é evitá-la.

**Palavras-chave:** Conflitos – Soluções extrajudiciais – Arbitragem – Nova tendência – Evitar conflitos – Soluções extrajudiciais

**Abstract:** *In a scenario of rapid changes in economic and social framework, it is natural to envision the presence of conflicts in human relations and corporate world. Thus, the world of law must act in order to regulate such changes, in order to establish order and security. However, with the ordinary legal system in a state of inefficiency, alternative paths are required for the resolution of such disputes. Therefore, one of the forms which appears as a*

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-Doutor em Direito Mercantil pela Universidad de Salamanca, Espanha, onde também leciona [...] (ver descrição completa ao final do artigo).



*more effective is the Arbitration – that is the use of the figure of a third element, neutral in the contest, which focuses on resolving the dispute between the parties. Nevertheless, even if it is recognized as a synonym for progress in the judicial sphere, a new trend is born, implementing the idea that the correct links in the enterprise is seeking to deflect the confrontation itself, rather than admit the conflict between the parties. In this way, more practical than solving the strife is to avoid it.*

**Key-words:** *conflict – alternative dispute resolution – arbitration – new trend – avoid conflicts*

## INTRODUÇÃO

“A oposição dos contrários é condição da transformação das coisas e, ao mesmo tempo, princípio e lei. O estado de estabilidade, de concordância e de paz é apenas uma confusão das coisas no abrasamento geral... O que é contrário é útil, e é daquilo que está em luta que nasce a mais bela harmonia; tudo se faz pela discórdia... O combate é o pai e o rei de todas as coisas; de alguns, ele fez deuses, de uns escravos, de outros homens livres” (HERÁCLITO DE ÉFESO, século V a. C.)

Cediço comentar que a realidade atual apresenta profundas e velozes transformações em todos os seus aspectos funcionais, no que se refere aos liames entre sujeitos, corporações e organizações em geral.

Necessariamente, na medida em que os indivíduos coabitam o mesmo espaço e têm interesses semelhantes, conflitos por conta da concorrência, dos limites dos direitos e das obrigações são alinhavados. Neste “metiê” a esfera jurídica se enquadra como o instrumento regulador quanto às diretrizes que norteiam todos estes enlaces, e, por conseguinte, mister é que as respostas e resoluções deste arcabouço jurídico sejam dotadas de celeridade e eficiência, diretamente compatíveis à movimentações sociais. Assim sendo, o direito se motiva a implementar esforços para dirimir e para sanar tais contendas, de modo a se restabelecer a ordem e a segurança nas relações.

Ao longo do tempo, a justiça nacional se habituou a se curvar ao arcaico poder judiciário como mecanismo de resolução de conflitos. Atualmente, em face a um cenário que impõe o truncamento e a lentidão na correção

de litígios por este meio jurídico convencional, possibilidades já foram observadas com o propósito de dinamizar tal realidade, a fim de que se estabelecesse a verdade e a justiça de modo mais ágil.

Neste panorama resplandeceu a oportunidade do uso de soluções alternativas com o propósito de desobstruir a sobrecarregada máquina judiciária, e, conseqüentemente, de ensejar respostas oportunas. Nasceram assim objetivamente as modalidades alternativas de sanação de conflitos, cuja característica primordial é o desligamento ao sistema jurídico público.

Porém, antes de tratar em pormenores sobre os instrumentos alternativos de resolução alternativa – sobretudo acerca das minúcias da Arbitragem –, cumpre destacar a importância de se discorrer brevemente sobre a ideia dos conflitos em si, pois que esses são os elementos ensejadores da própria sanação.

## CONFLITOS

O conflito existe quando dois posicionamentos distintos entendem que suas necessidades não podem ser satisfeitas no mesmo espaço temporal. Significa: “um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que estão presentes no cotidiano de todas as pessoas, tanto nas relações interpessoais quanto organizacionais”<sup>2</sup>. Podem ser vistos ainda como “o controle sobre os recursos escassos. Provavelmente estes recursos são identificados no poder, na riqueza e no prestígio”<sup>3</sup>.

Porém, substancial é notar as maneiras como as quais se deve criar caminhos para encerrar a questão litigiosa ou até mesmo, mais apropriadamente, evitá-la quando possível. Vale dizer que as estratégias usadas pelo Direito positivo denotam a “luta” entre as partes litigantes, que devem comprovar a existência de uma hipótese fática para a aplicação de uma consequência jurídica. Tal consequência confere a apenas um dos lados o bem anelado e o ideário, em suma, não é necessariamente o denominador comum.

---

<sup>2</sup> FOLBERG, J.; TAYLOR. A. *Mediación – resolución de conflictos sin litigio*. Buenos Aires: Ed. Noriega, 1984, p. 42.

<sup>3</sup> PASQUINO, Gianfranco et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

Sendo assim, elementos notadamente corriqueiros como o poder, a autoridade e o uso da força tiveram seu espaço dissipado, cedendo lugar aos mecanismos negociais, nos quais se evidencia o consentimento da outra parte como forma construtiva para a formatação de vínculos e para a solução de controvérsias. Acima de tudo, “houve uma mudança de paradigmas, passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos”.<sup>4</sup>

## SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

As soluções alternativas, a rigor, implementam formas de promover a sanção de entraves de modo límpido e veloz. Basicamente há quatro tipos, a saber: a *Negociação*; a *Mediação*; a *Conciliação* e a *Arbitragem*.

### Negociação

A *Negociação*, entre todos os sistemas alternativos, é o único que não contém em sua essencialidade o uso de um *terceiro*, distante das partes litigantes, como ente corroborador com a justiça e com a finalização da lide.

Na *Negociação* os agentes em embate “se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e *arrozamento*”<sup>5</sup>

É deveras ágil o desenlace por esse método, pois, como assegura José Maria Rossani Garcez, “sendo personalíssimo, preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução auto-negociada”<sup>6</sup>

A *Negociação* é um procedimento dinâmico em que as partes procuram chegar a um acordo que possa satisfazer a ambas, de modo que é necessária a contribuição de cada uma, possivelmente com concessões ou o recebimento de elementos, até que se seja encaminhada uma composição.

---

<sup>4</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 5.

<sup>5</sup> TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 42.

<sup>6</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Op Cit.* p. 5.

É salutar reafirmar que, uma vez que não exista a mediação de um terceiro na relação, o comprometimento das partes no entrave, com o objetivo de se finalizar a contenda, é deveras essencial.

## Mediação

Nos dizeres de Adevanir Tura, a *Mediação* implica: “um processo que envolve a ação de um terceiro – Mediador, estranho ao conflito de interesses, pessoa que procura intermediar e induzir as partes ao elo e um acordo”<sup>7</sup>

A Mediação, então, é um mecanismo de solução extrajudicial no qual insurge a figura de um terceiro – cuja função principal é a de criar uma aproximação entre as partes –, para se obter um ambiente plausível no tocante ao término da questão. Abastecem-se possibilidades sobretudo de melhores planos de comunicação e de interação de forma construtiva, a partir de acordos justos que possam respeitar as necessidades de cada um dos pólos.

Em suma, bem esclarece a autora Maria de Nazareth Serpa, ao delinear a temática:

um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta”<sup>8</sup>

## Conciliação

A Conciliação engendra acesso a um término a partir de um acordo entre as partes, motivado novamente pela figura de um terceiro equidistante, que age a fim de resolver o entrave. Os autores da disputa selecionam o conciliador e determinam que este deverá orientá-los na obtenção de ajuste. Para o renomado autor César Fiúza, se refere ao “processo pelo

---

<sup>7</sup> TURA, Adevanir. *Arbitragem Nacional e Internacional*. São Paulo: Ed. JH Mizuno, 2007, p. 13.

<sup>8</sup> SERPA, Maria Nazareth. *Mediação*, processo judicioso de resolução de conflitos. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997, p. 105.

qual o conciliado tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum”.<sup>9</sup>

O Conselho Nacional de Justiça,<sup>10</sup> ao aduzir a *Conciliação*, interpreta-a como:

[...] um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações”.<sup>11</sup>

## Arbitragem<sup>12</sup>

Porém, possivelmente o mecanismo alternativo que mais garante explicações por conta da sua importância desde sua formatação e de sua legitimação regulada é a *Arbitragem*.

Desta feita, vale usar o entendimento de Modesto Carvalhosa, bem como o de Néelson Eizirik, em *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, em que ambos prelecionam o instituto da arbitragem como sendo aquele que se “funda na autonomia da vontade, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de auto-regulamentação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais. No plano sociológico, a ontologia do instituto é a de promover melhor distribuição da justiça em decorrência da presteza e aprofundamento técnico que a sentença arbitral pode trazer às partes que convencionarão”.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995, p. 56.

<sup>10</sup> O Conselho Nacional de Justiça é o órgão do poder judiciário brasileiro cuja função é a de controlar administrativamente e financeiramente os órgãos deste poder, assim como deve supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes

<sup>11</sup> BONFIM apud <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp>> Acesso em 28 de jun. 2007.

<sup>12</sup> *Vide*: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Método – GEN, 2004. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Ed. Fiuza, 2003. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

<sup>13</sup> CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Néelson. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 180.

Logo, a *Arbitragem* significa um dispositivo alternativo ao sistema jurídico convencional formal, no qual um terceiro capacitado, técnica e juridicamente, é eleito pelas partes - físicas ou jurídicas -, com o intuito de mediar e de dirimir a contenda, estabelecendo presumivelmente a justiça entre elas.

## Histórico da Arbitragem

Tendo como pano de fundo a essência do que “arbitragem” implica, a rigor tal caminho foi a primeira forma de apaziguamento social. Registros de uso primitivo do mecanismo remontam ao período da civilização babilônica, 3.000 anos a.C., bem como aos romanos e aos gregos, em momentos subsequentes. Na prática, naqueles períodos a resolução de litígios se dava pelo meio privado e era fomentada a partir do princípio da *autotutela* - leia-se: “a justiça pelas próprias mãos” -, em virtude da ausência do Estado (Poder Judiciário).

Obviamente os caminhos não foram agraciados pela justiça factual, uma vez que poucas não foram as circunstâncias em que o caso concreto subjugado às vias de resolução particular despreparada, era produto de ainda maior distanciamento entre o término desequilibrado da solução justa.

Convém salientar que em circunstâncias em que a justiça privada era envolvida por aspecto ligado ao mundo racional, seu afazer muito mais se aproximava da equidade, gerando possibilidades de se chegar à verdade.

Platão já tratara da função investida aos juízes eleitos discorrendo: “que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais do que os juízes; que os mais sagrados dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo”<sup>14</sup>.

Na Idade Média, entre proprietários feudais, barões e cavaleiros, também era usada como forma de afastar hipóteses de conflitos bélicos. Era na prática um período em que a instabilidade jurídica vigorava devido aos desequilíbrios sócio-econômicos, às querelas provenientes das questões religiosas, a fraqueza da figura do Estado, bem como em virtude da ausência da legislação, de modo a, unidos todos estes elementos, colaborar com o uso de um alternativo e privado sistema de resolução entre litigantes.

---

<sup>14</sup> PLATÃO, in: De Legibus, Livros 6 e 12.

Com a evolução da ciência jurídica, o ordenamento objetivamente teorizou e reconheceu modalidades de sanação de controvérsias mais eficazes e escorreitas. Paralelamente a essa modernização, o instituto da *arbitragem* se desenvolveu, constituindo-se em uma possibilidade das mais eficientes, em face da lentidão intolerável aos interesses individuais, corporativos e sociais – explicitados pelo sistema judiciário.

No Brasil, pode-se afirmar que o mecanismo essencial da *arbitragem*, ou seja, o afastamento de uma relação direta com a justiça pública, se evidenciou já durante a colonização lusitana. De todo modo, as referências mais significativas quanto à utilização da arbitragem estão contidas na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 160, dispondo que: “nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros”. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convençionarem as mesmas Partes”<sup>15</sup>.

Assim como no Código Comercial de 1850, que destacava a *arbitragem compulsória* em determinadas questões de natureza mercantil. Tal obrigatoriedade foi expurgada em 1866, mediante a Lei nº 1.350, regulamentada esta pelo Decreto 3.900/1867.

No âmbito do Direito Internacional Público, também fora largamente usada na questão que envolveu a expansão das fronteiras, na região norte, por conta da incorporação do território do Acre, junto à Bolívia, hoje Estado brasileiro do Acre.

Porém, esforços para a implementação regulamentada do *instituto* foram vigorosos no século finado – sobretudo na década de 1980, com a publicação do 1º *Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem*. Na verdade, esta e outras tentativas tiveram o destino marcado pelo insucesso da empreitada e apenas em meados da década dos anos de 1990 é que a questão foi plenamente apurada. Sendo assim, em 1996 foi aprovada e sancionada a norma que regula a *arbitragem*, perfazendo a Lei nº 9.307/06.

A *Arbitragem* tem notadamente larga importância por conta de sua utilização histórica e devido à evolução pela qual passou nas últimas décadas. Ou seja, não obstante as transformações ao longo de sua existência – efetivando-se nas primeiras composições firmadas, tendo como mote o instrumento privado –, até a sua mais usual atuação nas práticas corpora-

---

<sup>15</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível na internet: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 22 de out. 2009, às 16h03.

tivas internacionais e nas relações entre Estados, a Arbitragem se solidificou como um interessante meio de solução de controvérsias.

A *Arbitragem* significava um rumo auspicioso, denotando novas possibilidades de aferição da justiça. Na verdade, um modo capaz de criar uma alternativa a um sistema convencional dotado de dificuldades materiais, em face do elevado número de casos a serem apreciados, bem como por conta do arcaísmo técnico ao qual o Poder Judiciário está submetido.

Logo, o porquê e a importância do *instituto da arbitragem* são enunciados paralelos e quase sinonímicos, dando um sentido distinto ao observado pelo sistema jurídico até então, gerando nova faceta à justiça e nova forma de acesso a esta também. É um caminho alternativo, que foge à lentidão que o Judiciário se encontra. É o que muitos autores entendem como a saída mais inteligente para uma célere e eficaz solução de conflitos, uma vez que isenta de desgastes desnecessários as partes em litígio.

Ou seja, o que se depura é que o *instituto* vem de fato sendo habilmente usado, principalmente nos últimos anos, quando passou a haver maior aceitação e conhecimento quanto às vantagens que *ele* propõe.

Ramos do direito, como o administrativo, tem buscado paulatinamente a utilização dos preceitos da lei. Já a área internacional, por exemplo, tem sido seguramente o grande objeto de uso da *arbitragem* ao longo do tempo. É o que afirma a Selma Maria Ferreira Lemes:

[...] foi no campo das relações internacionais provadas que as convenções sobre arbitragem mais proliferaram, haja vista o incremento e a difusão do comércio internacional e a globalização econômica, representando o comércio eletrônico e o tombamento da última muralha inexpugnável, tornando-os literalmente integrantes de uma aldeia global”.<sup>16</sup>

Em 1958 se deu a Convenção de Nova Iorque,<sup>17</sup> que tratou da execução e do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras. Já em 1966, para regular as relações econômicas internacionais foi criada a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, intitulado UNCITRAL, que passou a inspecionar as questões referentes à arbitragem internacional e criou a *Lei Modelo de Arbitragem (LMU)*, pautada na Con-

<sup>16</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitros. Princípio da Independência e da Imparcialidade*. São Paulo: Ed. LTR, 2001. p. 79-90.

<sup>17</sup> Regulamentado pelo Decreto nº4.311/2002. Vide: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 175 e ss.



venção de Nova Iorque. Os requisitos para a criação da Lei discorriam sobre melhorar e *harmonizar as legislações nacionais; a liberdade das partes e a criação dos árbitros*; assim como a *justiça e a equidade do processo arbitral*.

É evidente que a essência da *arbitragem internacional*, além da alternativa gerada ao Poder Judiciário local, deve ser abastecida pelos mesmos ditames jurídicos, que preconizam o princípio da ampla-defesa, do contraditório e da boa-fé, que garantem a efetividade do direito.

No entanto, embora os meios de solução de controvérsias mostrados – sobretudo o mecanismo arbitral – tenham características de atuação fortemente já discutidas, orientando possibilidades de se obter a justiça de modo mais veloz e igualmente eficiente em relação ao sistema jurídico convencional, o mais importante e o mote desse ensaio reside na apresentação de uma nova modalidade de “solvimento” de questões – dotada de faceta que altera a relação entre as partes de sobremaneira, e que pode gerar outro tipo de dinâmica nas vinculações privadas.

## NOVAS TENDÊNCIAS

As relações humanas podem suscitar transformações e desenvolvimento a partir das discordâncias latentes entre os indivíduos. Várias são as acepções, mas muitas concordam que o conflito, em última análise, é gerador de discórdia que leva ao próprio engrandecimento, uma vez que este catalisa alterações nas práticas gerais.

O conflito é um acontecimento natural que traz benefícios para a sociedade. Ele constitui a fonte que alimenta a energia transformadora da sociedade, da humanidade, propiciando as mudanças necessárias para a sobrevivência. Sua neutralização, portanto, não é viável, consistindo a sua compreensão na única forma para lidar com esse fenômeno que é a parte integrante da condição de existência”.<sup>18</sup>

No entanto, tomando-se por base a realidade globalizada que traz como requisição primária a valorização do tempo e de custos, evitar entraves é uma saída tida como das mais propícias e inteligentes no mundo corpora-

---

<sup>18</sup> ALECRIM apud *Técnicas de negociação: novas ferramentas para os advogados defenderem os interesses de seus clientes*. Disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_dezembro2005/discnte/disc\\_16.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2005/discnte/disc_16.doc)>. Acesso em 3 de mar. 2007.

tivo. Então, ainda que o litígio, a controvérsia, o conflito ou afins, possam realizar a inquietação e a revolução em um modo de agir ou de pensar, ainda que possam significar profundas alterações no cotidiano operacional social, na realidade empresarial ele é condenável e gerador de retrocesso que pode travancar os atos negociais.

Neste diapasão é que as formas de esclarecimento se fortalecem em todos os seus níveis. A rigor, nos últimos anos, estes têm sido observados como elementos dos mais utilizados no tocante à resolução de conflitos, que fujam ao olhar da justiça pública, obtendo-se com isso respostas mais eficazes e céleres. E a *Arbitragem*, em suma, constituiu-se como um dos modelos com mais sucesso nessa empreitada.

Porém, ainda que seja vista como um avanço e como uma evolução da ciência jurídica, a *Arbitragem* é mais compreendida exatamente como o organismo agraciado para as lides que se formam ou que possam se notabilizar. Na prática, outros instrumentos – seguindo as transformações as quais atravessa o mundo moderno –, passam a sugerir novos contornos e modificam os ditames no que concerne aos enlaces jurídicos e às suas possíveis intempéries. Sendo o instrumento alternativo tido como mais eficiente –, implica a resolução de conflitos baseada na “fuga” ao sistema jurídico comum, solapado ante o elevado volume de casos a ser aquilatado. Assim, as partes que colidem lançam mão de um sistema distinto, escolhendo um terceiro – normalmente técnico na questão – que os acolhe a fim de proclamar uma decisão a respeito do conflito.

Como afirmado, tal prática vem sendo considerada um elevado progresso para a ciência jurídica, na medida em que se resguardam todos os elementos que fundamentam a justiça, mas significa esta, *a priori*, a consecução de um processo mais veloz.

No Brasil, embora o sistema tenha sido utilizado em períodos que remontam à época colonial, a alteração na forma de uso e a sua efetiva solidificação se deu no ano de 1996, com a instauração da Lei nº 9.307 – Lei da Arbitragem. Esta fomentou o uso do instituto, de modo a sacramentar a sua prática.

## **Antecipação ao Conflito**

No entanto, o “pulo do gato” e a observância ao que ocorre no mundo globalizado que pleiteia respostas cada vez mais rápidas, implicam outro

processo evolutivo, sendo que, dessa forma, a própria Arbitragem –, antes tida como sinônimo de destreza, não mais assim seja vista.

A ordem do dia implementa um caminho de antecipação ao problema e à disputa. Ou seja, ao invés de se resolver o entrave por Arbitragem – o que já seria uma evolução se tomada como parâmetro o sistema judiciário esgotado –, encaminha-se para uma prática que procura de fato evitar a questão, a fim de que se “salve” tempo, bem como outros gastos no processo. Assim, mais sagaz consiste em se evitar a lide ou como expediente máximo, procurar saná-la antes que se configure em um grande conflito.

Os autores Dante Martinelli e Ana Paula de Almeida, em *Negociação*, ao discorrerem acerca do conflito elevam a ideia de que:

[...] diferentemente dos procedimentos do passado em que o negociador visava atender as próprias necessidades, sem se preocupar com o outro envolvido na negociação, modernamente é fundamental. Satisfazer a ambos os lados e suprir as suas necessidades básicas. [...]

A tendência atual deve ser de se procurar um relacionamento duradouro que leve a novas negociações no futuro e que mantenha ou melhore o contato entre as partes envolvidas<sup>19</sup>

Desta feita, o que se verifica é que em contratos de grande porte, sobretudo no ramo da indústria pesada –, já no Brasil como em outros países, dirige-se no sentido desse novo segmento. Objetivamente o que se tem são profissionais especializados em gerenciamento de contratos, com o fito de respaldar as obras, procurando desqualificar os possíveis riscos que envolvem sua consecução e garantir o cumprimento do contrato dentro do que fora alinhavado.

Este tipo de procedimento está atingindo um grau cada vez mais elevado de sucesso, mormente quando existe empatia na equipe de trabalho e também quando se notabiliza o objetivo comum entre as partes em voga, para que se realizem as tarefas de maneira correta e sem crises.

---

<sup>19</sup> MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação: como transformar confronto em cooperação*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 22.

## COMITÊS DE GERENCIAMENTO DE PENDÊNCIAS - CGP

Outro aspecto que sinaliza a aceitação da empreitada, já em vínculos internacionais, refere-se a organizações com contratos também de grande porte firmados, que criam outra ferramenta satisfatória: estabelecem-se “Comitês de Gerenciamento de Pendências” (CGP) para assistir a execução dos contratos, dirimindo ou solucionando de fato e em sua integralidade, os conflitos com celeridade e eficiência.

Os Comitês descritos foram regulamentados pela *International Chamber of Commerce (ICC)*, no mês de setembro do ano de 2004, com a publicação do documento intitulado “*Dispute Board Rules*”, o qual, aliás, tendo sido adaptado por algumas Câmaras de Arbitragem brasileiras.

Mais propriamente quanto a estes agentes citados, costumam se formar com profissionais especializados, que não possuem vínculo com as partes, mas que são indicados pelos contratantes quando da realização do acordo, com o propósito de rechaçar os entraves que existam na sua execução. São normalmente compostos por três profissionais, sendo que dois são eleitos pelas partes (cada parte escolhendo um) e o terceiro é selecionado em comum acordo pelos contraentes ou é indicado pelos próprios profissionais já destacados, ou, ainda, pela instituição geradora – ICC. Às vezes, inclusive, por uma questão de contenção de gastos, pode ser eleito apenas um único agente, por ambos os contratantes, com absolutamente os mesmos interesses.

O Comitê uma vez composto recebe das partes toda a documentação contratual, com planilhas de custos, propostas, prazos estabelecidos, documentos de licitações etc. Em seguida, conforme informa o autor Robert Ferrer, juntamente com as partes o CGP delibera acerca de:

- visitas periódicas do CGP ao local de execução dos serviços;
- documentação a ser enviada ao CGP durante a execução dos serviços;
- comunicação ao CGP de pendências para as quais solicitem sua atuação; e
- determinação de prazos para as decisões do CGP e para resposta das partes a suas solicitações.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> FERRER, Robert. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2006, p. 314.

Ademais, as partes podem solicitar visitas extraordinárias do CGP ou reuniões para tratar de qualquer objeto. Pode o *Comitê* atuar formalmente também, emitindo algumas decisões por escrito ou informalmente, com assessoramento em pendências. No entanto, evidentemente é vedada qualquer assessoria que não seja comunicada à outra parte, o que retiraria a possibilidade desta ter conhecimento dos episódios ou de participar das decisões proferidas nas reuniões.

Quando há a necessidade de apreciação formal do CGP, a parte requerente, ao enviar a solicitação ao *Comitê*, direciona o mesmo conteúdo ao outro contratante com um “Informe de Pendência”. Neste estão contidos:

- a descrição cristalina e em síntese das circunstâncias da pendência existente;
- a percepção da parte solicitante acerca daquela demanda;
- o suporte à solicitação e ao entendimento da parte solicitante, incluindo-se documentos, cronogramas, fotografias, correspondências e demais anexos; e
- o pedido direcionado ao *Comitê*, demonstrando de fato a natureza sobre a qual a parte deseja que o CGP decida.

A seguir, o outro contratante apresenta a sua resposta que contém:

- o seu posicionamento a respeito da demanda;
- o suporte ao seu entendimento acerca da pendência, incluindo-se, cronogramas, fotografias, documentos, correspondências e demais anexos; e
- a petição direcionada ao CGP, com aquilo que a parte solicita que o CGP decida com relação à questão.

O *Comitê* então reúne as duas partes e decide com voto da maioria a pendência. Se porventura houver insatisfação quanto ao resultado proferido e se, previamente os contraentes tiverem convencionado a utilização de alguma Câmara Arbitral em tais episódios, a parte que se julga prejudicada pode requisitar a revisão da decisão junto a este órgão.

O CGP pode atuar de três maneiras distintas: (i) a Recomendação de Soluções; (ii) a Determinação de Soluções; e (iii) a Atuação Mista.

O CRS - *Comitê de Recomendação de Soluções* age de modo a sugerir a sanção da eventual crise, fazendo com que as partes tenham um período para comunicar a outra que não concorda com a recomendação. Se desta forma a parte proceder, a questão poderá ser submetida à arbitragem.

Evidentemente, do contrário, ou seja, se ambas aceitarem a sugestão, a questão se finaliza.

O segundo *Comitê*, o de *Determinação de Soluções*, apresenta o desfazimento da lide e as partes devem adotá-la imediatamente. Mais uma vez, porém, se um dos contraentes se julgar prejudicado, poderá se valer do procedimento arbitral para solicitar seu ressarcimento.

Já o *Comitê de Atuação Mista*, em um primeiro estágio atua de forma correspondente ao *Comitê de Recomendação*. No entanto, para assuntos mais pontuais e específicos, os contratantes podem, de mútuo acordo, decidir pelo uso da segunda modalidade, fazendo com que a decisão não seja meramente uma sugestão, mas sim uma determinação efetiva.

Habitualmente os membros do CGP são remunerados mensalmente por seus afazeres, mas podem também ter, na prática, seus vencimentos recebidos por atividades sobressalentes, em face a práticas não rotineiras.

Ainda, o *Comitê* atua a partir da nomeação pelas partes até o término dos serviços para os quais foram designados. O encerramento das tarefas, contudo, pode ser antecipado se houver pactuação das partes contraentes nesse sentido.

## CONCLUSÃO

Em um momento em que as atividades funcionais de aspecto social, cultural, ambiental e principalmente econômico objetivam respostas mais rápidas para as questões que as envolvem, decisões de natureza jurídica seguem claramente a mesma tendência. Com isso, agentes que se utilizam de instâncias que fujam ao sistema jurídico formal se fazem mais presentes e nessa toada a *Arbitragem* se constituiu ao longo das últimas décadas como um instrumento capaz de gerar a justiça de modo célere e eficaz.

Porém, ainda que se verifique a sua efetividade, o mundo globalizado requisita alternativas mais satisfatórias e que também prestigiem a agilidade. Sendo assim, alguns organismos - sobretudo internacionais - inserem-se nesta nova roupagem jurídica que implica uma modalidade que busca não apenas solucionar os conflitos, mas, antes de tudo, admitir procedimentos que permitam que se evite a lide em si.

É normal ponderar que conflitos sejam ocorrências naturais da vida em sociedade e das relações corporativas em geral. Faz parte da natureza do indivíduo, ao defender seus interesses, ter de lidar com situações em que

outros sujeitos objetivem e tenham anseios similares, gerando litígios corriqueiros. Estes, contudo, embora possam também levar à evolução e ao desenvolvimento por conta das transformações que criam, no mundo empresarial podem significar o atraso e o desperdício de tempo e de eficiência.

Chancelado por esse prisma, a nova tendência se ilustra, objetivamente procurando evitar os entraves, de modo a atuar antecipando o aparecimento da contenda. Para tanto, são criados Comitês especializados, com o propósito de acompanhar e de assessorar conjuntamente as partes que compõem o contrato, absolutamente norteados pelo ideário de afastar entraves em potencial.

Evidentemente, este é um formato que tem ganhado maior espaço para sua utilização e que portanto -, até pela recém descoberta do procedimento -, não se tem claramente os resultados palpáveis quanto ao organismo. Contudo, vale dizer que este já se molda com um instrumento auspicioso, a fim de dinamizar os preceitos mais escorreitos e de evitar imbróglis dos mais desgastantes.

**Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme** - Advogado em São Paulo (SP), Brasília (DF), Minas Gerais (MG), Rio de Janeiro (RJ), Paraná (PR) e Recife (PE) – sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados ([www.aglaw.com.br](http://www.aglaw.com.br)). Bacharel em Direito, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-Doutor em Direito Mercantil pela Universidad de Salamanca, Espanha, onde também leciona. Membro Efetivo da Comissão de Sustentabilidade e Meio Ambiente da OAB/SP (2011-2013), Membro Efetivo da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP (2013-2015), Membro Efetivo da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP (2016-2019). Coordenador do Grupo de Direito Ambiental Tributário (2016-2019). Membro Consultor da Comissão de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável, do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (IADF), Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/RJ (2016-2018), Membro da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/DF (2016-2018), Membro da Comissão Especial de Mediação da OAB/DF (2016-2018), Membro honorário do Instituto de Direito Privado (IDP), Membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) e Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/MG. Professor do curso de pós-graduação nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, da PUC/SP (Cogeae), da Fundação Armando Alvares Penteado - FAAP, da Escola Paulista da Magistratura - EPM, do Complexo Educacional Damásio de Jesus, do Ibmecc/SP (Inspere) e da Business School of São Paulo (Anhembi Morumbi). Coordenador do Mestrado e Professor da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do curso de graduação nas Faculdades de Direito da UPM

e Ex-professor Doutor Adjunto das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, onde também leciona na Especialização. Ex-Coordenador do curso de arbitragem da Escola Superior da Advocacia (ESA). Professor do Curso de Especialização em Fashion Law na Faculdade Santa Marcelina. Professor do Curso de Especialização em Direito Ambiental na ESA/SP. Professor do curso de Pós-graduação em Direito Desportivo do Instituto Internacional de Direito Desportivo (IIDDD). Coordenador dos cursos de extensão da FADISP/ALFA. Autor de diversos artigos e livros jurídicos, dentre eles: Manual de Arbitragem (4ª edição), Saraiva, e Código Civil Comentado, Rideel (1ª edição) e Manole (2ª edição). Ingressa o corpo de pretenso-ros árbitros do CEBRAMAR (DF). Membro da Comissão de Direito Civil do IAB (2016-2018). Membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do IAB (2016-2018). Membro associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Parecerista no site: [www.civilista.com](http://www.civilista.com). Parecerista da Revista de Informação Legislativa publicado pelo Senado Federal. Foi premiado com a Láurea do Mérito Docente pela OAB-SP.



## REFERÊNCIAS

---

BONFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord). *Dez Anos da Lei da Arbitragem – Aspectos Atuais e Perspectivas para o Instituto*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferrreira de (coord). *MESCs: Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Néelson. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Ed: Saraiva, 2001.

FERRER, Robert In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2006, p. 314.

FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

FOLBERG, J.; TAYLOR. A . *Mediación – resolución de conflictos sin litigio*. Buenos Aires: Ed. Noriega, 1984, p. 42.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 5.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. São Paulo, 4 ed., 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2006.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Ed. Fiúza, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos Mescs*. São Paulo: Manole, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitros. Princípio da Independência e da Imparcialidade*. São Paulo: Ed. LTR, 2001.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação: como transformar confronto em cooperação*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 22.

PASQUINO, Gianfranco et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

PLATÃO in *De Legibus*, Livros 6 e 12.

SERPA, Maria Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997, p. 105.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

TURA, Adevanir. *Arbitragem Nacional e Internacional*. São Paulo: Ed. JH Mizuno, 2007, p. 13.

#### **SITES CONSULTADOS:**

[www.aglaw.com.br](http://www.aglaw.com.br)

<[http://www.arbitragio.com.br/sao\\_paulo/Beneficios.asp](http://www.arbitragio.com.br/sao_paulo/Beneficios.asp)>

<[http://www.cbar.org.br/nota\\_arbitragem\\_tribunais.html](http://www.cbar.org.br/nota_arbitragem_tribunais.html)>

<<http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp>>

<<http://www.conima.org.br/>>

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>

<[www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_dezembro2005/discente/disc\\_16.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2005/discente/disc_16.doc)>

# FRANQUIA SEM FRONTEIRAS

## LUIZ FELIZARDO BARROSO<sup>1</sup>

Eminente jurista francês afirma que é uma vocação inexorável a expansão além fronteiras do *franchising*.

A este respeito, a primeira pergunta que nos ocorre fazer é: *por que expandir-se internacionalmente?*

### **ENTÃO VAMOS ÀS RESPOSTAS. ALIÁS, PRELIMINARMENTE, CABE A PERGUNTA: PARA QUE FAZÊ-LO?**

#### **Respostas:**

1. Ocupar novos mercados, principalmente quando os seus, nacionalmente, já estiverem exauridos, ganhando *know-how* internacional, além de “dividendos” em matéria de promoção institucional.
2. Auferir receitas em moedas fortes, oriundas de mercados internacionais, com menores crises econômico-financeiras, de existência, portanto, mais estáveis. Hoje, infelizmente, com tantas crises a assolar o mundo, este argumento talvez não mais prevaleça, como outrora.
3. Estabelecer estratégias de defesa contra a chegada de redes estrangeiras em seu mercado.

---

<sup>1</sup> Advogado titular da Advocacia Felizardo Barroso & Associados e Presidente da Cobrart Gestão de Ativos e Participações Ltda. (luiz@felizardo.com)

## **MAS, COMO FAZÊ-LO, ISTO É, COMO EXPANDIR-SE INTERNACIONALMENTE?**

A primeira opção que nos vem à mente é a de recorrermos à nossa rede, estabelecendo *lojas próprias* no mercado estrangeiro colimado.

Senão vejamos:

LOJAS PRÓPRIAS NO EXTERIOR.

Os inconvenientes apontados.

### **DIFÍCIL ADAPTAÇÃO**

Cada país tem sua cultura própria, suas idiossincrasias, suas peculiaridades, seus hábitos e costumes característicos, sem falarmos no universo jurídico vigente, geralmente desconhecido e às vezes até hostil, em que pese já existir um anteprojeto de *Lei Modelo*, a nível internacional, oferecido pelo *Institut International Pour L'unification Du Droit Prive (UNITROIT)*, à disposição dos diversos países que queiram adotá-lo.

Ademais, como dirigente do grupo de trabalho, instituído no Fórum de Franquia Empresarial, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (M.D.I.C. Exterior), para uniformização da Legislação de Franchising, tivemos a oportunidade de elaborar um Anteprojeto de *Lei Modelo de Franquia Empresarial*, que foi encaminhado ao Comitê Gestor do Mercosul.

### **ALTO CUSTO FINANCEIRO E RESPECTIVO RISCO ECONÔMICO**

Fáceis de serem imaginados, e, até mesmo, comprovados pelo depoimento de muitas redes que ousaram começar sua expansão, além-fronteiras, estabelecendo *lojas próprias*.

Como exemplo, podemos citar a marca *Jean Louis David* e sua ousadia, montando uma *loja própria* no Rio de Janeiro.

## **LENTIDÃO DO PROCESSO.**

Provocada por uma série de óbices, de toda sorte: jurídicos, administrativos, burocráticos, mercadológicos e concorrenciais.

## **JOINT-VENTURES.**

Outra solução será estabelecer-se no exterior através de *joint-ventures*, alternativa esta, como já ficou demonstrado pela prática, a qual apresenta uma série de inconvenientes, como sejam: alto custo; processo lento, a poder de muitas negociações; embora o risco financeiro seja médio, porque estará sempre dividido entre o exportador da rede de franchising e o empresário local.

## **FRANQUIAS MASTERS.**

### **ESTABELECIMENTO DE FRANQUIAS MASTERS**

O master franqueado, ou sub franqueador é aquele empresário que se dispõe a promover a expansão de determinada rede, *in casu* estrangeira, ocupando a posição de franqueador, em uma certa região, ou, melhor dizendo, a de subfranqueador, denominação pela qual ele é também conhecido.

Não confundir o master franqueado com o mero desenvolvedor de áreas, figura, esta igualmente existente, nacional ou internacionalmente, mas que não negocia, diretamente, com os candidatos a franqueados que co-optar; limitando-se a apresentá-los ao franqueador de além-mar.

A figura do Master Franqueado, ou sub-franqueador, é, por excelência, a melhor solução para a expansão além fronteiras, como alertam as inúmeras experiências existentes no cenário internacional, a comprovar suas qualidades.

Aliás, pesquisa feita pela *Internacional Franchising Association*, dentro do universo de franqueadores existentes, demonstrou a preferência das redes associadas pela figura do Master, conhecedor da conjuntura local, pelo fato de o processo ser muito mais rápido e apresentar baixo custo (o qual é dividido com o master), inclusive o risco financeiro, igualmente baixo por estar compartilhado.

Interessante neste particular é a experiência trazida pela rede brasileira de comida chinesa, intitulada *China In Box*.

Ela “vende” a expansão exterior para um cidadão que, todavia, nada paga adiantadamente pela aquisição da Franquia Master.

Como é sabido, a maioria, senão a quase totalidade das franquias masters, são “vendidas” por quantias elevadas; variáveis, dependendo do tamanho e da natureza do território negociado.

Já o Master da Franquia *China in Box* só paga o preço de aquisição de sua master, à medida que for vendendo as suas sub-franquias, mediante a separação de um percentual para o franqueador.

Este percentual servirá para amortizar o preço de aquisição, sem prejuízo de outro percentual sobre os *royalties* mensais, como o fazem a maioria dos sub-franqueadores (master franqueados), em relação aos seus franqueadores.

## **ERROS MAIS COMUNS COMETIDOS NA EXPANSÃO PARA O EXTERIOR**

No momento de expandir sua rede para o exterior, toda a atenção do franqueador, de modo muito especial, deve estar voltada para o não cometimento dos seguintes erros mais comuns:

- venda da master franquia a uma pessoa não residente no país objeto da expansão;
- falta de condições financeiras do Franqueador (por exemplo, capazes de suportar os ônus adicionais, com constantes viagens ao exterior);
- ausência de suficiente preparo; traduzido pela falta de um planejamento estratégico, que contemple todas as variáveis, com as quais o ousado empresário irá se defrontar; por acreditar que vai conseguir fazer tudo sozinho, sem consultar um assessor especializado, com conhecimento de causa, em respeito ao país colimado para a exportação de seu negócio.
- instalação de unidades próprias no exterior, menosprezando a figura do master franqueado.

## **ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE SEU NEGÓCIO**

A maioria dos franqueadores, quando pensa em partir para uma expansão internacional, informa ter dificuldade de adaptar o conceito de seu negócio às idiossincrasias locais, por falta de uma pesquisa básica adequada, para saber se o produto brasileiro irá efetivamente se adaptar ao gosto, aos hábitos e ao bolso do consumidor estrangeiro, ou se ele terá que customizá-lo.

## **ELEIÇÃO ERRÔNEA DE PAÍSES OU CIDADES NO EXTERIOR**

A preferência na hora da eleição do país ou cidade do exterior, deve ser dada àqueles com identidade de cultura e mesmo idioma, do contrário o sucesso será muito mais difícil de ser alcançado.

Além do prejuízo financeiro, o cometimento destes erros causa imensa frustração, desestimulando novas iniciativas, ainda que venham a serem tomadas, futuramente, de modo correto.

## **ESTRATÉGIAS DE INTERNALIZAÇÃO.**

Se você decidir internacionalizar sua franquia, terá que manter íntegro seu conceito, sem prejuízo de uma certa customização de seus produtos e/ou serviços, para adaptá-los ao gosto local.

Seja como for, você só deve pensar em internacionalizar sua franquia, depois de:

- estar dando grande cobertura ao seu mercado interno;
- detectar a existência de mercados inexplorados e de grande potencial fora de seu país;
- ter estrutura para fornecer no exterior o suporte necessário ao subfranqueador (ou master franqueado), se esta houver sido a opção feita;
- detectar a existência de interessados estrangeiros na sua franquia;
- definir os mercados que julgar prioritários;
- comparecer exaustivamente às feiras internacionais, a fim de oferecer, gratuitamente, um produto para ver a reação do mercado;



- pesquisar concorrentes diretos e indiretos;
- checar a legislação local e definir “cardápio”;
- adaptar manuais; e
- absorver modernas técnicas de divulgação.

### **GRUPO TÉCNICO (I), do FÓRUM DE FRANQUIA (M.D.I.C.E.EXT.) INTERNACIONALIZAÇÃO.**

O Fórum da Franquia Empresarial criou diversos grupos técnicos e, dentre eles, o de Internacionalização do *Franchising*, tendo seu campo de atuação competente:

- Exportação de franquias brasileiras e atração de investimentos das redes estrangeiras.

E, como objetivos primaciais:

- Criação de projetos junto ao setor privado para;
  - Definição de mercados prioritários;
  - Inteligência comercial de varejo internacional;
  - Pesquisa de mercado;
  - Ações de promoção comercial, etc...

### **O GRUPO TÉCNICO (I) CRIOU UM SUBGRUPO (I), COM CAMPO DE ATUAÇÃO NA INFRA-ESTRUTURA LEGAL.**

Harmonização de legislação concernente à franquia no âmbito do Mercosul, objetivando a criação de uma lei Uniforme ou, ao menos, uma Lei Modelo, tendo como gabarito (paradigma) a lei brasileira.

Existe, também, um Comitê de Exportação de Franquias na ABF, cujos objetivos são:

- trocar experiências;
- determinar as ações da ABF na formatação de franquias brasileiras no exterior;
- promover parcerias com o *Banco do Brasil* e a APEX para imprimir agressividade na exportação de seus serviços;
- criar uma mentalidade exportadora;

- investir recursos nas diversas etapas do processo; e
- participar de feiras no exterior.

Sob a égide de um novo contrato firmado periodicamente entre a ABF e a APEX, estas duas entidades têm fixado as capitais prioritárias para a expansão das franquias brasileiras no exterior, como no IV *Programa de Exportação de Franquia*.

Nada obstante, todo este apoio, se você quer ver seus planos de internacionalização fracassarem, então, não dê importância a:

- falta de um planejamento estratégico;
- diferenças linguísticas, étnicas e religiosas;
- dificuldade na difusão de seu *know-how* e sistema;
- mentalidade, gostos e hábitos dos consumidores locais;
- ausência ou insuficiência de pesquisas de mercado, objetivando verificar: poder aquisitivo local e a disponibilidade para o consumo;
- negligência quanto ao registro das marcas, segundo as leis do país cobijado;
- ausência ou deficiência de uma assessoria especializada, comercial, contábil; jurídica, etc.
- ausência de uma Legislação Uniforme, ou Lei Modelo sobre *Franchising*.

Todavia, se forem observados os seguintes requisitos mínimos indispensáveis para que uma franquia dê certo no exterior; certamente o êxito será alcançado; aliás, não só lá fora, como mesmo internamente:

- apresentar, o franqueado, idoneidade moral/financeira;
- dedicar-se o franqueado ao negócio em tempo integral; e
- manter, o franqueado, fidelidade à marca que adotou.

Mesmo tomando-se todos estes cuidados, ainda surgem problemas.

Podemos citar como sendo os principais, os seguintes:

- rentabilidade não satisfatória, a princípio – aliás, como todo o negócio que se inicia;
- treinamento/suporte/suprimentos (logística) à distância; fica tudo muito mais difícil;
- recebimento das taxas respectivas;
- estabelecimento de um cronograma físico financeiro que realmente funcione;

- adequação do conceito de seu negócio às peculiaridades locais;
- programas de marketing realísticos; e
- absorção de mão de obra condizente-se, no país de origem já não é fácil, o que não se diria no exterior?

## **LEGISLAÇÃO COM IMPACTO SOBRE OS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL**

Inúmeros diplomas legais, de natureza diversa, impactam sobre os sistemas de distribuição comercial; muitas das vezes, inviabilizando-os. Vejamos:

- lei societária;
- *joint-venture*;
- transferência de tecnologia;
- comércio eletrônico;
- controle de câmbio sobre regalias e remessas;
- impostos;
- propriedade intelectual;
- anti-monopólio ou defesa da concorrência;
- direito do trabalho; e
- imigração.

## **ASPECTOS JURÍDICOS**

- Patrimônio Intelectual (Registro de marcas, de produtos e de domínios na Internet).

Não só é importante o registro da marca do franqueador e/ou da patente de seus produtos; como também o registro do seu domínio na internet.

- Planejamento

O planejamento da exportação de um negócio deve abranger os seguintes aspectos: financeiro; societário; tributário; internacional; legislação: lei uniforme ou lei modelo (Unidroit); estudo das leis locais; embargos/restrições às importações; legislação cambial/aduaneira.

- Documentos jurídicos mínimos indispensáveis, ao oferecimento de franquias, atendendo às exigências legais locais:
  - circular de Oferta de Franquia;
  - *letter of intent*; e
  - modelo de contrato de franquia.

Uma consulta prévia à Câmara Internacional de Comércio será sempre útil e mesmo indispensável, pois cada país possui sua legislação própria. Nos Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, a normatização jurídica do *franchising* varia de estado para estado da federação.

## CONCLUSÃO

**Comércio Internacional = Elemento de uma política comunitária**

Embora a franquia requeira uniformidade em seus padrões de desempenho, a expansão exitosa da franquia além-fronteiras pressupõe, necessariamente, uma adaptação correlata dos produtos às especificações locais para que o Comércio Internacional desempenhe, efetivamente, a condição de elemento de uma política comunitária.

Se, a busca destas condições ideais e posterior funcionamento das redes de franquia, constituem elementos, seguros e eficazes, de uma política comunitária, a exportação das redes, via escolha do master franqueado enfatiza e exacerba, no bom sentido, tais benefícios, como elementos de uma política comunitária.

Como só o master franqueado possui condições ideais de amalgamar o conceito de negócio original à cultura, hábitos, legislação, burocracia e clima local de negócios, a expansão recíproca de redes de franquia, através da escolha do master no Mercosul, por exemplo, será um é forte elemento de integração e, portanto, de uma política comunitária, merecendo o apoio total das autoridades envolvidas no processo.

Não é sem razão, pois, que a APEX (órgão do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior), vem apoiando as franquias brasileiras na sua ida além fronteiras, em uma alvissareira parceria com a ABF-Nacional, conquistada por ocasião da realização do Fórum da Franquia Empresarial, instaurado por gestão do autor junto ao então Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Senador Francisco Dornelles.



# REPATRIAÇÃO DE ATIVOS, MUDANÇA DE RUMO & SALVE-SE QUEM PUDER!

LUIZ ANTONIO GUERRA<sup>1</sup>

LUIZ FELIPE GUERRA<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo – Repatriação de ativos – mudança de rumo & salva-se quem puder! – é um dos mais polêmicos e empolgantes no atual cenário econômico-tributário, justamente, agora, em tempo de elevada autoestima a partir da posse do presidente eleito, Jair Bolsonaro, que dá sinais, mesmo antes de iniciar o seu mandato, de superação das crises financeira e política por que passou o Brasil nos últimos anos.

Nós, brasileiros, chegamos até aqui com os olhos ainda voltados para o *impeachment* de Dilma Rousseff e também insatisfeitos com o então governo tampão e atabalhado de Michel Temer. Porém, como Deus ama este país e este povo, estamos com o coração cheio de esperança sobre o potencial glorioso futuro desta nação que encaminhará os seus rumos sob a orientação de um novo governo que promete fortalecer o espírito nacionalista, com o implacável combate à corrupção e o crescimento da economia,<sup>3</sup> de modo a debelar, definitivamente, a maior crise brasileira, sem precedentes na história do Brasil.

---

<sup>1</sup> Advogado estabelecido em Brasília/DF. CEO do Guerra Advogados. Advocacia Empresarial. Professor de Direito Econômico e Empresarial no Instituto Guerra. Doutor e Mestre em Direito. Autor de livros e artigos jurídicos. Membro Honorário do Instituto dos Advogados do Distrito Federal Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da *Inter American Academy of International and Comparative Law*. Membro do *Instituto Interamericano de Derecho Concursal*. Membro de variados Institutos Culturais Nacionais e Internacionais.

<sup>2</sup> Advogado estabelecido em Brasília/DF. COO do Guerra Advogados. Advocacia Empresarial. LMM em Direito Empresarial. CEO do Guerra Business Law e do Instituto Guerra. Especialista em Fusões e Aquisições de Empresas. Autor de livros e artigos jurídicos.

<sup>3</sup> Quando escrevíamos este artigo, em meados de dezembro/2018, o Presidente eleito já havia formado o sua equipe ministerial, com a indicação dos 22 novos ministros. Os nomes indicados geraram expectativas positivas para a economia brasileira nos mercados nacional e internacional.

Necessitamos vencer rapidamente o abissal déficit público, atualmente, se os números forem verdadeiros, da ordem aproximada de 200 bilhões de reais – herança recebida dos governos anteriores, especialmente da errônea gestão levada a efeito pelo Partido dos Trabalhadores.

Para apimentar as crises econômica e política, paralelamente passamos a conviver com a insegurança jurídica - fruto do novo marco jurídico- penal na história democrática do Brasil - a Operação Lava Jato. Naturalmente que não se discute a relevância da mencionada Operação tampouco o seu resultado positivo, todavia os meios utilizados foram e são questionáveis do ponto de vista jurídico-constitucional.

Os Estados Unidos da América do Norte, reconhecidamente a maior das democracias, tratou de forma excepcional questões jurídicas em situações excepcionais e apesar da comunidade internacional ter se agitado em meio ao caos então instalado nem por isso deixou de ser um país democrático.

Verdade é que experimentamos muitas coisas diferentes e atos gravíssimos ao longo desses últimos 12 (doze) anos. Aprendemos muito! Amadurecemos!

Dentro desse caldeirão traumático, assustador aos olhos do mundo, temos ainda ursos a enfrentar, ou melhor, leões ferozes, de bocas abertas e grandes, com muita fome e ávido a nos devorar - é o que estamos a denominar de mais um jeitinho brasileiro de arrecadação de impostos - que é o atual modelo de repatriação de ativos.

Como se não bastassem as pedaladas palacianas que jogaram o país no fundo do poço, justamente no auge da crise econômica, no limiar do ano de 2016, a então Presidente Dilma Rousseff presenteou o Brasil com a Lei nº 13.254 -, que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no país.

A Lei de Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) foi regulamentada pela Instrução Normativa 1.627, de 11 de março de 2016, da Receita Federal do Brasil.

A pergunta que não quer calar é: a quem interessava editar a Lei nº 13.254/2016? A resposta é claríssima: a presidente Dilma Rousseff. Por quê? Porque era (e ainda é) necessário fazer caixa, fazer dinheiro com o recolhimento de tributos.

Com o caixa do Tesouro Nacional em baixa e o Brasil quase em mora-

tória, o Palácio do Planalto usou de uma nova arma para tentar manter as contas públicas em dia, qual seja: a busca de novas fontes de receitas tributárias, porque, sem ampla discussão sobre a matéria, o povo brasileiro foi brindado com o RERCT. O tiro saiu pela culatra, pois a então Presidente da República, na sequência, sofreu o processo de *impeachment*, e, por certo, a receita não ajudou o seu governo, mas acabou colaborando na gestão do seu substituto, o presidente Michel Temer.

Antes mesmo de adentrar na análise do conteúdo legislativo, é importante pontuar que muitos brasileiros que possuem recursos (dinheiro) e outros bens móveis e/ou imóveis no exterior, embora não declarados no Brasil, não foram ou não são frutos de atos de corrupção ou lavagem de dinheiro.

Em toda plantação é necessário separar o joio do trigo!

Em tempos passados, já longuíngos, muito brasileiros enviaram recursos ao exterior e assim procederam por conta das instabilidades política, econômica e jurídica que permearam as instituições nacionais.

É sabido que o Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo, sem contar a elevada inflação que historicamente sempre reduziu o poder de compra do consumidor, além da insegurança jurídica que se instalou no país na última década.

Quando aqui estamos a afirmar a insegurança jurídica não estamos apenas falando das decisões judiciais estapafúrdias, contrárias ao bom senso, ao senso comum, e a própria lei, mas também dos atos do Poder Executivo, com política típica de time de futebol de varzea, cujas regras eram alteradas diariamente, sem qualquer respeito ao ato jurídico perfeito.

É fato que o Governo brasileiro nunca teve uma política de investimento e de desenvolvimento estável e de longo prazo. Nós, nacionais, a exemplo dos estrangeiros que aqui investimos, éramos e continuamos a ser surpreendidos com medidas provisórias insanas, que alteraram as regras do jogo já iniciado. Aqui há uma grande gritaria da insegurança aos marcos regulatórios dos principais temas da economia nacional.

O ambiente hostil e inseguro para o investidor brasileiro, aliado à alta carga tributária, foram fatores, no passado, que contribuíram fortemente para a remessa de recursos ao exterior, tudo por conta das instabilidades política, econômica e jurídica.

Não necessariamente o envio de dinheiro ao exterior, sem a devida declaração ao Fisco significou remessa de dinheiro sujo. Muitas vezes, em decorrência da exagerada burocracia estatal, os contribuintes preferiram correr o risco de pagar multas e responder outras penalidades a aguardar



exigências cartoriais cujo ambiente é típico de criar dificuldades para se vender facilidades.

Ninguém pode negar que esse foi o modelo estatal brasileiro até aqui!

Consequência desse modelo cartorial desviado gerou motivação natural para a remessa de recursos ao exterior para a constituição de Empresas *Off Shores* - que nada tem de ilegal, ainda que operem em paraísos fiscais.

É grave equívoco pensar que a constituição de *Off Shores* representa a prática de crime contra o sistema financeiro nacional ou crime contra a ordem tributária.<sup>4</sup>

Não se pode afirmar, portanto, salvo os casos de remessa de dinheiro sujo, *de origem ilícita*, que os recursos ou bens levados ao exterior ou lá adquiridos a partir dos rendimentos tenham sidos ou sejam frutos de atos de corrupção ou lavagem de dinheiro.

Realizada a introdução necessária e localizado o leitor acerca do tema, o presente trabalho situa-se no Direito Tributário-Penal, especialmente aqui voltado para o polêmico e juridicamente inseguro Sistema de Repatriação ou Internalização de Ativos cuja análise e estudo estará, agora, centrado na Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, e sua respectiva regulamentação prevista na Instrução Normativa 1.627, de 11 de março de 2016, da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

## **VISÃO PANORÂMICA DA REPATRIAÇÃO DE ATIVOS (RERCT)**

Vamos analisar o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Consabido que, por força de Cooperação Técnica Internacional<sup>5</sup> (CTI), o Brasil criou e vem criando mecanismos de controle de dados

---

<sup>4</sup> GUERRA, Luiz Antonio; GUERRA, Luiz Felipe Guerra. *Empresas Off Shores e a carga tributária brasileira*. Temas de Direito Empresarial. Guerra Editora. Brasília, 2007, pág. 270

<sup>5</sup> Banco Central do Brasil. A Cooperação Técnica Internacional (CTI) desenvolvida pelo Banco Central do Brasil é principalmente voltada para a promoção do intercâmbio de informações e experiências com outros bancos centrais e instituições similares. No Banco Central do Brasil (BCB), a CTI é realizada com base em programas ou projetos bilaterais ou trilaterais, mas pode também consistir em atividades pontuais, realizados *ad hoc*, com foco em objetivos específicos. A CTI cobre um amplo espectro de temas relacionados aos temas típicos de bancos centrais, incluindo: Economia; Regulação; Procedimentos operacionais; e Técnicas e ferramentas de supervisão bancária. Estão entre as atividades necessárias à realização de cooperação pelo BCB: . receber e tratar solicitações de CTI; estruturá-las em um programa, projeto, ações ou plano de trabalho; agendar atividades; prover suporte logístico; acompanhar a realização das atividades; e avaliar os resultados. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 10 ago. 2016.

e informações de recuperação de ativos e controle de capitais no combate à corrupção e lavagem de dinheiro, como se vê da Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia.<sup>6</sup>

Sob a orientação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, as autoridades brasileiras vêm acertadamente fechando o cerco contra a movimentação ilícita de recursos, buscando, assim, transparência na circulação de capitais e combate aos atos de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de drogas e de terrorismo, a exemplo dos países-membros do G20.

No grupo formado pelos 20 países com maior expressão econômica do planeta, no chamado G20, do qual o Brasil participa, a tendência é implantar políticas universais, em regime de cooperação internacional, no combate à lavagem de dinheiro, à corrupção e à evasão fiscal, como vem sendo orientado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Os paraísos fiscais estão sendo marginalizados e colocados sob suspeita diante da falta de transparência e ausência de controle e de monitoramento de capitais.

Os países do G20 estão em processo de unificação ou, ao menos, de harmonização das regras de controle de capitais, de quebra de sigilos bancário e fiscal.

Os acordos de cooperação técnica tributária e de informações avançam e, a curto prazo, todo o dinheiro existente no mundo será monitorado pelos bancos centrais e autoridades fiscais, situação que levará o

---

<sup>6</sup> Ministério da Justiça. Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) - O Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) é resultado da meta 16 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA 2006, que previa a necessidade de "implantar laboratório modelo para a aplicação de soluções de análise tecnológica em grandes volumes de informações e para a difusão de estudos sobre as melhores práticas em hardware, software e a adequação de perfis profissionais". O LAB-LD foi instalado em 2007 por meio de convênio entre o Ministério da Justiça e o Banco do Brasil, dentro da estrutura do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da atual Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (SNJ). A motivação para a criação do LAB-LD surgiu da observação, pelos órgãos participantes da ENCCLA, de que as investigações de casos de lavagem de dinheiro ou corrupção envolviam quebras de sigilo bancário de inúmeras contas, além de sigilos telefônico e fiscal, abrangendo grandes períodos. Isso gerava uma grande massa de dados a ser analisada e, muitas vezes, as investigações e análises financeiras eram conduzidas sem a necessária especialização técnica. Como o projeto deste primeiro LAB-LD foi bem sucedido, o Ministério da Justiça e Cidadania, por intermédio do DRCI/SNJ, iniciou em 2009 a replicação do modelo para outros Órgãos Estaduais e Federais. O conjunto destes Laboratórios forma a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab), hoje presente em todos os estados brasileiros. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em 10 ago. 2016.

contribuinte a declarar os recursos, valores, bens e direitos existentes no exterior.

A sonegação, por certo, daqui alguns anos, será próxima de zero e o trânsito de capitais será verificado em *real time, online*, pelas autoridades bancárias-financeiras.

Recentemente, o Brasil firmou Acordo de Cooperação de Informações com os Estados Unidos da América do Norte. As autoridades financeiras do Brasil e dos EUA, a curtíssimo prazo, disponibilizarão em suas bases de dados, de forma automática, as informações dos contribuintes. Essa prática acontecerá, seguramente, já a partir de 2020.

A Cooperação Internacional é capitaneada pelos Estados Unidos da América do Norte, no G20. Os EUA, na atualidade, é o maior interessado no controle de capitais por conta do financiamento de atividades de terrorismo.

As regras de controle e de monitoramento de entrada e de saída de capitais estão, a cada dia, mais padronizadas, portanto, universais, e, assim, mais eficientes, inclusive com normas internacionais contábeis, de modo a dificultar o trânsito e a circulação de capitais com fins ilícitos.

Dentro desse cenário internacional, o Brasil vem fazendo o seu papel no monitoramento de capitais e combate à lavagem de dinheiro<sup>7</sup> e, agora, na repatriação de ativos, com a Lei nº 13.254/2016.

A Lei nº 13.254/2016 foi aprovada às pressas e, também, com urgência, quiz o Governo Federal que a partir dela tributos fossem arrecadados, estimando-se, à época, a recuperação do montante de R\$ 100 a 150 bilhões de reais. A Receita Federal do Brasil acredita que o volume de ativos no exterior, não declarados, chegue a R\$ 400 bilhões de reais.

Nessa perspectiva econômica já se pode antever o tamanho da boca do leão - que, neste momento, está apenas rugindo, porém, após o dia 31 de outubro de 2016 - data-limite ou prazo fatal para a adesão ao RERCT - o grande mamífero, de boca grande, feroz e voraz, vai exercitar as mandíbulas para morder, com vontade, o patrimônio dos contribuintes com bens no exterior, não aderentes ao Sistema de Internalização de Ativos.

---

<sup>7</sup> BRASIL - Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 - Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

O Governo Federal teve e tem pressa!

O Governo Federal usou de tortura psicológica contra os contribuintes, potenciais aderentes ao RERCT, para que aderissem ao RERCT. O prazo original foi o dia 31 de outubro de 2016. Posteriormente, o prazo foi prorrogado, porém por novo período também muito curto. A finalidade foi atingida: pressão psicológica sobre os contribuintes a declarar bens no exterior! Aconteceu!

Pior do que a pressão foi e continua sendo a insegurança jurídica que, tanto naquele momento quanto agora, reina sobre o assunto. Lei polêmica, risco maior!

De rigor, ninguém poderia afirmar naquele momento, como também agora, como se desenvolveria ou se desenvolverá, na prática, a adesão ao RERCT, isto é, se, de fato, a simples adesão, com a declaração, e pagamento do imposto solucionariam todo o assunto; ou, se a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil ou mesmo o Ministério Público Federal, no uso de suas atribuições constitucionais, daria, no futuro – que é hoje – passos mais largos com investidas sobre os contribuintes, inclusive com investigações criminais, instauração de inquéritos e denúncias por crimes financeiros, econômicos e tributários etc. causando um verdadeiro estrago na vida do cidadão honesto o que, por circunstâncias variadas, no passado, não declarou bens, direitos ou valores existentes no exterior.

Passados 2 (dois) anos do prazo de adesão ao RERCT, a insegurança jurídica continua reinando neste país, como se verificará mais adiante.

## **DA ANÁLISE DA LEI 13.254/2016 E DA IN-RFB 1.627/2016**

Passamos, agora, ao estudo e à análise da Lei nº 13.254/2016 e da Instrução Normativa RFB 1.627/2016.

Como já dito linhas atrás, o contribuinte à época, potencial aderente ao RERCT, necessitou de orientação acerca do Sistema de Repatriação de Ativos, para saber se deveria ou não aderir ao Sistema de Recuperação de Ativos.

Os tópicos abaixo, de forma pedagógica, trazem a análise acerca dos temas tratados na legislação, a saber:

## **DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E DAS DEFINIÇÕES DOS TERMOS**

Nas disposições iniciais tanto da Lei nº 13.254/2016 quanto da Instrução Normativa 1.627/2016, o legislador apresentou e instituiu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), cunhado no mercado como Repatriação ou Internalização de Ativos.

Regulamentando a Lei 13.254/2016, o art. 1º da INRFB afirmou que o RERCT “tem (tinha) por objetivo a declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País”.

É verdade que a legislação tributária do RERCT buscou a declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, por parte do contribuinte. O legislador partiu da ideia de que o contribuinte, por alguma circunstância, não declarou ou declarou incorretamente os recursos, bens ou direitos, ou mesmo, remeteu ou manteve no exterior os bens.

A hipótese legal excluiu, de logo, a origem ilícita. Os recursos, valores e bens a declarar, obrigatoriamente, haveriam de ter origem lícita!

Complementando a ideia, o art. 2º da INRFB, repetindo o que estava e está na LRERCT, indicou as definições legais, ou seja, os termos e os limites de aplicação e de alcance do Regime Especial de Repatriação de Ativos, apontando nos incisos I ao VI as hipóteses, merecendo destaque os casos previstos nos incisos I ao IV, a saber: “I - recursos ou patrimônio não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais; II - recursos ou patrimônio de origem lícita; III - recursos ou patrimônio repatriados objeto do RERCT; e IV - recursos ou patrimônio remetidos ou mantidos no exterior”.

As hipóteses que estão a exigir maior atenção, por parte do contribuinte, eram e ainda são: 1) a não declaração de recursos, bens ou direitos; e 2) a remessa ou manutenção no exterior de recursos, valores, bens materiais ou imateriais, capitais e direitos.

Conforme a LRERCT, o contribuinte que aderiu ao Regime Especial de Repatriação de Ativos teria o benefício de anistia tributária, com a redução do imposto e da multa, tomando-se por base o preço de mercado dos bens, além da extinção da punibilidade dos crimes indicados nos incisos I ao VIII, da Lei nº 13.254/2016 (os incisos V e VIII foram vetados).

A adesão ao RERCT implicaria extinção de punibilidade para os crimes previstos: 1) no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei nº 8.137, de 1990 (Crimes contra a Ordem Tributária), indicados em (A); 2) na Lei nº 4.729, de 1965, indicada em (B); 3) no art. 337-A, do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), indicado em (C); 4) nos arts. 297, 298, 299 e 304 do Código Penal, indicados em (D); 5) (Vetado); 6) no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 1986, indicados em (E); 7) no art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, indicado em (F); e 8) (Vetado), desde que o contribuinte cumpra todas as condições previstas no caput, do art. 5º, da Lei nº 13.254/2016, ou seja, adira ao Programa, com a entrega da DERCAT (Declaração de Regularização Cambial e Tributária) e efetue o pagamento do imposto e respectiva multa, tudo antes de decisão criminal.

**(A)**

BRASIL - Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica

CAPÍTULO I - Dos Crimes Contra a Ordem Tributária Seção I - Dos crimes praticados por particulares

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - 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 a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

**(B)**

BRASIL - Lei 4.729, de 14 de julho de 1965 - Crime de Sonegação Fiscal

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal: (Vide Decreto-Lei 1.060, de 1969) I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969)

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

§ 1º Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.

§ 2º Se o agente cometer o crime prevalecendo-se do cargo público que exerce, a pena será aumentada da sexta parte.

§ 3º O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal, será punido com a pena deste artigo aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente processo administrativo.

Art 2º (Revogado pela Lei nº 8.383, de 1991)

Art 3º Somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal.

Art 4º A multa aplicada nos termos desta Lei será computada e recolhida, integralmente, como receita pública extraordinária.

Art 5º No art. 334, do Código Penal, substituam-se os §§1º e 2º pelos seguintes:



§ 1º Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou Industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos dêste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo”.

Art 6º Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.

Art 7º As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível.

§ 1º Se os elementos comprobatórios forem suficientes, o Ministério Público oferecerá, desde logo, denúncia.

§ 2º Sendo necessários esclarecimentos, documentos ou diligências complementares, o Ministério Público os requisitará, na forma estabelecida no Código de Processo Penal.

Art 8º Em tudo o mais em que couber e não contrariar os arts. 1º a 7º desta Lei, aplicar-se-ão o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Art 9º (Revogado pela Lei 8.021, de 1990)

Art 10. O Poder Executivo procederá às alterações do Regulamento do Imposto de Renda decorrentes das modificações constantes desta Lei.

Art 11. Esta Lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação. Art 12. Revogam-se as disposições em contrário.

(C)

BRASIL - Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

Sonegação de contribuição previdenciária (Incluído pela Lei 9.983, de 2000) Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei 9.983, de 2000) I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei 9.983, de 2000) III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

I - (VETADO) (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

§ 3º - Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

§ 4º - O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000).

(D)

BRASIL - Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

Falsificação de documento público

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º - Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: (Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

I - na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

(Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

III - em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

§ 4º - Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no

§ 3º - nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços. (Incluído pela Lei 9.983, de 2000)

Falsificação de documento particular

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Falsificação de cartão (Incluído pela Lei 12.737, de 2012) Vigência Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito. (Incluído pela Lei 12.737, de 2012) Vigência Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Uso de documento falso Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

**(E)**

BRASIL - Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

**(F)**

BRASIL - Lei 9.613, de 3 de março de 1998 - Crimes Contr a Lava-gem e Ocultação de Bens

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º - A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º - A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

§ 5º - A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012).

É bom frisar que a extinção da punibilidade não é automática, isto é, se o legislador informa que ela está condicionada ao cumprimento de todas as condições previstas no *caput*, do art. 5º, da LRERCT, inclusive ao pagamento do imposto e consectários, antes de decisão judicial, então é certo que, paralelamente, poderá o Ministério Público - titular da *persecutio criminis* - requerer a instauração de inquérito policial ou, havendo já elementos suficientes, promover, de logo, a ação penal, devendo, neste caso, o contribuinte acertar as contas com a Secretaria da Receita Federal antes de eventual decisão criminal condenatória (§ 1º, do art. 5º).

## **DO OBJETO DE APLICAÇÃO E ALCANCE DO SISTEMA RERCT**

Constituem objeto do Sistema RERCT, segundo os incisos I ao VII, da Lei nº 13.254/2016, os seguintes bens e direitos: 1) os recursos de depósitos bancários, certificados de depósitos, cotas de fundos de investimento, instrumentos financeiros, apólices de seguro, certificados de investimento ou operações de capitalização, depósitos em cartões de crédito, fundos de aposentadoria ou pensão; 2) operações de empréstimo com pessoa física ou jurídica; 3) recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, decorren-

tes de operações de câmbio ilegítimas ou não autorizadas; 4) recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, integralizados em empresas estrangeiras sob a forma de ações, integralização de capital, contribuição de capital ou qualquer outra forma de participação societária ou direito de participação no capital de pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica; 5) ativos intangíveis disponíveis no exterior de qualquer natureza, com marcas, *copyright*, *software*, *know-how*, patentes e todo e qualquer direito submetido ao regime de *royalties*; 6) bens imóveis em geral ou ativos que representem direitos sobre bens imóveis; e 7) veículos, aeronaves, embarcações e demais bens móveis sujeitos a registro em geral, ainda que em alienação fiduciária.

Verifica-se do rol de bens e direitos que nada ficou de fora, isto é, todo e qualquer bem imóvel ou móvel, inclusive bens intangíveis e até direitos submetidos ao regime de *royalties* são objeto de alcance do Sistema de Repatriação.

Todos os bens existentes em data anterior a 31 de dezembro de 2014, remetidos ou mantidos no exterior, poderão ser objeto de regularização.

Absurda é a exigência contida na LRERCT, no § 2º, do art. 3º, que determina ao contribuinte declarar os bens, ainda que inexista saldo de valores ou título de propriedade em 31 de dezembro de 2014, porém tenham sido transferidos. Significa dizer que o contribuinte pagará o imposto, ainda que não possua mais os bens.

## DOS SUJEITOS PASSIVOS E DAS EXCLUSÕES

Podem optar pelo Sistema de Repatriação de Ativos pessoas físicas e jurídicas residentes e domiciliadas no Brasil em 31 de dezembro de 2014, titular de bens e direitos de origem lícita.

Podem optar também pelo RERCT os não residentes no momento da publicação e vigência da Lei nº 13.254/2016, desde que, naturalmente, eram residentes ou domiciliados no país, em 31 de dezembro de 2014.

Estão excluídos do RERCT os contribuintes condenados em ação penal pelos crimes previstos no § 1º, do art. 5º, da Lei nº 13.254/2016, ainda que não transitada em julgado a sentença condenatória.

É inconstitucional essa exigência. Enquanto não houver trânsito em julgado não há condenação penal.

Outra manifesta inconstitucionalidade reside na exclusão dos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem

aos respectivos cônjuges e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, em 13 de janeiro de 2016.

Sem o menor sentido ambas as exclusões, pois sem trânsito em julgado, não há condenação penal; e também porque discriminatória é a lei, ao eleger alguns e excluir outros, quando, em realidade, todos são iguais perante à lei, não importando serem ou não detentores de cargos, empregos ou funções públicas.

As inconstitucionalidades previstas na Lei nº 13.254/2016 poderão ser questionadas perante o Supremo Tribunal Federal.

## DA ADESÃO AO SISTEMA RERCT

Para aderir ao RERCT, o contribuinte deveria ter apresentado Declaração de Regularização Cambial e Tributária (DERCAT), em formato eletrônico, bem assim realizado o pagamento integral do imposto sobre a renda em alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre o valor total, em reais, dos recursos objeto de regularização e da respectiva multa, em percentual de 100% (cem por cento) do imposto apurado.

Cópia da DERCAT seria remetida pela Receita Federal do Brasil ao Banco Central, de modo que o contribuinte não necessitaria realizar dupla ou nova declaração perante a autoridade bancária, servindo a DERCAT tanto para a regularidade dos ativos perante a RFB quanto para os fins de registro de valores junto ao BCB.

Para gerar os efeitos próprios previstos na Lei nº 13.254/2016, obrigatoriamente a DERCAT deveria ser entregue à RFB acompanhada dos pagamentos do imposto e da multa. Somente nessas condições é que a autoridade fazendária consideraria efetivada a adesão ao Sistema de Repatriação de Ativos.

Curioso é que o legislador previu a declaração de bens até na hipótese de transferência de ativos em operações com *trust*, de qualquer natureza, de modo que o contribuinte não poderia alegar a ausência de propriedade quando o investimento estivesse sob a titularidade do *trust*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Ao tempo da denúncia por falta de decoro parlamentar do ex- Deputado Federal Eduardo Cunha, ex-presidente da Câmara dos Deputados, a mídia digital falada, escrita e televisiva divulgou amplamente o debate ocorrido acerca do relatório sobre a cassação do mandato parlamentar, em que um dos fundamentos para a perda do mandato eletivo foi o questionamento jurídico acerca da propriedade de valores depositados no exterior. O relatório, de um lado, afirmou a falta de decoro parlamentar, por ocultação de valores no exterior, enquanto que, de outro, o Deputado cassado afirmou não ser o proprietário dos



O beneficiário do *trust* é o responsável pela adesão ao Sistema de Repatriação de Ativos. Contudo, o instituidor do *trust* que não figurasse, em 31 de dezembro de 2014, na condição de beneficiário poderia apresentar a DERCAT, eliminando-se, assim, qualquer dúvida acerca da transferência da propriedade e de seu beneficiário.

## DOS EFEITOS DA ADESÃO AO SISTEMA RERCT

Além da regularidade dos ativos não declarados, com o pagamento do imposto e da multa com significativa redução, é certo que o principal efeito decorrente da adesão é a extinção da punibilidade dos crimes previstos no § 1º, do art. 5º, da Lei nº 13.254/2016.

Afirmou a Lei nº 13.254/2016 que a DERCAT não poderia, por si só, isoladamente, como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório ou procedimento criminal; ou para, direta ou indiretamente, qualquer procedimento administrativo de natureza tributária ou cambial em relação aos recursos dela constantes.

Discordamos dessa indicação! A DERCAT somente surtiria os efeitos aqui indicados se, e somente se, na condicional, a Secretaria da Receita Federal acatasse a Declaração como correta, com os pagamentos efetivamente realizados, quando, então, deveria ocorrer a homologação do imposto declarado e recolhido.

No entanto, se a autoridade fazendária dela discordasse, não homologando-a e vislumbrando informações duvidosas, ou mesmo sonegadas, indubitável que o contribuinte estaria (e estará) sujeito ao procedimento criminal, com a provocação do Ministério Público para a instauração de inquérito ou, se for o caso, com a propositura direta da ação penal mediante oferecimento de denúncia.

Portanto, há que se duvidar, com justa razão, acerca da previsão legal porquanto risco havia e, de fato, há se que o contribuinte, ainda que, em tese, de boa fé, tenha aderido ao Sistema de Repatriação de Ativos e venha a ser denunciado por crimes de sonegação fiscal, evasão de divisas, dentre outros.

---

recursos, mas sim o *Trust*, a quem transferiu a propriedade, sendo ele, conforme afirmou apenas o beneficiário. O legislador, na Lei 13.254/2016 avançou para dizer que o beneficiário do *trust* seria quem deveria realizar a adesão ao RERCT.

Outros efeitos se extraem da adesão ao Sistema RERCT: a) confissão extrajudicial, por parte do contribuinte; e b) remissão dos demais créditos tributários decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias e a redução de 100% (cem por cento) das demais multas de mora, de ofício ou isoladas e dos encargos legais diretamente relacionados aos bens e direitos em relação a fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2014.

A confissão extrajudicial do contribuinte significa que, em tese, não poderia (ou poderá) a partir da adesão ao Sistema RERCT questionar o seu conteúdo. Em realidade, a confissão extrajudicial, ainda que espontânea, não é absoluta, admitindo a sua invalidação ou anulabilidade judicial, se presentes vícios capazes de desconstituí-la, a depender, naturalmente, das condições em que fora realizada, devendo, no caso concreto, ser apreciada em juízo.

A remissão de créditos tributários corresponde a efetivo ganho financeiro a favor do contribuinte, porquanto, além de beneficiar-se do Regime Especial de Repatriação de Ativos, com o pagamento reduzido do imposto e da respectiva multa, não pagaria os demais créditos que incidiriam sobre a operação, em situação normal.

## **DAS PRINCIPAIS OBRIGAÇÕES**

Quanto às obrigações previstas na nº Lei 13.254/2016 e a INRFB 1.627/2016, vale registrar que o contribuinte deveria (e deverá) manter em boa guarda e ordem, em sua posse, à disposição da Receita Federal do Brasil, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do prazo final para a entrega da declaração de adesão ao Sistema RERCT, toda a documentação suporte que orientou a entrega da DERCAT.

Da documentação suporte, destacam-se os documentos pontualmente indicados na lei, a saber: a) no caso de *Trust* - a identificação do instituidor, dos beneficiários, do administrador e, quando houver, do fiscalizador, além dos documentos de constituição, com a relação de bens e ativos e a documentação contábil-financeira; b) no caso de *Off Shore Companies* - a identificação do nome, razão social e local de constituição da *Off Shore*, o número de identificação fiscal, se houver, além dos contratos sociais ou outros documentos de constituição, de identificação dos sócios e seus poderes e a identificação dos diretores e sua relação com os sócios, como

também a identificação de *holdings* e as demonstrações financeiras; c) no caso de Fundações Privadas – a identificação do instituidor, seus conselheiros do controlador e dos beneficiários.

Outros documentos relacionados aos ativos deveriam (e deverão) também ser guardados e mantidos na posse do contribuinte, de modo a exibí-los à autoridade fazendária, se e quando solicitados, a exemplo de contas, dados cadastrais, extratos etc.

Concluindo, deveria, também, o contribuinte pessoa física, optante pelo Sistema de Repatriação de Ativos, apresentar a Declaração de Ajuste Anual (DAA) do exercício de 2015, ano calendário 2014, ou a sua Declaração Retificadora, contendo os bens não declarados e, agora, regularizados, mantendo-os normalmente nas demais declarações sucessivas até que sejam efetivamente transferidos do seu patrimônio.

## **DA EXCLUSÃO DO RERCT**

Deverá ser excluído do Sistema de Repatriação de Ativos e conseqüentemente sofrerá os seus efeitos o contribuinte que apresentou declarações ou documentos falsos relativos à titularidade e à condição jurídica dos recursos, bens ou direitos objeto de regularização, bem assim a documentação contábil.

Decorre naturalmente da exclusão do RERCT a cobrança dos valores dos tributos, multas e juros incidentes, como devidos na sua totalidade, sem a redução do Regime Especial, deduzindo-se o que houver sido pago, sem prejuízo da aplicação das penalidades cíveis, penais e administrativas cabíveis. No caso de exclusão, a instauração ou a continuidade de procedimentos investigatórios quanto à origem dos ativos objeto de regularização somente poderá ocorrer se houver evidências documentais não relacionadas à declaração do contribuinte.

Não cremos que a exclusão não leve ao procedimento de investigação e conseqüente ação penal, se for o caso. Isto por que, de rigor, a única causa efetiva para a exclusão do contribuinte do Sistema de Repatriação de Ativos é a apresentação de documentação falsa. Se o contribuinte usa de falsidade material ou ideológica contra a Administração Pública, então, de logo, de ofício, deverá a autoridade fazendária determinar a instauração de inquérito policial.

Da decisão de exclusão (do despacho decisório excluindo o contribuinte do Programa de Repatriação de Ativos), o sujeito passivo poderá inter-

por recurso administrativo, no prazo de 10 (dez) dias a contar da ciência da decisão (notificação), para o Delegado da Receita Federal, e o recurso será decidido, em última instância, pelo Superintendente da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte.

É certo que, administrativamente, esgotada a última instância, o contribuinte excluído poderá ainda provocar o Poder Judiciário com Ação Declaratória ou Ação Anulatória do Ato de Exclusão do Programa RERCT.

## **DAS DISPOSIÇÕES GERAIS FINAIS**

Obriga-se a Receita Federal do Brasil a manter as informações em sigilo. A divulgação ou a publicidade de informações constantes da DERCAT no Programa de Repatriação de Ativos implicarão efeito equivalente à quebra de sigilo fiscal, sujeitando-se o responsável às penas previstas na Lei

Lei Complementar 105, de 2001, e art. 325 do Código Penal. Se a quebra do sigilo for praticada por funcionário público, o responsável ficará sujeito à pena de demissão, sem prejuízo das responsabilidades civis e criminais.

As informações prestadas à Receita Federal do Brasil, no âmbito do RERCT, não serão compartilhadas com os Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive para fins de constituição de crédito tributário da competência desses entes públicos.

## **DA RECENTE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO**

Como os contribuintes viveram ao tempo da adesão ao Programa de Repatriação de Ativos sob forte temor, na incerteza jurídica de aderirem ou não ao Sistema, por conta de eventual mudança nas regras então estabelecidas, fato é que, hoje, já no futuro se comparado ao ano de 2016, a Receita Federal do Brasil alterou o RERCT através da recente edição do Ato Declaratório Interpretativo RFB 5, de 04/12/2018, publicado no Diário Oficial da União de 06/12/2018, em manifesta atuação desrespeitosa para com o contribuinte.

Em postura administrativa condenável juridicamente, típica atuação de “pegadinha”, a Receita Federal do Brasil, que, antes havia criado as regras para a adesão ao Programa, agora, 2 (dois) anos depois, com o Sistema em curso, após verificar o volume de recursos, decidiu mudar o curso do jogo,

criando novas normas, alterando substancialmente as regras contempladas para o Sistema de Repatriação de Ativos.

A RFB assim procedeu, agora, intencionalmente, para “pegar os contribuintes que aderiram, em 2016, de boa-fé, ao Programa de Repatriação de Ativos no Exterior. Com a alteração das regras antes vigentes, os contribuintes, agora, potencialmente, terão sérios e graves problemas a enfrentar perante à autoridade fazendária”.

Isso é insegurança jurídica!

Confira-se abaixo a criatividade da Receita Federal do Brasil:

Aprova a versão “Dercat - Perguntas e Respostas 1.4” que dispõe sobre a aplicação do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos III e XXVI do art. 280 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto na Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, na Lei nº 13.428, de 30 de março de 2017, na Instrução Normativa RFB nº 1.627, de 11 de março de 2016, e na Instrução Normativa RFB nº 1.704, de 31 de março de 2017, declara:

Art. 1º Fica aprovada a versão “Dercat - Perguntas e Respostas 1.4”, que acrescenta ao “Dercat - Perguntas e Respostas 1.3” as notas 5 e 6 da Pergunta nº 39 e as notas 1, 2 e 3 da Pergunta nº 40.

Art. 2º O “Dercat - Perguntas e Respostas 1.4” ficará disponível no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço <http://rfb.gov.br>.

Art. 3º Publique-se no Diário Oficial da União.”

A Receita Federal do Brasil criou novas regras ao Sistema, com o surgimento do Novo Caderno Fiscal ou “Questionário Tributário-Penal”, denominado: Perguntas e Respostas. É sério!

A RFB criou um “joguinho” de perguntas e respostas em que o contribuinte que aderiu, em 2016, agora, terá de responder a todas as perguntas feitas pela Receita Federal.

Vejamos a situação criada: 1) se o contribuinte não responder às perguntas, a Receita Federal do Brasil não homologará a Adesão ao Sistema de Repatriação de Ativos e conseqüentemente o contribuinte terá sérios e

graves problemas com o Fisco, sem prejuízo da responsabilidade criminal; e 2) se o contribuinte responder às perguntas, porém forem elas insatisfeitas a juízo da autoridade fazendária, a Receita Federal do Brasil, além de não homologar a Adesão ao Sistema de Repatriação de Ativos, certamente, remeterá o caso ao Ministério Público, a quem incumbirá adotar as medidas judiciais criminais próprias, sem prejuízo das sanções tributárias.

Além da insegurança jurídica, a postura da Receita Federal é desleal!

A Receita Federal, nos próximos dias, certamente, começará a notificar os contribuintes, para que comprovem, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos.

Houve mudança de rumo, porquanto a própria Receita Federal ao anunciar o Sistema de Adesão ao Programa de Repatriação de Ativos indicou que não seria exigido do contribuinte documentos relacionados à origem dos recursos.

Não havia obrigatoriedade de comprovação dos recursos, mas apenas a declaração da origem dos recursos.

A Receita Federal alterou substancialmente a regra do jogo, do jogo já em curso há 2 (dois) anos. Por força do Ato Declaratório Interpretativo 5, a autoridade fazendária criou novos procedimentos, ilegalmente, a saber: 1) extinguiu a desobrigação de comprovar a origem (agora o contribuinte tem de comprovar documentalmente a origem do recurso); e 2) a permanência no Programa poderá ser objeto de fiscalização ou até de investigação, a depender do caso (o contribuinte terá de se submeter ao ato de fiscalização).

O art. 4º da Lei do RERCT foi alterado. Não havia qualquer necessidade de apresentação de documentação suporte à adesão ao Programa.

Contudo, agora, 2 (dois) anos depois, os critérios legais foram alterados!

A insegurança jurídica que reinava à época, se deveria ou não o contribuinte aderir ao Programa de Repatriação de Ativos sob risco de mudança das regras à adesão, agora, 2 (dois) anos após o início do Sistema, de fato, concretizou-se a insegurança jurídica, quando a Receita Federal do Brasil passou a exigir, com o Ato Declaratório Interpretativo 5, a obrigatoriedade de responder ao Caderno de Perguntas e Respostas, além de exigir a comprovação documental da origem dos recursos enviados ao exterior.

Isso é absoluta insegurança jurídica!

## CONCLUSÃO

Diante do exposto apresentamos as seguintes conclusões:

- a) a Lei nº 13.254/2016 é reflexo do controle de capitais que os países do G20 vêm imprimindo no âmbito da OCDE, com a tendência de universalização de padrões de combate à lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas e terrorismo;
- b) a Lei nº 13.254/2016 é complexa, com redação precária no tratamento da Repatriação de Ativos;
- c) a Lei nº 13.254/2016, embora tenha incentivado a declaração de valores, bens móveis e imóveis não declarados, existentes no exterior, com redução significativa no valor do imposto e respectiva multa, a adesão ao Sistema de Repatriação de Ativos implicou, desde o início, sérios e graves riscos ao contribuinte aderente;
- d) a redação contida na Lei nº 13.254/2016 não garantiu, necessariamente, ausência de responsabilidade tributária e penal, estando o contribuinte sujeito às respectivas responsabilidades, tudo a depender do que será declarado, do valor a ser declarado e da documentação suporte à declaração, como agora, no presente (ou futuro, se comparado ao ano de 2016), passou a RFB a exigir através da nova regra instituída no Ato Declaratório Interpretativo 5;
- e) a redação prevista na Lei nº 13.254/2016 expôs a risco o contribuinte aderente, porquanto, além de confusa e contraditória, afirmou que RFB não daria início à investigação criminal com base apenas na DERCART; porém, indicou que todas as condições deveriam ser atendidas até a decisão criminal, ou seja, é fato que a RFB poderá provocar o Ministério Público a instaurar inquérito policial ou, a depender dos elementos já existentes, o contribuinte ser, de logo, denunciado por crimes de sonegação fiscal, evasão de divisas, falsidade material ou ideológica, lavagem de dinheiro, corrupção etc.;
- f) a Lei nº 13.254/2016 apresentou-se com insegurança jurídica ao contribuinte desde o nascedouro ao aderir ao Programa de Repatriação de Ativos, inclusive na hipótese de exclusão do Regime Especial Tributário, em que a RFB, por não homologar a adesão ao RERCT, poderá, a depender da documentação suporte, requerer a instauração de inquérito policial ou mesmo a denúncia criminal do contribuinte; e

- g) a não adesão ao Programa do Regime Especial Tributário também deixaria o contribuinte sob situação de risco, se, no futuro próximo, isto é, quando do cruzamento de dados dos países participantes do G20 identificar-se a existência de bens não declarados, no exterior. Certamente, o contribuinte, além de autuado, com o pagamento integral do imposto e respectiva multa, responderá criminalmente pelos crimes identificados no § 1º, do art. 5º, da Lei nº 13.254/2016.

A Lei nº 13.254/2016 foi, portanto, aparentemente, boa ou atrativa, porém trouxe grande risco ao aderente ao Programa da Repatriação de Ativos. De rigor, não se poderia e não se pode afirmar, ainda, tenha sido ela ou seja ela vantajosa ao contribuinte à medida que gerou grave insegurança jurídica ao contribuinte.

A Lei nº 13.254/2016 contém inconstitucionalidades e pensamos que deveria ou ainda poderá ser questionada judicialmente. É necessário que o STF afirme as condições nela lançadas, como forma de garantia ao contribuinte, principalmente porque a não adesão ao RERCT também implicou riscos ao contribuinte diante dos Acordos de Cooperação Técnica Internacional entre os países do G20, com o cruzamento de dados e informações existentes no exterior.

É sabido que nos próximos anos – parece que já estamos no futuro – por força da orientação e implantação de controles universais sobre a circulação de capitais nas principais economias mundias, inclusive com a pressa que vem sendo implantada pelos países do G20, já é certo o uso da plataforma do *Foreign Account Tax Compliance Act* dos EUA – regime norte-americano de disponibilização de informações tributárias e fiscais, apertando-se o cerco ao contribuinte que não aderiu ao Programa de Repatriação de Ativos.

A real situação para o contribuinte é a seguinte: se correr, o bicho pega; se ficar, o bicho come! De uma forma ou de outra, a padronização das plataformas digitais de segurança tributária, de uso universal, reduzirá substancialmente a sonegação fiscal e a circulação de dinheiro sujo.

Basta verificarmos os registros financeiros supervisionados pelo COAF – que tem conhecimento de todos os recursos financeiros que transitam pelas contas correntes bancárias e demais aplicações financeiras.

É realidade nos dias que correm, principalmente a partir da então pressão exercida pela Receita Federal do Brasil, ao tempo da data-limite para a adesão (2016), que os contribuintes se viram inseguros (como estão



até agora, no presente momento) em relação à adesão ao Programa de Repatriação de Ativos exatamente por conta da incerteza na correta aplicação da Lei 13.254/2016, mormente neste país em que as decisões judiciais são, não raro, vacilantes e claudicantes, gerando insegurança jurídica aos jurisdicionados.

A principal pergunta para tudo isso foi a realizada pelos contribuintes, em 2016: aderir ou não aderir ao RERCT? Para essa pergunta, rigorosamente, não se tinha resposta segura, naquele momento, como também não se tem agora.

Riscos existiam e eram reais! Havia riscos para quem aderisse ao Sistema de Repatriação de Ativos e havia riscos também para quem não aderisse ao Programa de Internalização de Bens.

O grande temor era a insegurança jurídica que imperava e ainda impera neste país. Nós, brasileiros, não acreditamos na lei; não confiamos naquilo que está escrito; e também não temos como bastante e verdadeiro o texto legal. Pior: os tribunais não têm garantido segurança jurídica aos jurisdicionados. Essa é a maior insegurança jurídica!

No Brasil, particularmente no mundo jurídico, o que parece óbvio aos olhos dos homens, dos jurisdicionados, não necessariamente é óbvio às garras do Ministério Público e ao posicionamento e às decisões do Poder Judiciário.

As mais altas Cortes de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por suas vacilantes decisões, não dão segurança jurídica aos jurisdicionados na interpretação da Constituição e da lei federal, com ordens e contra-ordens de seus próprios ministros, que, ao sabor de uma tarde, de verão ou de inverno, alteram, numa simples sessão ou mesmo em decisões isoladas, a construção e a consolidação da jurisprudência do tribunal. Então, acreditar em quem? Nos homens? Somente podemos acreditar em Deus - que é o Juiz dos juízes!<sup>9</sup>

A lógica brasileira é incompreensível! Ela é incompreensível para todos: brasileiros e estrangeiros.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Bíblia Sagrada - Livro de Jeremias 17:5,7 - Versão NVI - “5 Assim diz o Senhor: Maldito é o homem que confia nos homens, que faz da humanidade mortal a sua força, mas cujo coração se afasta do Senhor. 6 [...]. 7 Mas bendito é o homem cuja confiança está no Senhor, cuja confiança Nele está.”

<sup>10</sup> Em agosto de 2015, participávamos como palestrante em Congresso Internacional em Lima, Peru sobre a Aliança do Pacífico. Ao final da palestra, indaguamos aos Coordenadores do Congresso, alguns responsáveis pela orientação jurídica do referido Pacto Econômico, o motivo pelo qual o Brasil não era convidado a participar do mencionado bloco. Recebemos, de imediato, a seguinte resposta: “nosotros no comprendemos la lógica brasileña!”

Por isso, tanto temor se teve à época da adesão ao RERCT, como também tanto temor se tem ainda agora em relação ao desfecho da situação do contribuinte aderente ao Programa de Repatriação de Ativos.

Hoje, em 2019, mesmo com as garantias constitucionais em vigor, com 30 anos de vigência da Constituição Federal, ainda estamos vivendo sob o temor da violação ao ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Nós advogados, ao lado dos nossos clientes, estamos, tanto quanto eles, temerosos acerca da correta aplicação da lei diante de decisões vacilantes. Desde o início do RERCT o clima foi de desconfiança e de insegurança jurídica.

Agora, no presente (porque hoje já é o futuro), a Receita Federal mudou a regra do jogo e o contribuinte que aderiu ao Sistema de Repatriação de Ativos encontra-se sob grave risco de sofrer penalidades.

O sentimento que se tem, verdadeiramente, é: mudança de rumo a partir da mudança da legislação em relação ao contribuinte aderente ao Programa de Repatriação de Ativos e agora salve-se quem puder!

Sem resposta segura, tanto à época da adesão (2016), como, agora, certo é que o contencioso tributário-penal aumentará nos escritórios de advocacia a partir da atuação ilegal da RFB, quando, então, teremos de enfrentar as questões perante o Poder Judiciário, na defesa dos direitos dos contribuintes, sempre na esperança de dias melhores a partir da firme orientação do Supremo Tribunal Federal.



# TRADUÇÃO DA EMENTA DO CASO OBERGÉFELL V. HODGES

MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O caso Obergefell v. Hodges<sup>2</sup> foi decidido pela Suprema Corte Americana em 2015. Nele, os *justices* norte-americanos declararam que o casamento entre pessoas do mesmo gênero não pode ser proibido por nenhum Estado. Assim, determinou que os casamentos homoafetivos realizados legalmente em um Estado que o permitia seja reconhecido por todos os Estados, com base na Cláusula do Devido Processo Legal e na Cláusula de Proteção Iguatária da 14<sup>a</sup> Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Trata-se de um caso paradigmático para a comunidade LGBTQI+, pela visibilidade internacional concedida à questão.

O Brasil já havia reconhecido judicialmente a união homoafetiva em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou, conjuntamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277.

O caminho para o reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQI+ passa por dificuldades jurídicas e políticas. Embora o melhor lugar para o reconhecimento desses direitos seja o Poder Legislativo, muitas vezes a comunidade vai ao Poder Judiciário, que decide em questões silenciadas pelo Congresso.

---

<sup>1</sup>Mestra e doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB). Revisão: João Orlando Monteiro Gordilho, bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, que utilizou a ementa traduzida em seu Trabalho de Conclusão de Curso.

<sup>2</sup>UNITED STATES OF AMERICA. Obergefell v. Hodges. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

Por isso, ressalta-se a importância de estudar casos paradigmáticos: o diálogo entre a sociedade e seus representantes no Congresso às vezes apresenta ruídos. A sociedade, ansiosa por efetivar seus direitos, diante da inércia do Legislativo, socorre-se do Judiciário, que assume o papel contramajoritário e decide sobre os direitos das minorias.

A tradução da ementa de *Obergefell v. Hodges* vem em auxílio à comunidade acadêmica, que poderá analisar os argumentos da Suprema Corte e aprofundar a pesquisa sobre os temas que permeiam a decisão.

## VERSÃO EM PORTUGUÊS

Os Estados de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee definem casamento como a união entre um homem e uma mulher. Os requerentes, 14 casais homoafetivos e dois homens cujos parceiros já faleceram, propuseram ações judiciais em Cortes de Distritos Federais nos seus Estados de origem, sob o argumento de que oficiais dos Estados-réus violaram a 14ª Emenda ao negar-lhes o direito de casar ou de ver plenamente reconhecidos casamentos celebrados legalmente em outro Estado. Cada uma das Cortes Distritais decidiu favoravelmente aos autores, mas o 6º Circuito consolidou os casos e reverteu as decisões.

Fundamentação: a 14ª Emenda exige que os Estados autorizem o casamento entre duas pessoas do mesmo gênero e reconheçam o casamento entre duas pessoas homoafetivos quando seu casamento foi autorizado e celebrado conforme a lei de outro Estado.

- (a) Antes de comentar os princípios e precedentes aplicáveis, é apropriado destacar a história do tema em discussão perante esta Corte.
1. A história do casamento como uma união entre duas pessoas de gêneros opostos marca o início desses casos. Para os réus, estender o casamento a casais homoafetivos seria desrespeitar uma instituição secular. Mas os autores, longe de querer desvalorizar o casamento, procuram-no para si mesmos em razão do respeito – e necessidade – pelos privilégios e responsabilidades decorrentes do matrimônio, como ilustrado pelas experiências pessoais dos autores.
  2. A história do casamento é tanto de continuidade quanto de rupturas. Mudanças, tais como o declínio dos casamentos arranjados e o abandono da lei de subordinação da mulher casada a seu ma-

rido (*Coverture law*),<sup>3</sup> proporcionaram intensas transformações na estrutura do casamento, afetando aspectos do instituto antes vistos como essenciais. Essa nova compreensão fortaleceu, ao invés de enfraquecer, a instituição do casamento. Novas compreensões sobre casamento são características de uma nação onde novas dimensões de liberdade foram reconhecidas para as novas gerações.

Essa dinâmica pode ser vista na experiência da Nação em relação aos direitos de gays e lésbicas.<sup>4</sup> Durante boa parte do século XX, vários Estados condenaram as relações sexuais entre indivíduos do mesmo gênero como imorais, e a homossexualidade era tratada como uma doença. Mais tarde, ainda no século XX, o desenvolvimento da cultura e da política autorizou casais homoafetivos a levar vidas mais públicas e abertas. Longas discussões públicas e privadas se seguiram, juntamente com mudanças nas atitudes públicas. Questões sobre o tratamento jurídico de gays e lésbicas logo chegaram às cortes, onde puderam ser debatidas a partir do discurso jurídico formal. Em 2003, esta Corte cancelou sua decisão de 1986 no caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, a qual validou uma lei do Estado da Geórgia que criminalizava alguns atos homossexuais, concluindo que leis que criminalizavam intimidade entre o mesmo sexo, aviltavam as vidas das pessoas homossexuais.” (caso *Lawrence v. Texas*, 539, U.S. 558, 575). Em 2012, a Lei Federal de Proibição do Casamento<sup>5</sup> também foi derubada (caso *United States v. Windsor*, 570 U.S.). Inúmeros casos de casamento homoafetivo que chegaram às cortes federais e às supremas cortes estatais contribuíram para o diálogo.

(b) A 14<sup>a</sup> Emenda determina que um Estado permita um casamento entre duas pessoas de mesmo gênero.

1. As liberdades fundamentais protegidas pela Cláusula de Devido Processo Legal da 14<sup>a</sup> Emenda se estendem para algumas escolhas pessoais centrais à dignidade e autonomia individuais, incluindo escolhas íntimas definidoras de crenças e identidades individuais.

---

<sup>3</sup> Lei segundo a qual o homem passava a assumir os direitos e obrigações da mulher, após o casamento. Algo semelhante com o Código Civil de 1916, para quem a mulher casada era considerada relativamente incapaz.

<sup>4</sup> Atualmente, diz-se direitos LGBTI.

<sup>5</sup> A *Defense of Marriage Act* (ou DOMA) continha, na sua Seção 3 (antes de ser declarada inconstitucional), uma definição limitada de casamento, restringindo-o somente à união entre homem e mulher.

Ver, por exemplo, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453; *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 484–486. As cortes devem aplicar um julgamento razoável ao identificar interesses fundamentais da pessoa humana que deveriam ser respeitados pelo Estado. A história e a tradição guiam e disciplinam o questionamento, porém não delimitam suas fronteiras. Quando uma nova compreensão revela o desacordo entre as proteções fundamentais da Constituição e uma estrutura legal anterior, deve-se apelar à liberdade.

Ao aplicar esses princípios, a Corte vem há tempos entendendo que o direito ao casamento é protegido pela Constituição. Por exemplo, no caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12, a Corte invalidou proibições de uniões inter-raciais, e no caso *Turner v. Safley*, 482, U.S., 78, 95, assegurou que prisioneiros não podem ter seu direito ao casamento negado. Estritamente, esses julgados presumiam uma relação entre pessoas de sexo oposto, assim como *Baker v. Nelson*, 4409 U.S. 810, uma decisão sumária de uma linha prolatada em 1972, sustentando que a exclusão de casais homoafetivos do casamento não representava uma questão federal substantiva. Mas outros precedentes, mais elucidativos, expressaram princípios mais amplos. Confira-se, por exemplo, *Lawrence*, supra, p. 574. Ao avaliar a possibilidade de aplicar a força racional desses casos para casais homoafetivos, a Corte deve respeitar as razões básicas pelas quais o direito ao casamento tem sido protegido há tempos. Confira-se, por exemplo, *Eisenstadt*, supra, 453-454. Essa análise leva inevitavelmente a concluir que casais homoafetivos podem exercer o direito ao casamento.

2. Quatro princípios e tradições demonstram que as razões segundo as quais o casamento é protegido sob a Constituição são aplicáveis com igual força para casais homoafetivos. A primeira premissa parte de precedentes relevantes desta Corte e sugere que o direito à escolha pessoal em relação ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual. Essa conexão permanente entre casamento e liberdade é o motivo pelo qual *Loving* invalidou as proibições de casamento inter-racial sob a Cláusula do Devido Processo Legal. Confira-se 388, U.S., 12. A decisão sobre o casamento está dentre as mais íntimas escolhas que um indivíduo pode fazer. Ver *Lawrence*, supra, 574. Isso é verdade para todas as pessoas, não importando sua orientação sexual.

Um segundo princípio extraído da jurisprudência desta Corte afirma que o direito ao casamento é fundamental pois respalda a união de duas pessoas diferente de qualquer outra em razão da sua importância para os envolvidos. A associação íntima protegida por esse direito era central para *Griswold v. Connecticut*, quando se assegurou a proteção constitucional ao uso de métodos contraceptivos por pessoas casadas, 381 U.S., 485, e foi reconhecida em *Turner*, supra, 95. Casais homoafetivos possuem o mesmo direito dos casais heterossexuais de desfrutar de uma associação íntima, direito que se estende para além da mera proteção contra leis que criminalizam a relação entre pessoas homoafetivos. Ver *Lawrence*, supra, 567.

Um terceiro embasamento para proteger o direito ao casamento está em que ele protege crianças e famílias e, dessa forma, extrai seu sentido de direitos relacionados à concepção, criação e educação dos filhos. Confira-se, p.ex., *Pierce v. Society of Sisters*, 268.

U.S. 510. Sem o reconhecimento, a estabilidade e a previsibilidade oferecidas pelo casamento, as crianças sofrem o estigma de saber que suas famílias possuem um *status* jurídico inferior, em algum sentido. Elas também sofrem os significativos custos materiais de serem criadas por pais e mães não casados, relegadas a uma vida familiar mais difícil e incerta. As leis de casamento em discussão causam danos e humilham as crianças de casais homoafetivos. Confira-se *Windsor*, supra, . Isso não significa que o direito ao casamento é menos importante para aqueles que não querem ou não podem ter filhos. Os precedentes protegem o direito de um casal de não procriar, por isso o direito ao casamento não pode ser condicionado à capacidade ou ao comprometimento de gerar filhos.

Finalmente, os julgados desta Corte e as tradições da nação deixam claro que o casamento é um pilar da ordem social. Confira-se *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211. Os Estados têm contribuído para o caráter fundamental do casamento ao colocá-lo no centro de vários aspectos da ordem jurídico-social. Não há diferença entre casais compostos por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente com relação a este princípio e, no entanto, os casais homoafetivos não têm acesso à constelação de benefícios que os Estados relacionam ao casamento e se sujeitam a uma instabilidade que vários casais heteroafetivos considerariam intolerável. É humilhante excluir os casais homoafetivos de uma instituição central para a sociedade, pois eles também aspiram aos propósitos transcendentais do casamento.



A limitação do casamento a casais heteroafetivos, por muito tempo, pode ter parecido natural e justo, mas sua inconsistência com o entendimento central ao direito fundamental ao casamento é, agora, manifesta.

3. O direito de casais homoafetivos ao casamento deriva igualmente da garantia da 14ª Emenda à igualdade de proteção. As cláusulas do Devido Processo Legal e da Igual Proteção estão profundamente conectadas. Direitos implícitos na liberdade e direitos assegurados pela igualdade de proteção podem se basear em diferentes preceitos e nem sempre coincidem. No entanto, um pode elucidar o significado e o alcance do outro, e vice-versa. Essa dinâmica reflete-se em *Loving*, quando a Corte invocou ambas as cláusulas; e em *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, quando a Corte declarou a nulidade de uma lei que impedia o casamento de pais que tinham histórico de débitos de pensão alimentar para com os filhos. De fato, ao reconhecer que novas perspectivas e compreensões sociais podem revelar, em instituições fundamentais, desigualdades injustas que, anteriormente, passaram despercebidas e incontestadas, esta Corte invocou o princípio de igualdade de proteção para declarar a nulidade de leis que impunham, no instituto do casamento, desigualdades baseadas no gênero. Confirma-se, por exemplo, *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455, 460–461, e confirmando a relação entre liberdade e igualdade, ver, por exemplo, *M. L. B. v. S. L. J.*, 519 U. S. 102, 120–121.

A Corte tem reconhecido a natureza interligada dessas proteções constitucionais no contexto do tratamento jurídico de gays e lésbicas. Confirma-se *Lawrence*, 539 U.S., 575. Essa dinâmica também se aplica ao casamento homoafetivo. As leis debatidas são um fardo à liberdade de casais homoafetivos, e elas condensam preceitos centrais de igualdade. As leis matrimoniais em questão são, em essência, desiguais: negam aos casais homoafetivos benefícios concedidos aos casais heteroafetivos e, além disso, impedem aqueles casais de exercer um direito fundamental. Especialmente pela longa história de desaprovação dos relacionamentos homoafetivos, essa negação mantém um grave e longínquo dano, causando desrespeito e inferiorização de gays e lésbicas.

4. O direito ao casamento é um direito fundamental inerente à liberdade da pessoa e, sob as cláusulas do Devido Processo Legal e da Igual Proteção, presentes na 14ª Emenda, casais homoafetivos não

devem ser privados daquele direito e daquela liberdade. Casais homoafetivos podem exercer o direito fundamental ao casamento. *Baker v. Nelson* está superado (*overruled*). As leis estaduais contestadas pelos autores nesses casos são consideradas nulas por excluírem o direito dos casais homoafetivos de celebrar o casamento civil nos mesmos termos e condições dos casais heterossexuais.

5. Pode existir uma inclinação inicial por esperar legislações futuras, litígios e debates. Porém, referendos, debates legislativos e campanhas de base; estudos e análises escritas; e extensos litígios em cortes federais e estaduais levaram a uma melhor compreensão do problema. Enquanto a Constituição afirma que a democracia é o processo apropriado para mudanças, indivíduos prejudicados não precisam esperar uma ação legislativa para ter seu direito fundamental garantido. O caso *Bowers*, com efeito, apoiou uma ação estatal que negou a gays e lésbicas um direito fundamental. Embora o caso tenha sido eventualmente repudiado, homens e mulheres sofreram dor e humilhação nesse ínterim, e os efeitos dessas violações sem dúvida perduraram por muito tempo após a superação de *Bowers*. Um julgamento contra os casais homoafetivos teria o mesmo efeito e seria injustificado sob a 14<sup>a</sup> Emenda. As histórias dos autores mostram a urgência da questão apresentada à Corte, que tem o dever de atender a esses pedidos e de responder tais questões. O argumento dos réus, segundo o qual a liberação de casamento homoafetivo iria prejudicar o casamento como instituição, baseia-se em uma visão contraintuitiva sobre as decisões que os casais heteroafetivos tomam a respeito do casamento e da família. Finalmente, a 1<sup>a</sup> Emenda assegura que as religiões, aqueles que aderem a doutrinas religiosas, e outros são protegidos na medida em que buscam ensinar os princípios que são tão centrais e enriquecedores às suas vidas e crenças.
- (c) A 14<sup>a</sup> Emenda requer que os Estados reconheçam o casamento homoafetivo realizado validamente em outro Estado. Uma vez que casais homoafetivos podem agora exercer o direito fundamental de se casar em todos os Estados, não há fundamento jurídico para nenhum Estado, com base no caráter homoafetivo da relação, se recusar a reconhecer um casamento entre pessoas do mesmo gênero realizado de acordo com a lei em outro Estado.

772 F. 3d 388, revertida.

O Ministro Kennedy foi o relator da decisão. Votaram de acordo os Ministros Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. O Ministro Roberts apresentou divergência, seguido pelos Ministros Scalia e Thomas. O Ministro Scalia apresentou divergência, no que foi seguido pelo Ministro Thomas. O Ministro Thomas apresentou divergência, seguido pelo Ministro Scalia. O Ministro Alito apresentou divergência, seguido pelos Ministros Scalia e Thomas.

## VERSÃO ORIGINAL

*Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee define marriage as a union between one man and one woman. The petitioners, 14 same-sex couples and two men whose same-sex partners are deceased, filed suits in Federal District Courts in their home States, claiming that respondent state officials violate the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have marriages lawfully performed in another State given full recognition. Each District Court ruled in petitioners' favor, but the Sixth Circuit consolidated the cases and reversed.*

*Held: The Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex and to recognize a marriage between two people of the same sex when their marriage was lawfully licensed and performed out-of-State. Pp. 3–28.*

- (a) *Before turning to the governing principles and precedents, it is appropriate to note the history of the subject now before the Court. Pp. 3–10.*
1. *The history of marriage as a union between two persons of the opposite sex marks the beginning of these cases. To the respondents, it would demean a timeless institution if marriage were extended to same-sex couples. But the petitioners, far from seeking to devalue marriage, seek it for themselves because of their respect—and need—for its privileges and responsibilities, as illustrated by the petitioners' own experiences. Pp. 3–6.*
  2. *The history of marriage is one of both continuity and change. Changes, such as the decline of arranged marriages and the abandonment of the law of coverture, have worked deep transformations in the*

structure of marriage, affecting aspects of marriage once viewed as essential. These new insights have strengthened, not weakened, the institution. Changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations.

This dynamic can be seen in the Nation's experience with gay and lesbian rights. Well into the 20th century, many States condemned same-sex intimacy as immoral, and homosexuality was treated as an illness. Later in the century, cultural and political developments allowed same-sex couples to lead more open and public lives. Extensive public and private dialogue followed, along with shifts in public attitudes. Questions about the legal treatment of gays and lesbians soon reached the courts, where they could be discussed in the formal discourse of the law. In 2003, this Court overruled its 1986 decision in *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186, which upheld a Georgia law that criminalized certain homosexual acts, concluding laws making same-sex intimacy a crime *“demea[n] the lives of homosexual persons.”* *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 575. In 2012, the federal Defense of Marriage Act was also struck down. *United States v. Windsor*, 570 U. S. . . . Numerous same-sex marriage cases reaching the federal courts and state supreme courts have added to the dialogue. Pp. 6– 10.

(b) The Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex. Pp. 10–27.

1. The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs. See, e.g., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453; *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 484–486. Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. History and tradition guide and discipline the inquiry but do not set its outer boundaries. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.

Applying these tenets, the Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. For example, *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12,

invalidated bans on interracial unions, and *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95, held that prisoners could not be denied the right to marry. To be sure, these cases presumed a relationship involving opposite-sex partners, as did *Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810, a one-line summary decision issued in 1972, holding that the exclusion of same-sex couples from marriage did not present a substantial federal question. But other, more instructive precedents have expressed broader principles. See, e.g., *Lawrence*, *supra*, at 574. In assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected. See, e.g., *Eisenstadt*, *supra*, at 453–454. This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. Pp. 10–12.

2. Four principles and traditions demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples. The first premise of this Court’s relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause. See 388 U. S., at 12. Decisions about marriage are among the most intimate that an individual can make. See *Lawrence*, *supra*, at 574. This is true for all persons, whatever their sexual orientation.

A second principle in this Court’s jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. The intimate association protected by this right was central to *Griswold v. Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception, 381 U. S., at 485, and was acknowledged in *Turner*, *supra*, at 95. Same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association, a right extending beyond mere freedom from laws making same-sex intimacy a criminal offense. See *Lawrence*, *supra*, at 567.

A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education. See, e.g., *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated to a more difficult and uncertain family life. The marriage

laws at issue thus harm and humiliate the children of same-sex couples. See *Windsor*, *supra*, at. This does not mean that the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. Precedent protects the right of a married couple not to procreate, so the right to marry cannot be conditioned on the capacity or commitment to procreate.

Finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of the Nation's social order. See *Maynard v. Hill*, 125 U. S. 190, 211. States have contributed to the fundamental character of marriage by placing it at the center of many facets of the legal and social order. There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle, yet same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage and are consigned to an instability many opposite-sex couples would find intolerable. It is demeaning to lock same-sex couples out of a central institution of the Nation's society, for they too may aspire to the transcendent purposes of marriage.

The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. Pp. 12–18.

3. The right of same-sex couples to marry is also derived from the Fourteenth Amendment's guarantee of equal protection. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always co-extensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other. This dynamic is reflected in *Loving*, where the Court invoked both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause; and in *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374, where the Court invalidated a law barring fathers delinquent on child-support payments from marrying. Indeed, recognizing that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged, this Court has invoked equal protection principles to invalidate laws imposing sex-based inequality on marriage, see, e.g., *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455, 460–461, and confirmed the relation between liberty and equality, see, e.g., *M. L. B. v. S. L. J.*, 519 U. S. 102, 120–121.

The Court has acknowledged the interlocking nature of these constitutional safeguards in the context of the legal treatment of gays and lesbians. See

*Lawrence*, 539 U. S., at 575. This dynamic also applies to same-sex marriage. The challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and they abridge central precepts of equality. The marriage laws at issue are in essence unequal: Same-sex couples are denied benefits afforded opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial works a grave and continuing harm, serving to disrespect and subordinate gays and lesbians. Pp. 18–22.

4. The right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. Same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. *Baker v. Nelson* is overruled. The State laws challenged by the petitioners in these cases are held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples. Pp. 22–23.
5. There may be an initial inclination to await further legislation, litigation, and debate, but referenda, legislative debates, and grassroots campaigns; studies and other writings; and extensive litigation in state and federal courts have led to an enhanced understanding of the issue. While the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, individuals who are harmed need not await legislative action before asserting a fundamental right. *Bowers*, in effect, upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right. Though it was eventually repudiated, men and women suffered pain and humiliation in the interim, and the effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. A ruling against same-sex couples would have the same effect and would be unjustified under the Fourteenth Amendment. The petitioners' stories show the urgency of the issue they present to the Court, which has a duty to address these claims and answer these questions. Respondents' argument that allowing same-sex couples to wed will harm marriage as an institution rests on a counterintuitive view of opposite-sex couples' decisions about marriage and parenthood. Finally, the First Amendment ensures that religions, those who adhere to religious doctrines, and others have protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths. Pp. 23–27.

- (c) The Fourteenth Amendment requires States to recognize same- sex marriages validly performed out of State. Since same-sex couples may now exercise the fundamental right to marry in all States, there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same- sex character. Pp. 27-28.

772 F. 3d 388, *reversed*.<sup>6</sup>

KENNEDY, J., *delivered the opinion of the Court, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. ROBERTS, C. J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA and THOMAS, JJ., joined. SCALIA, J., filed a dissenting opinion, in which THOMAS, J., joined. THOMAS, J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA, J., joined. ALITO, J., filed a dissenting opinion, in which SCALIA and THOMAS, JJ., joined.*

---

<sup>6</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Obergefell v. Hodges*. Disponível em <[http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)>. Acesso em 12 de novembro de 2018.





# CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL E INÍCIO DA EXECUÇÃO DEFINITIVA. À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO, DO NOVO CPC E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NELSON LUIZ PINTO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Neste artigo buscaremos analisar a necessidade de se conferir maior efetividade à execução da tutela jurisdicional no âmbito do processo civil, notadamente no que se refere ao instituto do cumprimento provisório de sentença.

Tal análise levará em consideração a evolução dos institutos processuais, especialmente aqueles relativos à antecipação dos efeitos da tutela, bem como os recentes julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) sobre a possibilidade de execução imediata de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

Além disso, se destacarão as determinações expressas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC) com relação ao princípio constitucional da razoável duração do processo e a necessidade de interpretação do NCPC de acordo com os preceitos constitucionais.

Assim, no presente estudo pretendemos fazer uma análise crítica ao instituto do cumprimento provisório de sentença, tal como previsto no NCPC, na esteira destas ponderações preambulares.

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP, UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Cândido Mendes-RJ.

## DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA NO NCPC – INCONGRUENCIA COM A EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

De início, cumpre destacar a atual sistemática do cumprimento de sentença no NCPC. O artigo 520 do NCPC determina que o cumprimento provisório de sentença se dará como se definitivo fosse nos casos em que o recurso cabível não tenha efeito suspensivo.

Entretanto, há a ressalva em seu inciso IV, de que “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Neste ponto, realizamos a primeira crítica ao atual modelo de execução de sentença provisória. Isso porque, entendemos que a própria nomenclatura utilizada pelo legislador processual pátrio não reflete a realidade do instituto.

Com efeito, conforme já destacamos,<sup>2</sup> ao comentar a PEC nº 15/2011, de iniciativa do então Ministro Cesar Peluso, que pretendia alterar os arts 102 e 105 da Constituição Federal, nos casos em que a caução é determinada, verifica-se que o cumprimento provisório de sentença é na verdade um cumprimento *incompleto* de sentença, eis que o NCPC permite apenas o *adiantamento* dos atos de execução, notadamente aqueles relativos à garantia do pagamento futuro através da constrição do patrimônio do devedor.

Apesar das hipóteses de dispensa de caução previstas no art. 521 do NCPC e na jurisprudência, como em casos de grave dano ao exequente,<sup>3</sup> entendemos que qualquer restrição ao cumprimento efetivo de sentença provisória, ainda mais após o julgamento de apelação, não condiz com a evolução do direito processual no Brasil.

Não precisamos fazer grande regressão nos institutos processuais para verificarmos a tendência de se atribuir efetividade e satisfatividade às tutelas jurisdicionais, até mesmo por meio de decisões de cognição sumária, como o instituto da tutela antecipada (art. 273 do CPC/1973).

---

<sup>2</sup> In: Processo em Perspectiva, em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>3</sup> RESP nº 1145358.

No NCPC tal situação pode ser verificada no art. 294 e seguintes, tendo sido instituído, inclusive, no art. 304<sup>4</sup>, a possibilidade de os efeitos da tutela antecipada serem estabilizados, na hipótese de ausência de recurso. A esse respeito, anota Daniel Mitidiero:

“1. Estabilização da antecipação da tutela. A questão que efetivamente interessa no que tange à antecipação da tutela obtida de forma antecedente é sua estabilização (art. 304). Se a antecipação da tutela é concedida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor (art. 303, § 1º, I) e o demandado não se manifesta no sentido do exaurimento da cognição (art. 304, *caput*), a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo. [...]”<sup>5</sup>

Ou seja, permite-se que, por meio de uma decisão de cognição sumária, atos executórios ou não, sejam estabilizados e tenham efetividade imediata sem qualquer determinação de salvaguardas. Entretanto, para sentenças e acórdãos, após ampla dilação probatória e exaurimento da cognição sobre as questões de mérito, exige-se em inúmeros casos o oferecimento de caução para início da execução em razão da ausência da coisa julgada.

Com o devido respeito a opiniões contrárias, tal situação, ao nosso sentir, foge à razoabilidade.

## **DA AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Conforme destacado, entendemos que a atual sistemática do cumprimento provisório de sentença não se adequa ao quanto estabelecido na Constituição Federal, especificamente ao princípio da razoável duração do processo.

---

<sup>4</sup> “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

<sup>5</sup> In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al.), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 788.

Neste ponto, destacamos que o art. 1º do NCPC estabelece que os preceitos do referido Código devem ser interpretados “conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Conforme bem aponta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, referido artigo não trata de mero enunciado, mas sim de garantia contra qualquer violação à necessária interpretação do NCPC de acordo com a Constituição Federal:

O novo Código, logo em sua primeira disposição, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional. Assim, longe de parecer simplesmente um enunciado, o dispositivo possui importante aplicação prática: vale de garantia eficaz contra qualquer dispositivo que contrarie a Constituição, bem como é fator de interpretação para a aplicação dos dispositivos processuais. Aqui, a lei processual e a própria atividade jurisdicional em si, submetem-se às normas e aos valores constitucionais, os quais lhes servem de fonte e legitimam o seu exercício, ao tempo em que impedem o autoritarismo e o abuso.<sup>6</sup>

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, estabelece serem assegurados a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Com relação à necessidade de real solução de mérito nos processos em prazo razoável, Cândido Rangel Dinamarco destaca que o “decorso do tempo é muitas vezes o causador do perecimento de direitos ou de insupportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do tempo-inimigo, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes.”<sup>7</sup>

Seguindo a determinação constitucional, o art. 4º do NCPC é expresso ao destacar o direito das partes em obter em prazo razoável a solução integral do processo, dando-se importante destaque para a parte satisfativa. Confira-se:

---

<sup>6</sup> In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 55-56.

“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Com relação a este assunto, Cassio Scarpinella Bueno conclui que “a expressa menção a ‘atividade satisfativa’ é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com a sua concretização.”<sup>8</sup>

Entretanto, é exatamente quanto à concretização é que criticamos a atual sistemática da execução provisória de sentença.

Na prática, como mencionado anteriormente, são inúmeros os casos em que os levantamentos de bens constritos nos autos são condicionados à prestação de caução, sob a justificativa de se evitar eventual lesão ao executado, tendo em vista a pendência de recursos. Seguem alguns exemplos:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA - Levantamento de valores - Pendência de trânsito em julgado e oposição de recurso especial não possui efeito suspensivo - Possibilidade de levantamento, mas com observância do disposto no inciso III do art. 475-O do CPC, em virtude de o valor ser expressivo - Deverá a magistrada exigir caução idônea - Recurso parcialmente provido, com observação.<sup>9</sup>

SEGURO DE VIDA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - LEVANTAMENTO DE QUANTIA DEPOSITADA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL - NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO, SUFICIENTE E IDÔNEA, NOS TERMOS DO ARTIGO 475-O, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. A legislação processual civil permite nas execuções provisórias o levantamento de depósito em dinheiro, condicionando-o à prestação de caução, a qual poderá ser dispensada na execução em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 475-O, § 2º, inciso II, do Código de Processo Civil).<sup>10</sup>

<sup>8</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, *Novo código de Processo Civil anotado* / Cassio Scarpinella Bueno – 2 ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

<sup>9</sup> 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, agravo de instrumento n.º 2126725-15.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Sebastião Junqueira, j. 29/9/2014.

<sup>10</sup> 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, agravo de instrumento n.º 0070780-14.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Renato Sartorelli, j. 26/6/2013.

Tal situação colabora sobremaneira com a sensação de morosidade da justiça brasileira.

Com efeito, a prática indevida de operadores do direito em procrastinar ao máximo o cumprimento das obrigações dos executados, com a interposição de recursos muitas vezes incabíveis, aliada à inércia e muitas vezes até à omissão do Poder Judiciário, retira a tão necessária efetividade das decisões judiciais no cumprimento de decisões a respeito das quais ainda pendem recurso perante as Cortes superiores.

A esse respeito, oportuno o comentário de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

É praticamente impossível apontar todas as causas que geram a morosidade judicial. Muitas são conhecidas, mas não existe vontade política ou mesmo cultura adequada de grande parte dos operadores do direito no sentido de corrigi-las. A omissão do Estado para fornecer os meios necessários à efetiva solução dos litígios, a utilização inadequada dos instrumentos processuais pelos protagonistas do processo, são alguns exemplos das razões da morosidade. [...].<sup>11</sup>

De fato, muitas vezes a própria determinação da caução impede o cumprimento provisório da sentença, apesar da questão já ter sido decidida inclusive em grau de apelação, o que contraria frontalmente o mencionado princípio da razoável duração do processo e colabora com a sensação de ausência de efetividade do Poder Judiciário nacional.

## **DA NECESSIDADE DE EFICÁCIA PLENA DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO NO ÂMBITO CÍVEL – PARADIGMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXECUÇÃO PENAL**

Em razão dos pontos acima destacados é que defendemos a aplicação de forma análoga no âmbito cível das recentes decisões proferidas pelo STF nos processos HC n.º 126292/SP e ADC n.º 44/DF.

---

<sup>11</sup> In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

Nos julgamentos dos referidos processos, o STF entendeu pela possibilidade de execução imediata de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

O entendimento majoritário do STF foi no sentido de que, tendo em vista que o mérito da causa já foi analisado em duas instâncias, passando inclusive por julgamento colegiado, não existem razões para se procrastinar o cumprimento imediato de acórdão penal condenatório, apesar da pendência de recursos para os Tribunais Superiores.

Entendemos que a posição do STF não dever ser restrita às questões penais que, vale dizer, são muito mais sensíveis que as demais, por restringir o direito de liberdade, devendo tal entendimento ser expandido para julgamentos que envolvam matérias de outras áreas do direito, especialmente nas condenações cíveis e trabalhistas.

Com efeito, tendo em vista ser una a jurisdição,<sup>12</sup> a posição dos Tribunais Superiores com relação à efetividade do cumprimento do acórdão condenatório ainda não transitado em julgado não deve ser diferente apenas em razão das matérias tratadas nos respectivos processos.

Além disso, a exigência da coisa julgada para a plena efetividade da condenação penal tem natureza constitucional e, mesmo assim, tem sido relativizada pelo Supremo Tribunal Federal. Já em matéria civil, a exigência da coisa julgada para a execução definitiva vem prevista no Código de Processo Civil, norma infraconstitucional.

Assim, não enxergamos qualquer entrave para que, da mesma forma que decidido pelo STF no âmbito penal, após o julgamento em sede de apelação cível, a sentença provisória tenha eficácia plena, não sendo condição absoluta a prestação de caução, como regra geral, para levantamento de valores constrictos, mesmo na pendência de julgamento de recursos junto aos Tribunais Superiores.

Conforme já destacado, se em matéria penal, em que se trata do direito de liberdade, a interpretação do STF foi no sentido da desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida em sede de apelação

---

<sup>12</sup> Conforme ensinam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, a jurisdição não é propriamente um poder, “mas uma expressão do poder estatal, o qual é uno e não comporta qualquer ramificação em uma pluralidade de poderes diversificados – o Estado não tem mais de uma capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Essa capacidade é uma só, e o que diferencia seu exercício em variados setores da atuação do estado é a função exercida em cada um deles.” (Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria geral do novo processo civil/ Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 77 e 81).



para sua imediata execução, sem a necessidade de outras salvaguardas, no âmbito cível o raciocínio deveria ser o mesmo.

Nos autos do HC n.º 126292, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de proferir voto em sentido contrário ao da maioria, destacou essa disparidade de entendimentos para matérias diversas:

“[...]”

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta – e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código de Processo Civil, -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

Art. 520.

[...]”

IV. o levantamento de depósito em dinheiro – vil metal – e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

E também com relação ao que o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II:

“Art. 520.

[...]”

II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução” – claro, a transferência do bem, a propriedade – “restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se prejuízos nos mesmos autos”.

Ora, em se tratando de direito de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores.

[...]

Pois é, então, vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência – digo isso com maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram –, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindoura [...].”

Ressaltamos novamente que o art. 1º do NCPC estabelece que os preceitos do referido Código devem ser interpretados “conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Dessa forma, tendo o STF sedimentado o entendimento de que o cumprimento imediato de sentença condenatória, após recurso de apelação, ainda que pendentes recursos aos Tribunais Superiores, não viola qualquer garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal, os dispositivos do NCPC a esse respeito, principalmente no tocante ao art. 520 e seguintes, devem seguir essa interpretação.

Na realidade, a prática reiterada de nossos Tribunais, de forma equivocada, tornou os Tribunais Superiores, em inúmeros casos, em terceiras e quartas instâncias, com o que não se pode admitir na hipótese de se buscar uma justiça mais célere.

Conforme o entendimento da maioria dos Ministros do STF, aos Tribunais Superiores (STJ e STF), não cabe rever condenações ou outros aspectos relacionados aos fatos das demandas – o que em tese impediria eventual execução imediata antes da análise do caso por tais Tribunais –, mas apenas a higidez do ordenamento jurídico nas matérias de suas competências. Confira-se:

“Ressalvadas a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático – probatória. [...]”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no Habeas Corpus nº 126292/SP, julgamento realizado em 5/2/2015.

O revolvimento de matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

[...]

A finalidade que a constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

[...]

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estaparfúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.<sup>14</sup>

[...]

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitu-

---

<sup>14</sup> Voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no Habeas Corpus nº 126292/SP, julgamento realizado em 5/2/2015.

cional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida.”<sup>15</sup>

Neste sentido também nos posicionamos em trabalho anteriormente publicado:<sup>16</sup>

“Com efeito, as Cortes Superiores no Brasil, das quais saís são exemplos o STF, o STJ e o TST, são, na verdade, tribunais com função de controle da prestação jurisdicional e não cortes de justiça. No caso do STF, em relação à sua competência para o Recurso Extraordinário, trata-se de um tribunal de controle da constitucionalidade das decisões emanadas pelos tribunais inferiores, estaduais e federais, com o objetivo de preservar a autoridade da Constituição Federal, como órgão responsável pela interpretação das normas constitucionais.”

Destacamos, ainda, o entendimento manifestado pelo Ministro Luiz Fux, ao ressaltar que o STF já admite a coisa julgada em capítulos, estabelecendo-se a imutabilidade da decisão no tocante ao mérito da acusação nas instâncias ordinárias:

[...]

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável [...].”<sup>17</sup>

Ou seja, inúmeras são as razões para que também se apliquem no âmbito cível e trabalhista as determinações dadas pelo STF para o cumprimento de sentença não transitada em julgado em matéria penal.

---

<sup>15</sup> Voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 126292/SP, julgamento realizado em 5/2/2015.

<sup>16</sup> In: *Processo em Perspectiva*, em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>17</sup> Voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Habeas Corpus nº 126292/SP, julgamento realizado em 5/2/2015.

Neste ponto, fazemos referência ao voto do Ministro Dias Toffoli na ADC n.º 44/DF, com relação à possibilidade de o STJ tutelar direitos individuais.<sup>18</sup>

Mais recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal que recursos incabíveis não afastam trânsito em julgado de condenação.

Decidiu-se que, caso recursos especiais ou extraordinários sejam reconhecidos como incabíveis pelo tribunal de origem e o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal mantenham a decisão, eles perdem a capacidade de afastar o *status* de coisa julgada, que retroage à data do término do prazo para interposição do último recurso cabível.

Com esse argumento, o ministro Luís Roberto Barroso, do STF, negou *Habeas Corpus* - HC 145.829 - no qual a defesa de um condenado por receptação e falsidade ideológica pretendia o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nessa caso, após julgamento de apelação pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o condenado interpôs recurso especial, cujo trâmite foi negado pela corte local. O STJ manteve a rejeição, afastou o reconhecimento da prescrição alegada pela defesa e, por entender que o recurso especial era inválido, determinou a certificação do trânsito em julgado, que se consumou na data do último dia para a interposição do recurso especial. Assentou ainda que a corte local tomasse as providências necessárias para a execução da pena, de dois anos de reclusão em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de direito.

No STF, a defesa alegou que, ao contrário do que entendeu o STJ, o recurso especial inadmitido na origem não interrompe a contagem do prazo prescricional, mesmo quando a decisão de inadmissibilidade é confirmada pelo STJ.

O Ministro Barroso afastou a alegação descrita no HC, destacando que o acórdão do TJ-DF está em harmonia com a jurisprudência do STF. Segundo ele, se o trânsito em julgado ocorre em momento anterior ao fim do prazo prescricional, considerada a pena em concreto aplicada, não se pode falar em prescrição. Na hipótese dos autos, o STJ reconheceu a for-

---

<sup>18</sup> “Dessa feita, como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário. Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, “a” e “c”, CF).”

mação da coisa julgada, que ocorreu em 24 de abril de 2013, e determinou a certificação do trânsito em julgado do acórdão do TJ-DF.

Levando-se em consideração tal questão e, aceitando-se um posicionamento mais conservador, defendemos que, ao menos após o julgamento pelo STJ, a decisão chamada de “provisória” possa ter plena eficácia plena, não devendo, portanto, se aguardar o julgamento de eventual recurso no STF.

Destacamos, ainda, que em casos em que se verifique real e desproporcional a possibilidade de lesão ao executado, caberá, conforme previsto na lei processual, a possibilidade de se requerer aos Tribunais Superiores a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários e especiais, solução essa destacada inclusive no acórdão do referido HC n.º 126.292.

Ademais, conforme também previsto no NCPC, eventuais danos causados aos executados em razão de modificações de entendimentos pelos Tribunais Superiores, poderão ser resolvidos por meio da condenação do exequente nas devidas perdas e danos.

Ressalte-se que o percentual de provimento de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores é baixíssimo. Conforme informações contidas na já mencionada PEC n.º 15/2011, o percentual de provimento de recursos extraordinários, entre 2009 e 2011 foi de aproximadamente 4% em matéria cível e 2,7% em matéria criminal, destacando-se que os recursos na área cível correspondiam a 92% de todos os recursos ao STF.

Há quem argumente que a proposta de se trazer maior efetividade à execução provisória de sentença poderia vir a congestionar os Tribunais Superiores com pedidos de efeito suspensivo aos recursos Especial e Extraordinário.

Entretanto, essa situação só se resolveria, conforme defendemos em artigo visando comentar a PEC n.º 15/2011,<sup>19</sup> com a mudança de cultura de todos os operadores do direito e com reformas profundas no sistema jurisdicional nacional, como aquelas que já vem ocorrendo como, por exemplo, a maior valorização das Súmulas e da jurisprudência dominante, o aperfeiçoamento do sistema de julgamentos de questões repetitivas, dentre outras mais estruturais, sendo que a única solução definitiva seria mesmo uma completa revisão do sistema federativo brasileiro, com a diminuição da competência legislativa exclusiva da União.

---

<sup>19</sup> In: *Processo em Perspectiva*, em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

## CONCLUSÃO

Diante de todo exposto e na tentativa de tonar mais efetivo o cumprimento das decisões judiciais em matérias cíveis e trabalhistas, defendemos a aplicação do entendimento do STF sobre a possibilidade de execução efetiva de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, também nos outros ramos do direito, sem a necessidade de caução, bem como que as Cortes Superiores passem a certificar a ocorrência de coisa julgada, retroagindo seus efeitos ao tempo da prolação da decisão em face qual tenha sido interposto recurso considerado flagrantemente incabível e protelatório.

## REFERÊNCIAS

---

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de Processo Civil anotado* / Cassio Scarpinella Bueno – 2 ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

PINTO, Nelson Luiz. *Processo em Perspectiva, em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.





## O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA ERA DOS DIREITOS

PEDRO GORDILHO

A Constituição de 1988 deu, pela primeira vez, estatura constitucional à advocacia, institucionalizando-a entre as “funções essenciais à justiça”, ao lado do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União. A seção III do capítulo IV do título IV trata “Da advocacia e da Defensoria Pública”, prescrevendo, no artigo 133, a regra tão cara a todos nós: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. O art. 2º da Lei nº 8.906, de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, reafirma a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. E o parágrafo 3º do mesmo artigo 2º do Estatuto estabelece que “no exercício da profissão o advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites desta lei”, dispositivo este que o STF, na ADI n. 1.127-8/DF, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, ao julgar improcedente a ação, declarou constitucional (julgamento em 17/5/2006, votação unânime).

\* \* \*

É difícil nossa missão. Ela é a mais difícil que possa existir, pois consiste no trabalho árduo e audacioso, muitas vezes, de convencer juizes de que a verdade, de que a razão, de que o direito ampara a causa que patrocinamos. Sob este ângulo posso dizer, respeitosamente, seguindo o pensamento do saudoso advogado, um dos mais notáveis de nosso tempo, Dario de Almeida Magalhães, que a nossa tarefa é por vezes mais difícil do que a dos juizes. Os juizes não precisam convencer; apenas são obrigados, por dever de consciência e por exigência constitucional, a justificar as suas decisões, a fundamentá-las idoneamente. Nós, advogados, temos de gerar convicções no espírito dos julgadores. Não de um juiz apenas, mas frequentemente de muitos, quando os pleitos se estendem ao exame por Tribunais de muitas dezenas de membros.

Julgar não a lei, mas julgar de acordo com a lei. Esta é uma regra que magistrados consideram definitiva no exercício do seu ministério funcional. Ora, é admissível que os juizes não queiram julgar as leis, mas os advogados e juristas devem fazê-lo.

Interpretando a lei, pesquisando a doutrina consagrada, invocando os precedentes judiciais, o advogado, o que busca incessantemente não é impor à vida a imobilidade das instituições, mas – atento a que se não faça o desvio da atividade judiciária pelo uso distorcido do *legalismo* – propugnar por aquela justiça viva e dinâmica, fundada, mas não atrelada aos textos legais, sem o que seria impossível o progresso na sociedade humana organizada. O espírito que nos guia e nos ilumina é o espírito da pesquisa, do debate e da indagação da realidade jurídica e do meio social, nunca o espírito da inércia, da tolerância ou do servilismo.

O advogado, é, antes de tudo, um cidadão. Na sociedade brasileira, pelas contradições e características que apresenta, o advogado exerce a dupla função de postular direitos e “defender a Constituição, a ordem jurídica do estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”, como está dito no art. 44 do Estatuto, que atribui esse dever à Ordem dos Advogados. Em nosso Código de Ética Profissional, art. 2º, inciso IX, está expresso caber ao advogado contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis e, por igual, dentre muitos outros deveres, o de pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade. E seu art. 3º prescreve que o advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

O *mínus* público que se atribui aos advogados e outras prerrogativas e deveres que caracterizam nossa profissão e a própria inserção da advocacia na Constituição geram, inapelavelmente, o compromisso com o Estado democrático de direito, que é também, nos termos da Constituição, o compromisso de todo e qualquer cidadão.

Cabe ao advogado propugnar pelos direitos e deveres individuais e coletivos preconizados no art. 5º de nosso estatuto fundamental, descritos, a seguir, em fugaz visão caleidoscópica.

Com efeito, a Constituição oferece um critério para a classificação dos direitos que ela enuncia no art. 5º, quanto à inviolabilidade do direito à

*vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.* O critério é o do objeto imediato do direito assegurado. José Afonso da Silva oferece distinção didática e mais representativa, a saber: (1) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão contidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); e, finalmente, (3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem decorrer do regime adotado, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização.

O advogado tem este indeclinável compromisso com a sociedade de seu tempo: velar pela observância dos direitos que o estatuto fundamental contempla. Os advogados, os juristas, haverão sempre de se envolver, ao lado de questões de interesse individual, com as questões de ordem social, com a defesa das liberdades públicas e individuais, conferindo à profissão um caráter peculiar que se presta a diversificá-la das demais atividades profissionais, procurando fazer viva, no exercício de sua atividade profissional, a advertência de Noberto Bobbio em *A Era dos Direitos*: “[...] o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro [...]”.

Algumas reservas se tem aos procedimentos adotados pela Ordem dos Advogados do Brasil quando, assumindo por vezes posições que a organização nacional atribuiu ao Ministério Público – antes mesmo de formação da culpa, durante a fase investigatória –, acusa, responsabiliza, condena autoridades.

Ora, não me parece que procedimentos dessa natureza se contenham entre aqueles contemplados no art. 44, I e II, da Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto do Advogado), segundo os quais:

Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.”

Ao acusar, nossa entidade estará, distanciando-se de tudo que ela representou na luta contra a ditadura militar – aí, sim, em defesa do restabelecimento da ordem jurídica –, enfraquecendo, por vezes até mesmo esvaziando, o exercício do direito de defesa, que haverá de ser efetivado obrigatoriamente por um integrante de seus quadros, como que desautorizando, aos olhos dos que acompanham sua relevante missão diante da sociedade brasileira, os fundamentos que haverão de ser contemplados no arsenal jurídico dos advogados de defesa. Ficam por terra, assim, o contraditório e a ampla defesa.

A Constituição, no inciso LV do título II – “Dos direitos e garantias fundamentais” –, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

O entrelaçamento do exercício da ampla defesa com o do contraditório é tão gritante que não se pode imaginar a existência de um sem o outro. O direito de defesa assenta-se na possibilidade que o litigante tem de se opor ao que contra ele se afirma. Partindo dessa afirmação tem-se que o contraditório começa a ser exercido quando o litigante toma ciência dos fatos e tudo o mais que contra ele é imputado. Só depois de ter tomado conhecimento do teor da acusação é que o litigante ou acusado pode pensar em se defender.

Ele terá de ser orientado e essa orientação só pode ser dada por quem se encontre tecnicamente preparado para tanto, ou seja, por quem haja obtido formação jurídica no curso de direito e ostente a condição de advogado. Para isso a CF de 1988 considera o advogado indispensável à administração da justiça e lhe confere imunidade quando no exercício da profissão. Tal dispositivo não foi erigido ao nível constitucional com intuito classista, mas visou assegurar às partes o exercício pleno da defesa aos seus direitos, convencidos os constituintes de que a sua realização só se alcança desde que formulada por um técnico e esse técnico haverá de ser um advogado.

A defesa em juízo só pode ser produzida por quem reúna condições para tanto. Em outras palavras, é imperativo que a parte seja assistida e representada por um profissional que reúna conhecimento e formação técnica, de modo que seja propiciada ao litigante a defesa dos seus interesses e direitos.

Depois do prolongado período de obscurantismo em nosso País, era natural uma Constituição contemplando *direitos* – hibernados por atos de força dos detentores do poder –, em número superior ao de *deveres*. É compreensível que o legislador constituinte, projetando para o texto da Constituição de 1988 a vontade nacional, tenha assinalado um sem-número de *direitos* (que muitos acusam injustamente de exorbitantes), procurando conceder, desta vez de maneira mais cuidada, os apetrechos indispensáveis à sua execução. Com a redemocratização, o caldeirão de inconformidades trazia do passado a experiência vivida do não cumprimento de preceitos instituidores de *direitos*, pela falta dos instrumentos capazes de lhes garantir a proveitosa utilização.

De nada adiantavam os *direitos* e a sua pomposa proclamação sem o arsenal instrumental capaz de tornar possível sua utilização. O saudoso Professor Caio Tácito apreendeu com exatidão essa realidade, assinalando, do ponto de vista histórico, como as nações reagem depois de prolongados períodos de limitação das liberdades (RDA, v. 194, p. 2): “Sucedendo a um período de limitação da liberdade, o pendulo da História a conduziu ao extremo oposto”. E acrescenta: “A Constituição de 1988 oferece características próprias, peculiares ao momento de sua elaboração que oferecia, como um dos fatores atuantes, a expectativa de superação do hiato das liberdades públicas que imediatamente a antecedeu.”

Parece curial, pois, que, cabendo exclusivamente aos advogados dar vida aos muitos direitos que a Constituição sufraga, não se atribua à sua entidade de classe – eminente na intransigente defesa da ordem jurídica e da cidadania – o exercício de procedimentos acusatórios que, se não excluem, por certo, pelo menos, diminuem consideravelmente a grandiosa missão dos advogados encarregados da defesa dos cidadãos objeto de investigações.

Se cabe ao advogado a função de encontrar, na sistemática de normas genéricas e abstratas que formam toda a amplitude do direito positivo, a solução para o problema concreto que lhe é trazido pelo cliente, é ele o primeiro juiz da causa. A função criadora da jurisprudência tem seus bastidores no trabalho do advogado, que propõe o equacionamento a ser aceito pelo Tribunal ao se convencer das proposições que lhe são apresentadas.

Mas se impõe, por igual, aos juristas e aos advogados preparar o campo para o novo Direito, porque é disto que resulta a nossa missão de lutar pelo aperfeiçoamento da ordem jurídica. O povo, a sociedade como um todo, tem um sentimento de justiça, mas não basta a chancela, a ratifica-

ção e o desejo de fazer prosperar as reformas para convertê-las em direito. Compete aos juristas, compete aos advogados transformar este sentimento em razão, como propôs Georges Ripert, que friza ser tarefa dos juristas a proposição de um Direito inovador pela incorporação das regras que a sociedade reclama.

Nos momentos de crises institucionais e de reiterado abuso de poder, o advogado assume um papel de trincheira da resistência civil ou de pulmão das aspirações nacionais a serem contrastadas com as determinações dos detentores do poder. O advogado, em instantes culminantes da História, é convocado a transcender do seu simples escritório de advocacia em benefício da luta social, em benefício da sociedade. Em tais situações está o advogado imediatamente obrigado a funcionar como verdadeiro canal receptor das grandes aspirações da nacionalidade. Trata-se de um papel extremamente difícil, mas sempre imprescindível, como mostra a História dos povos cultos.

Além do compromisso de conduzir com técnica as pessoas litigantes e com isso colaborar no estabelecimento de uma solução que a paz social deseje, além de funcionar, em momentos de crise, como um vaso comunicante dos anseios nacionais, o advogado exerce ainda o papel de construtor de uma sociedade integralmente justa, buscando a melhor distribuição da riqueza nacional, a desconcentração do capital, a partilha.

Conhecendo História, tendo conhecimentos de Sociologia, de Psicologia, de Economia, de Política, que a profissão exige, o advogado, antes de ser apenas um profissional do Direito, é um ser humano, não pode viver isolado, o advogado necessita de relações com os demais seres humanos para viver e para sobreviver. Ele tem o dever de partilhar, de difundir seus conhecimentos jurídicos. Não pode, por isso, ser apenas um mero conselheiro, quando solicitado, mas assumir o papel, em um país, como o Brasil, com tanta desigualdade, de importante agente transformador da realidade social, denunciando, representando, divulgando seus conhecimentos, colocando a serviço da nação os muitos deveres que sua disciplina profissional lhe impõe e o conhecimento amplo que a atividade advocatícia lhe oferece.

Somos, advogados e juizes, todos servidores da justiça. Somos servidores livres. A justiça de algum modo consiste na conformidade com a lei. Mas, de outro lado, a lei é que deve ser conforme a justiça. Existe o justo jurídico, ou legal, e o justo absoluto, ou ideal. Couture inclui nos seus Mandamentos um deles especialmente marcante: “O dever do advogado é

lutar pelo Direito, mas no dia em que defrontar um conflito entre o Direito e a Justiça, o seu dever é lutar pela Justiça”. Ele é sobretudo um agente transformador. E Del Vecchio definiu a verdadeira missão do jurista e do advogado em palavras candentes, de eloquência insuperável e de indeclinável atualidade: “Nós não devemos apenas obedecer às leis, mas antes de tudo vivificá-las e cooperar para sua renovação. O respeito à legalidade representa apenas um aspecto, e não o mais alto, da nossa missão humana: porque, através da legalidade de hoje, cabe-nos preparar a de amanhã, servindo, por um trabalho perpetuo, àquela ideia de Justiça que, imanente e sempre renovada no nosso espírito, se encontra em todas as leis, porém em nenhuma se exaure”.



## REFERÊNCIAS:

---

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Candido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, 12ª edição.

Arnaldo Malheiros e outros, *Cada macaco no seu galho*, O Estado de São Paulo, 3/3/2010, p. A2.

Calamandrei, *Êles, os Juizes, vistos por nós, os Advogados*, 3ª ed., Liv. Clássica Editora, Lisboa, 1960.

Dario de Almeida Magalhães, *Figuras e Momentos*, Ed. Nova Fronteira, 1985.

Evandro Lins e Silva, *A Pátina do Tempo*, 1982.

*Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*, Ed. Atlas, 2007.

Georges Ripert, *Le Regime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1936.

Henri Robert, *O Advogado*, Martins Fontes, 1997.

Jean Appleton, *Traité de la Profession d'Avocat*, Paris, Lib. Dalloz, 1923.

José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 25ª Ed., 2005.

Judith N. Shklar, *Direito, Política e Moral*, Forense Rio, 1967.

Maurice Garçon, *O Advogado e a Moral*, Armênio Amado – Editor, Coimbra, 1963.

Noberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Trad. Carlos Nelson Coutinho, 1992.

OAB Editora, *Ética na Advocacia*, 2º vol., Coord. Sergio Ferraz e Alberto de Paula Machado.

OAB XII Conferencia Nacional, Porto Alegre, RGS, 2 a 6 de outubro de 1988.

OAB XVI Conferencia Nacional, Fortaleza, Ceará, 1 a 5 de setembro de 1996.

Ruy de Azevedo Sodré, *O Advogado, A Regulamentação e a Ética Profissional*, Ed. Rev. Dos Tribunais, 1963.

Ruy Barbosa, *O Dever do Advogado*, Fundação Casa de Ruy Barbosa, AIDE, Ed. Rio de Janeiro, 1999, p. 24 e 25.

Tales Castelo Branco, *Ultraje Inaceitável*, IASP, ed. n° 72, Abril a Maio, 2005.



# **EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUA IMPORTÂNCIA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PAPEL ATUAL DE SUMA IMPORTÂNCIA. ORIGEM NO MAIS LÍDIMO DIREITO DE AMPLA DEFESA**

**ROBINSON NEVES FILHO**

Tive oportunidade nos últimos tempos, como todo brasileiro, de ouvir muito o nome de um recurso, qual seja, Embargos de Declaração ou Embargos Declaratórios. Junto com as notícias do uso, normalmente, tido como indevido, desse recurso, foram feitos muitos comentários sobre até mesmo sua desnecessidade de ser previsto em lei, ou seja, de sua imprestabilidade para o processo penal, principalmente, em virtude dos acontecimentos recentes de condenações criminais de políticos importantes e prisão após decisão de segundo grau.

Ousarei, no entanto, em poucas palavras, dizer da importância, dos Embargos de Declaração para defini-lo como um dos principais meios de defesa do nosso arcabouço jurídico processual (cumprindo com a determinação constitucional da garantia ao indivíduo da ampla defesa – art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Efetivamente, os embargos são previstos no Direito processual Penal (com prazo de apenas 2 dias), no Direito Processual Eleitoral (3 dias de prazo), no Direito Processual Civil (5 dias de prazo) e no Direito Processual Trabalhista (5 dias de prazo).

Através dos embargos de declaração, em todas as áreas processuais acima indicadas, a parte, seja autor ou réu, pode se utilizar dessa medida processual, tida como recurso, para afastar omissões, contradições ou dúvidas contidas na sentença ou no acórdão proferido, a primeira pelo juízo de primeiro grau de jurisdição (em princípio) e o segundo pelo segundo grau de jurisdição (Tribunais). Normalmente, com todo respeito à entrega da prestação jurisdicional, necessários se fazem os embargos declaratórios.

Omissão em um julgado é aquilo a ser dito e apreciado, mas não foi, para motivar a conclusão de acolher ou negar o pedido de mérito, condenar ou absolver o réu e assim por diante. No âmbito dos Tribunais, portanto, em grau de recurso, prover ou não um recurso para condenar ou absolver, reformando a sentença, no âmbito criminal e nos demais para negar

ou acolher um pedido de mérito, evidentemente, quando os recursos são conhecidos (preenchem pressupostos de aptidão para serem analisados no mérito).

Apreciar, portanto, um ponto omissis, no dizer fiel da lei. Apreciar não apenas uma questão, uma impugnação, uma prova, mas “um ponto” tido pela parte como omissis, ou seja, aquele ponto que o juiz teria que se pronunciar e não o fez para motivar sua conclusão de acolhimento ou rejeição do pedido de mérito de uma das partes, no criminal, de condenação ou absolvição do réu. Não é raro, esses pontos são cruciais e essenciais para completar e entregar a devida prestação jurisdicional, compondo assim o mais adequado e importante meio de ampla defesa da parte, normalmente, ainda sofrendo alguma condenação ou insatisfação com o resultado do julgamento, seja na primeira ou na segunda instância (termo hoje substituído por grau de jurisdição).

Crescem ainda de importância os embargos de declaração no segundo grau de jurisdição, quando a parte ainda derrotada somente tem para continuar exercendo seu amplo direito de defesa, recursos de natureza extraordinária, ou seja, é necessário preencher requisitos de aceitação do recurso ligados à apreciação da matéria no acórdão do segundo grau de jurisdição (Tribunais), de forma clara e explícita (o chamado prequestionamento), pois esse Tribunais (chamados como Tribunais Superiores – STJ, TSE, TST e STF), não fazem simples revisão de provas e fatos, mas apenas subsumem o quadro fático-jurídico revelado pelo Tribunal à lei federal ou constitucional, conforme for sua competência de Tribunal Superior ou Supremo.

Como auferir aquilo que falta para a parte, ainda derrotada, obter essa prestação jurisdicional ainda não alcançada? Apenas através dos embargos declaratórios. Sem eles, simplesmente, não será possível qualquer apreciação pelos tribunais superiores da questão jurídica em julgamento. Adotar entendimento diferente daquele adotado pelo Tribunal local (Tribunais como TJ's, TRF's e TRE's), somente se esses tiverem, explicitamente apreciado o fato, com solução jurídica explícita, não omitindo provas e nem fatos e nem tese de direito adotada, cabendo à parte, através de embargos declaratórios, buscar nas provas, nos fatos e na tese de direito ou na antítese, o ponto omissis nos autos não apreciado até aquele momento no acórdão para poder tê-lo como prequestionado e permitir a aceitação do seu Recurso Especial (RESP), Recurso Extraordinário (RE) ou Recurso de Revista (esse no âmbito trabalhista).

O novo Código de Processo Civil oportunizou a própria definição da omissão própria dos embargos declaratórios ou fomentadora da interposição desse recurso, ou seja, nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 1.022, dizendo, com todas as letras, haver lugar para o recurso de deixar o julgador de “se manifestar sobre tese firmada em julgamento de caso repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.”, omissão realmente muito específica e, no inciso II, a maior surpresa na novidade, pois a omissão pode se dar se incorrer a decisão em “qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”, do próprio CPC.

A omissão conceituada, então, com a qual maior expressão há para a entrega devida da prestação jurisdicional, não devendo ser desconsiderada nenhuma outra definida no aludido preceito legal, é a concernente ao inciso IV, do § 1º, do art. 489, do CPC. Aqui, realmente, o legislador foi muito preciso e definiu ser omissão da decisão “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Realmente, uma enorme aprofundamento na entrega devida da prestação jurisdicional e merecedor de todos os aplausos.

Certo é, isso merece destaque, que o cabimento dos embargos declaratórios, ainda fora do processo civil, ou seja, no processo do trabalho, no processo penal e no processo eleitoral, em todas essas legislações, há a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e, como nelas não há conceituação para a omissão, pressuposto dos declaratórios, nos parece pertinente sustentar o conceito do inciso IV, do § 1º, do art. 489, também como omissão ensejadora dos declaratórios nas respectivas legislações processuais já citadas.

Não há, como negar, os Embargos Declaratórios são um recurso de altíssima importância na regulação do amplo direito de defesa das partes em processo judicial, nada tendo de protelatórios ou desnecessários, sendo amplamente definido, de outra sorte, haver necessidade de conterem a característica de Manifestamente Protelatórios, circunstância pouco lembrada e de suma importância.



# A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL E A CONTRIBUIÇÃO DE TOBIAS BARRETO À ESCOLA DE DIREITO DO RECIFE

RODRIGO FREITAS PALMA<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A desvinculação dos laços políticos que nos prendiam à Portugal exigiu das autoridades governamentais do Brasil-Imperial que adotassem um rol de medidas a fim de redimensionar a atuação das carreiras jurídicas no país, considerando que até então, os interessados em tornarem-se bacharéis em Direito se obrigavam a singrar os mares em busca do conhecimento legal almejado, cujo destino, na grande maioria dos casos, era a reputada formação oferecida nas arcadas de Coimbra.

O presente artigo tem por escopo analisar o momento em que se deu essa ruptura, não apenas aquela que nos é naturalmente imposta pela distância geográfica que que separam estes dois mundos, mas também, aquela outra, no plano da intelectualidade.

Nesse sentido, pelo acalorado teor das discussões travadas na Assembleia Constituinte de 1823, logo se viu que a matriz curricular adotada nos cursos jurídicos lusitanos não nos serviria de base, e, tampouco, de referência à elaboração da diretrizes nacionais concernentes ao assunto em específico. No contexto em questão, sobressaem-se alguns vultos,

---

<sup>1</sup> Advogado em Brasília e membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (IADF). Mestre em Ciências da Religião e Especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco. Especialista em Docência Universitária pelo UNICEUMA. No Distrito Federal atua como Professor de História do Direito e de Direitos Humanos pelo Centro Universitário Euro-Americano (UNIEURO). É também Professor das cátedras História do Direito, Direito Romano e Introdução ao Estudo do Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Na Faculdade Processus, é Professor de História do Direito e de Antropologia Jurídica, onde igualmente atua na condição de Coordenador do Curso de Direito. É autor das obras *História do Direito* (Editora Saraiva, 6ª edição, 2017) e “Antropologia Jurídica” (2019); *Direito Militar Romano, Manual Elementar de Direito Hebraico* e *O Julgamento de Jesus Cristo: Aspectos Histórico-Jurídicos* (Editora Juruá, respectivamente, 2006, 2007 e 2011).



que muito laboraram para a imediata criação e estabelecimento de, pelo menos e inicialmente, duas faculdades de Direito no Brasil. Um deles foi, certamente, o nome de José Feliciano Fernandes Pinheiro, que em muito se antecipou a esta necessidade, tendo, para tanto, se esforçado para concretizar em solo pátrio, o início da ministração das aulas pelos mais proeminentes juristas em atividade entre nós.

Por fim, veremos o despontar fulgurante da Faculdade de Direito do Recife, *a priori*, instalada em Olinda. De seu efervescente ambiente acadêmico surgiria a magnificência de Tobias Barreto, representante mor de um movimento que cada vez mais nos separava da mentalidade jurídica portuguesa e francesa. Ora, sabe-se que o celebrado jurista piauiense seria o responsável pela introdução das primeiras leituras jurídico-antropológicas germânicas, propondo, assim, uma nova maneira de conceber o Direito.

Destarte, ousou a Escola do Recife romper com aquelas antigas e arraigadas tradições inerentes a práxis jurídica diária, quebrando os paradigmas culturais impostos pela historicidade, desconstruindo padrões e ritos ditados no universo da legalidade por uma ortodoxia excessiva, vetusta e por vezes, de origem lusitano-medieval ao irradiar, desta forma, uma nova percepção da cultura jurídica ocidental entre nós.

E é justamente sob esta perspectiva que irrompe no horizonte acadêmico jurídico nordestino a impressionante carreira de Tobias Barreto, um verdadeiro luminar durante seu tempo de vida para todos seus pupilos e responsável pela construção de um legado bastante difícil de ser mensurado, que marcaria definitivamente as gerações que seriam formadas naquela que foi uma das duas primeiras faculdades de Direito do Brasil.

O destacado papel de José Feliciano Fernandes Pinheiro no processo de criação dos cursos de Direito no Brasil e a influência nos primeiros anos herdada das arcadas de coimbra na construção do pensamento acadêmico nacional.

O processo que culminou na criação dos Cursos de Direito no Brasil no ano de 1827 obedeceu a um contexto histórico e cultural específico, que encontra suas mais remotas reminiscências na experiência acadêmica lusitana. Em vista disso, sabe-se que, antes mesmo de os movimentos em diversos segmentos da sociedade fluírem como rio caudaloso em terras pátrias rumo à completa independência, já se podia perceber entre diversos setores da intelectualidade, uma bem-orquestrada tentativa de transferir a produção do saber para o ambiente nacional, não obstante tais

intentos terem se esvaído em meio às dissensões entre as duas nações, que por conseguinte lograram na desvinculação dos laços políticos mantidos com Portugal.

Tanto é verdade que, no final do ano de 1821, alguns deputados paulistas chegaram até mesmo a apresentar à Assembleia Constituinte de Lisboa um ousado projeto, que tinha por objeto o estabelecimento de uma Universidade Brasileira, a ser instituída e moldada segundo os ditames que emanavam das arcadas do conhecimento da legendária Universidade de Coimbra. Segundo o plano inicial, três Faculdades deveriam ser primeiramente instaladas, quais sejam elas, uma de Filosofia, a outra de Jurisprudência e a última delas a de Medicina. Vale notar que o nome de um de seus mais ilustres entusiastas, que posteriormente exerceria papel preponderante ao trazer em definitivo o estudo da Ciência Jurídica para nosso solo, estava presente naquela comissão: José Feliciano Fernandes Pinheiro (1774-1847). Os demais eram José Arouche de Toledo Rendon (1756-1834), Francisco Muniz Tavares (1793-1876) e Antônio Carlos Andrade e Silva (1773-1845), irmão de José Bonifácio (MARTINS, 2012, p. 44-45).

Nesse interim, pode-se afirmar seguramente que o lastro deixado pelo peso das lições extraídas dos mestres de Coimbra na construção da mentalidade jurídica nacional, pelo menos nos primeiros séculos de história, é algo difícil de ser mensurado. Não foram poucos, afinal, os juristas brasileiros formados pela mais célebre academia de Direito portuguesa. Árdua tarefa também seria tentar delimitar os contornos da influência do aprendizado na Europa nos destinos políticos do Novo Mundo. Ora, sabe-se, afinal, que a maioria dos artífices da Inconfidência Mineira sentaram-se nos bancos daquela reputada, conhecida e disputada Faculdade de Direito ibérica

A predileção brasileira por Coimbra se explica, em primeiro plano, pela colonização que nos legou a cultura e o idioma facilitador dos estudos. Em segundo, por tudo o que representava esta instituição nos meios acadêmicos do Velho Continente, sua fama, suas glórias intelectuais que contribuíram para a grandeza do espírito humano e a certeza de se conceder uma sólida formação aos que ingressam em suas portas. E, por fim, como bem destacou a literata Maria Aparecida Ribeiro (2012, p. 82), porque [...] ainda assim estudar em Coimbra era o que faziam os filhos de portugueses, pois que a universidade brasileira engatinhava e, às vezes, era mais fácil chegar à Europa que deslocar-se no próprio Brasil”.

José Feliciano Fernandes Pinheiro, por sua vez, fez grande e notória trajetória como homem público no Brasil, no final do período colonial e

início do imperial. Nascido em Santos, litoral de São Paulo, desenvolveu sua carreira política na Província do Rio Grande do Sul, onde veio a falecer. Todavia, coube-lhe o destino de defender, junto à Assembleia Nacional Constituinte de 1823, a criação dos Cursos de Direito no Brasil. Ocorre que, com a independência deflagrada às margens do riacho chamado Ipiranga e, pelo menos naquele conturbado momento, os brasileiros se ressentiam da falta de ambiente propício para levarem adiante seus estudos em terras lusas, temendo lá serem hostilizados. Daí o mote que justificou a proposta de Pinheiro que sabia que, a partir de então, o país precisaria de bacharéis doutos e versados em cultura jurídica formados agora única e exclusivamente por instituições nacionais.

Decorrida esta primeira fase, passou a dita Assembleia Constituinte a discutir, basicamente, duas questões. Os deputados, ao que parece, na sessão do dia 27 de agosto de 1823 se perderam em debates sobre a utilidade dos estudos de Direito Romano. Houve quem sustentasse a tese de que a matéria era ensinada em Coimbra com certa “demasia”. Pelo menos assim se pronunciou o deputado Araújo Lima. Já Silva Lisboa, após ser criticado, expos suas razões uma vez mais, explicitando seu parecer:

Não recomendei excessos em estudos do Direito Romano, tais como ordenam os estatutos de Coimbra, onde se determinam sete cadeiras de tal direito. Talvez em lugar de algumas, bastaria uma de exposição do dito código francês, notando o professor judicioso as suas aberrações, como declarar o casamento um contrato civil, o que é gravíssimo erro, por dessagnar o matrimônio, ou a sociedade conjugal, que o nosso Salvador especialmente honrou, como sendo um meio de legítima propagação da espécie humana. (ASSEMBLÉA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1823, Tomo 4, 1874, p. 143).

Um segundo aspecto das controvérsias que tiveram lugar naquela ocasião dizem respeito ao local da instalação das Faculdades de Direito a serem criadas no Brasil. Antes da derradeira decisão por Olinda e São Paulo, surgiram também outras propostas. Os parlamentares Montesuma e Silva Lisboa queriam que a escola tivesse como sede a Bahia, pela tradição em estudos jurídicos e por ser esta a província que havia enviado mais alunos a Coimbra naqueles dias. Foram acompanhados, nesse sentido, por Pereira da Cunha, que ressaltou a excelente localização geográfica, as facilidades portuárias e o cosmopolitismo de Salvador. Além desta, o mesmo Silva Alencar defendia o Rio de Janeiro como a cidade a ser escolhida,

especialmente pela infraestrutura deixada pela Coroa Portuguesa desde 1808. Arouche e Rendon fizeram a opção por São Paulo e Olinda, pois estas duas cidades estariam, consecutivamente, à serviço das províncias das regiões sul e do norte. Teixeira de Gouveia, por sua vez, não via necessidade alguma em serem definidas duas, mas uma única localidade, que a seu juízo dever ser Mariana, em Minas Gerais. Por fim, Carneiro da Cunha entendia que a referida escolha deveria necessariamente pairar sobre a Paraíba. (ASSEMBLÉA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1823, Tomo 4, 1874, p. 139-145).

A prematura dissolução daquela Assembleia Constituinte, porém, careceu consigo temporariamente o intento do historiador, que veria seu desiderato adiado, ainda que por poucos e breves anos. Já na condição de Ministro da Justiça no ano de 1827, finalmente, por meio da Carta de Lei de 11 de agosto de 1828, determinou a criação de dois cursos de Direito, um na cidade de Olinda e o outro em São Paulo capital. Despontava assim, em nosso horizonte, pela primeira vez, a construção da história do ensino jurídico com viés exclusivamente pátrio.

### **A Matriz Curricular Inaugural das Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo**

Os debates sobre a composição da matriz curricular dos primeiros cursos de Direito no Brasil já havia sido objeto de deliberação dos trabalhos levados à cabo pela própria Assembleia Constituinte de 1823. Em muitos aspectos e desde pronto, pode-se perceber a partir da entrada em vigor da festejada Lei de 11 de agosto de 1827 (IMPÉRIO DO BRAZIL DE 1827, 1878, p. 4-5) uma certa autonomia no processo de definição das disciplinas a comporem o itinerário dos bacharelados. Nesse sentido, afortunadamente, optou-se pela concepção de um curso distanciado das bases teóricas de Coimbra, onde se concedia ênfase no ensino dos Direitos Romano e Canônico, que se considerou exagerada por aqui. Tal postura ideológica assumida pela política nacional refletia a grande influência que as ideias liberais granjeavam entre nós.

A formação se daria em cinco anos. Entretanto, a educação jurídica poderia ser continuada por todos aqueles que almejassem o grau de Doutor, que cumprissem com as formalidades para tanto ‘especificadas nos Estatutos’ (universitários). As cátedras foram assim distribuídas: (Primeiro e

Segundo anos (Direito Natural, Direito Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia); Terceiro Ano (Direito Pátrio Civil e Direito Pátrio Criminal com a Teoria do Processo Criminal; Quarto Ano (Direito Pátrio Civil e Direito Mercantil e Marítimo) e, por fim, no Quinto Ano (Economia Política e Teoria e Prática do Processo Adotado pelas Leis do Império). Para ministrá-las foram nomeados nove “lentes” (ou seja, doutos professores) e cinco outros auxiliares. A aposentadoria se daria com a prestação de vinte anos de serviços, mantidos os ordenados integrais referentes ao período em que estes estiveram na ativa, e que eram equivalentes aos salários dos Desembargadores dos Tribunais de Relação.

Os estudos começavam bastante cedo, podendo os jovens interessados se matricular já aos quinze anos completos, desde que os mesmos comprovassem, mediante a apresentação de certidão de nascimento, de fato possuírem tal idade. Além disso exigia-se deles, à título de pré-requisito para o ingresso na academia de Ciências Jurídicas e Sociais, o conhecimento prévio das seguintes matérias: Língua Francesa, Gramática Latina, Filosofia Racional e Moral e Geometria.

### **Os Primeiros Anos da Escola de Direito de Olinda à Transferência para o Recife**

Determinada a criação dos Cursos de Direito no Brasil, por intermédio da Carta de Lei de 11 de agosto de 1807 e, uma vez superadas todas as divergências relativas às cidades-sede das referidas escolas, sabe-se que a escolha finalmente pairou sobre Olinda e São Paulo. A definição obedecia a critérios de ordem geográfica, pois enquanto a primeira assumia a missão de atender aos alunos do norte, a segunda se encarregaria de congregar os interessados da região sul. Falemos logo a seguir, pois, da primeira delas, objeto de nossa análise.

As sessões que tiveram lugar na Assembleia Nacional Constituinte de 1823 para a discussão acerca da viabilidade sempre mostraram uma preocupação que norteara os políticos da época, qual seja, a questão de custos com a implantação. Defendia-se a ideia de que os gastos deveriam ser reduzidos ao máximo em função da adequação das despesas que se fariam necessárias ao orçamento do país recém-liberto dos ditames de Portugal. Afora, mais do que nunca, o início das aulas e a implementação dos cursos

se fazia urgente, na medida em que a trajetória do Direito pátrio iniciava-se com todo o vigor a partir da outorga da Constituição Imperial de 1824 pelo cetro de D. Pedro I. Ou seja, precisávamos com urgência de juristas, doutrinadores e toda a mão de obra que os operadores jurídicos podem oferecer a um Estado de grandes dimensões territoriais, jovem e carecedor do enfrentamento de grandes desafios.

Assim, em 15 de maio de 1828 definiu-se que o Mosteiro de São Bento, em Olinda, graças ao auxílio advindo da Igreja Católica, serviria de base para um dos cursos no nordeste brasileiro. A aula magna, ministrada pelo Dr. José Lourenço Ribeiro, foi ministrada em 2 de junho daquele mesmo ano. À época, a instituição contava com 41 estudantes matriculados. A transferência para o Recife ocorre em 1854, não sem causar grande relutância, dissabores e insatisfação aos olindenses. De qualquer modo, e, a partir de então, estava a Faculdade de Direito instalada à Rua do Hospício, tendo lá mesmo permanecido não sem alguma precariedade até o ano de 1911, quando, novamente, seria transportada para o lugar definitivo onde se encontra até os dias atuais. Assim, logo no início do século XX, tratava-se, enfim, de coroar a instituição de merecido prédio, uma construção que faz jus à imponência de sua grandiosa história. Definir o rol dos ilustres nomes que agigantaram a Faculdade de Direito do Recife seria uma tarefa árdua, pois a casta de juristas, literatos e intelectuais de toda ordem presentes neste itinerário é imensa. Fiquemos, pois, com a graça de três deles, os quais foram os primeiros a despontar: Tobias Barreto, a quem jamais poderíamos olvidar, Clovis Beviláqua, autor de nosso primeiro Código Civil, e Silvio Romero.

### **Tobias Barreto (1839-1889): Um dos Mais Notáveis Vultos da Faculdade de Direito do Recife**

Estabelecer o rol completo dos juristas e intelectuais provenientes das arcadas da legendária Faculdade de Direito do Recife consiste em uma das tarefas mais ingratas a quem quer que se dedique ao tema. Como é sabido, há sempre o risco iminente de se olvidar de algum nome de destaque, que seja igualmente merecedor de despontar na listagem que se produz. Assim sendo, e, não obstante à certeza de que inúmeros outros doutrinadores, poetas, escritores e profissionais dos mais destacados que poderiam abrilhantar tal roteiro, adiantamos que escolhemos por hora referendar a contribuição de apenas de um deles: Tobias Barreto.

Tobias Barreto (1839-1889) nasceu em Vila de Campos do Rio Real, no Sergipe. Hoje, em sua homenagem, a cidade leva seu nome. Trata-se de um dos maiores ícones da Faculdade do Recife, cuja história se confunde com a da própria instituição onde estudou e desenvolveu sólida carreira. Além de jurista e controvertido filósofo, Barreto notabilizou-se como poeta, tendo, inclusive, se tornado membro da Academia Brasileira de Letras. Entretanto, pelo menos por hora, não nos debruçaremos neste assunto, qual seja, a contribuição de Barreto neste campo. De todo modo, foi ele uma presença sempre fulgurante nos círculos acadêmicos de sua época, um grande expoente da intelectualidade do Nordeste brasileiro, um homem de espírito aberto a novas ideias e tendências e profundamente avesso aos porões empoeirados em que a Ciência Jurídica brasileira vivia encerrada. Para muitos, sua incontestável admiração pela cultura germânica era incompreensível, excêntrica, descabida e até mesmo, alvo de comentários jocosos. De todo modo, vale notar que até hoje, não se sabe como, um homem nascido e criado no interior deste país, longe dos grandes centros, sem acesso à informação, conseguiu ter aprendido já naqueles dias (século XIX), sem qualquer auxílio, com tanta sagacidade e de forma tão convicta, como o autodidata brilhante que ele sempre foi, a língua de Goethe. Não se olvide que ele chegou a publicar alguns exemplares e números do periódico que intitulou *Deutscher Kämpfer* (Lutador Alemão) no tempo em que viveu em sua saudosa cidade de Escada.

Vale notar que a vocação de Tobias Barreto para o aprendizado de idiomas estrangeiros desde tenra idade se manifestou. O mestre BEVILAQUA (1977, p.373), que produziu um estudo específico sobre o papel desempenhado pela Faculdade de Recife no processo de construção da mentalidade jurídico-filosófica nacional, se reportou ao assunto. O autor de nosso primeiro Código Civil, cuidou de registrar que Tobias Barreto, não obstante sua natural e inequívoca predileção pela língua alemã, ensinava o latim “ainda na adolescência”; sendo que o francês “lhe era familiar” (porquanto fazia diversas digressões neste idioma), sem se olvidar de ressaltar também que, além disso, este tinha notórios conhecimentos em italiano, inglês, russo, e grego. Não por acaso e, a esse respeito, referendou oportunamente o Professor Antônio Paim (1981, p. 162) que: [...] somos levados a reconhecer que a posteridade justificou plenamente esse seu esforço: grande número de intelectuais pernambucanos aprenderam alemão e travaram conhecimento com os autores na própria fonte”.

De todo modo, Tobias Barreto soube explorar com maestria a vetustez do festejado Código Civil Francês de 1804 – o célebre *Code Napoléon*, mantendo-se desconfiado do papel “modernizador” atribuído pelo impacto da cultura parisiense no universo latino-americano, especialmente, entre as jovens nações independentes do Cone Sul, ainda profundamente carecedoras de uma identidade própria, que as definisse no ambiente das relações internacionais. E nesse sentido, propondo-nos certo distanciamento de tudo aquilo que julgava obsoleto e ultrapassado em termos legais, o jurista sergipano presta-nos talvez, aquela que foi a sua maior e mais singular contribuição. Assim, quando dizemos que o ícone da Faculdade do Recife possuía predileção pela cultura germânica, que de tão profunda extrapolava certamente o universo jurídico, queremos inferir que Tobias Barreto mostrava-se alheio ao positivismo enunciado nas lições de Auguste Comte (portanto francês). Sua preferência ia de encontro às leituras antropológicas realizadas por Albert Hermann Post (1839-1895), um famoso magistrado alemão que desempenhou suas funções na cidade de Bremen. Nesse sentido, é bem possível que o pensamento de Barreto esteja calcado nas principais obras deste autor, quais sejam elas: *Introdução a uma Ciência da Lei* (1872) – “*Einleitung in eine Naturewissenschaft des Rechts*”; *A Origem da Lei* (1876) – “*Der Ursprung des Rechts*”; e, *Os Alicerces da Lei* (1884) – “*Die Grundlagen des Rechts*”. A esta época, a Escola Alemã de Antropologia Legal rivalizava em pioneirismo com a Britânica, que tinha na figura do nobre Sir Henry Maine (autor do clássico *O Direito Antigo*) seu maior expoente.

Em síntese, Post se interessava pelo estudo das sociedades ágrafas, como uma forma de perceber o Direito em sua perspectiva dimensional mais pura e latente, nascendo exatamente no seio da célula-mater da sociedade, a família, ou seja, o berço onde jaz o desenvolvimento das mentalidades jurídicas em seus rudimentos mais profundos (POST, 2003, p. 1-11). Nesse sentido, pode-se dizer que no Brasil, e a partir de Pernambuco, Tobias Barreto se antecipava a muitos de seus pares ao pavimentar o caminho para o estudo e o conhecimento dos primeiros trabalhos de Antropologia Legal de que se teve notícia em nosso território, atrelando suas opiniões, portanto, ao ideário jurídico da Escola Alemã, especialmente no que concerne ao monismo e evolucionismo. Como bem destacou WOLKMER a esse respeito:

A Faculdade de Direito pernambucana expressaria tendência para a erudição, a ilustração e o acolhimento de influências



estrangeiras vinculadas ao ideário liberal. A Escola do Recife introduziria para a cultura do país, a partir da segunda metade do século XIX, os mais avançados pensamentos da época, sobretudo a contribuição do germanismo via Tobias Barreto, limitando a excessiva influência portuguesa e francesa. O intento do Grupo do Recife foi tratar o fenômeno jurídico a partir de uma pluralidade temática, reforçada por leituras naturalistas, biologists, cientificistas, históricas e sociológicas, apoiando-se fortemente num somatório de tendências que resultavam basicamente ao evolucionismo e no monismo, sem desconsiderar a crítica sistemática a certas formas jusnaturalistas e espiritualistas. (WOLKMER, 2010, p.104).

Ora, foi justamente esta tendência em não reduzir o significado da norma jurídica numa fórmula qualquer concebida pela mera e absurda pretensão do legislador, que outrora, no século XVIII, havia até mesmo sido a bandeira dos reinos germânicos comandados pela Prússia e Bavária, onde se assistia a profusão do Direito Privado e o nascimento dos primeiros códigos civis modernos, mas que agora, cedia largo espaço às alvissareiras propostas teóricas da própria Escola Germânica de Antropologia Legal encabeçada por Post e renovada pelas experiências colhidas através dos contatos com outros povos nos domínios coloniais do Império Alemão. Registre-se que foi esta peculiar forma de realizar uma leitura da Ciência Jurídica que motivou Tobias Barreto a renovar as discussões acerca do papel do Direito em sociedade.

O ecletismo jurídico imaginado por Tobias Barreto foi o fator responsável para que ele se filiasse a novas ideias, que vinham justamente de um mundo que abraçou o positivismo, mas que reciclava agora pela contribuição advinda da Escola Alemã de Antropologia Legal. Sua principal com o que chamou de “capital jurídico do país”, ou seja, em suas próprias palavras, “o conjunto de questões elucidadas, de problemas resolvidos, nas múltiplas relações de direito, que acompanhem a vida social” (MENEZES, 1883, p. 38-39).

Esta percepção do fenômeno jurídico abrangente foi o eixo-motriz que motivou alguns de seus discípulos, e a própria academia brasileira a buscar novos horizontes científicos. Sobre o assunto em questão, PINTO FERREIRA muito bem destacou:

O monismo, que tanto seduziu a escola, é uma doutrina globalizante e totalizadora, abrigando a possibilidade de não ser totalmente materialista nem espiritualista. Tobias Barreto cindiu a unidade do mundo, como Noiré, em duas partes: movimento e

sentimento. Absorvia sem querer a obra de Spinoza nos *Princípios de Filosofia Cartesiana*. Esta linha ideológica ressurgiria posteriormente com grande brilho e esplendor do monismo neutral de Bertrand Russell e James Jeans. O excessivo naturalismo de Tobias esvaziou-se muito em um dos trabalhos finais de sua vida intitulado *Recordação de Kant*, em uma virada para o idealismo nas vestes outonais de sua existência (PINTO FERREIRA, 1977, p. 10).

Por fim, é de se cogitar se as ideias germanistas para o Direito, que tiveram em Tobias Barreto seu expoente maior à época, teriam também influenciado, em algum momento e ainda que indiretamente, a outro jurista forjado pela mesma Escola de Recife, o cearense Clovis Bevilacqua, a quem o destino incumbiu de nos legar o primeiro Código Civil de nossa história (1916), posto que ele próprio, sem qualquer resignação, confirmou por diversas vezes que o Código Civil Alemão de 1900 – o *Bürgerliches Gesetzbuch* – (promulgado apenas uma década depois da morte de Barreto) havia sido uma de suas fontes de inspiração. Mesmo assim, imagina-se que, mesmo considerando as dificuldades relativas ao intercâmbio de ideias jurídicas daquela época em que o acesso às informações era precário, e, guardadas as distâncias que nos separam do Velho Mundo, Tobias Barreto, de alguma forma, mostrava-se atualizado às discussões da Antropologia Legal que despontavam o cenário europeu.

O lastro deixado pela presença elétrica e marcante nas salas de aula de sua reverenciada instituição é ainda hoje produto de árdua delimitação histórica. Não existem quaisquer dúvidas de que ele fez no decurso de sua vida dedicados discípulos, que tinham seus ensinamentos e sua pessoa na mais alta conta. Logicamente tudo isso não havia acontecido por acaso. Até mesmo aquelas polêmicas causadas com constância avassaladora por seu temperamento indômito, provocativo e crítico rendiam, a seu modo, os frutos a cada estação, pois, conseqüentemente, fomentavam debates profundos, em que os ânimos exaltados, não raro, se acirravam, todavia, jamais com algum prejuízo ao saber. Como bem destacou Elias Roma Filho (2002, p. 35) a esse respeito, em valioso trabalho de resgate acadêmico, as “gerações que passaram pela Faculdade de Recife sofreram influência decisiva de Tobias Barreto. Ou a renegaram, que é uma maneira de sofrê-la”.

## CONCLUSÃO

Proclamada a independência do Brasil, finalmente no ano de 1822, era chegado o momento propício para que tivesse início o processo de reorganização e estruturação das instituições políticas nacionais como um todo. Sabe-se que uma das mais urgentes iniciativas a serem adotadas dizia respeito à criação dos Cursos de Direito em solo pátrio, posto que os laços mantidos com a nação lusitana estavam abalados pela ascensão de sua ex-colônia à condição soberana. Assim, em função de tal conjuntura, encontravam-se nossos estudantes (não destituídos de senso) receosos da eventual possibilidade de não mais contarem, no seio das academias portuguesas, com a relação amistosa de outrora, fundada na cordialidade e na boa recepção que mantiveram naquelas arcadas. De todo modo, já se fazia absolutamente necessário que o país definisse esta questão. Por estas razões, discutiu-se já na Assembleia Constituinte de 1823, instituída e posteriormente dissolvida pelo próprio D. Pedro I, o assunto detalhadamente. Nesse sentido, pode-se dizer que duas controvérsias permearam aqueles debates. A primeira delas era concernente à escolha da sede para o estabelecimento de dois cursos. Não foram poucas as sugestões apresentadas, antes que fossem determinadas as cidades de Olinda e São Paulo como as primeiras sedes à ministração do saber jurídico entre nós. O segundo motivo de divergências entre os constituintes dizia respeito ao perfil acadêmico que se esperava dos futuros bacharéis. Se seguissemos a larga influência de Coimbra, então, teríamos que dispensar nas matrizes curriculares cerca de oito semestres consecutivos ao ensino do Direito Romano, e alguns outros tantos ao oferecimento do Direito Canônico. Por fim, buscando se distanciar do dogmatismo teórico impresso às carreiras jurídicas em Portugal, que era considerado por muitos dos membros dos Constituintes de 1823 como prova de vetustez incompatível com o espírito liberal que norteava diversos setores da intelectualidade brasileira, decidiu-se, com surpreendente ousadia, pelo delineamento de um curso comprometido com a formação de profissionais das carreiras jurídicas aptos à adaptação às novas realidades nacionais trazidas pelos mesmos ventos que nos conduziram à desvinculação da metrópole lusitana.

Não obstante à importância da faculdade de Direito hoje instalada no Largo São Francisco no cenário cultural nacional, tratamos no presente artigo científico do papel desempenhado pela Escola de Direito do Recife, que forjou o vulto Tobias Barreto e o teve como um dos principais mento-

res de uma geração inteira de juristas. Sob tal aspecto, a relevância de seu nome assume destaque incontestável.

Do ponto de vista da doutrina produzida, podemos arriscar a dizer que, por décadas a fio, foi a Escola do Direito do Recife a mais ousada e vanguardista. Nesse sentido, sua contribuição é imensurável, pois colaboraram para tanto inúmeros de seus artífices, sempre com vastíssima produção acadêmica, ancorada, não raro, nos geniais vislumbres de Tobias Barreto, ávido por nos dissociar definitivamente da excessiva influência herdadas das concepções teóricas jurídicas francesas e portuguesas.

Ora, se isto não bastasse, é sabido que este movimento ideológico assumido por aquele que foi o mais proeminente curso de Ciências Jurídicas do Nordeste brasileiro, acabou por chamar a atenção do legislador pátrio para a produção intelectual desenvolvida na Alemanha. Quando Clovis Bevilaqua, um dos mais celebrados filhos da Faculdade de Direito do Recife, recebeu a incumbência de elaborar o primeiro diploma legal civilista de nossa história, sua filiação e escolhas teóricas pairaram justamente sobre o moderno Direito Civil Alemão, ilustrado pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) e não sobre o tão festejado Código Napoleônico de 1804 (PALMA, 2017, p. 409-414). Ora, este novo aceno no plano teórico marcaria para sempre a cultura jurídica nacional.

## REFERÊNCIAS

---

ASSEMBLÉA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1823. *Annaes do Parlamento Brasileiro*. Tomo 4. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1874.

BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2 ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro; Conselho federal de Cultura, 1977.

IMPÉRIO DO BRAZIL. *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1827*. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

MARTINS, Décio Ruivo. Brasileiros na Reforma Pombalina; Criando Novos Caminhos da Ciência entre Portugal e o Brasil. In: PAIVA, José Pedro e BERNARDES, José Augusto Cardoso. *A Universidade de Coimbra e o Percurso Iconobibliográfico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 44-45, 2012.

MENEZES, Tobias Barreto de. *Estudos Alemães*. Recife: Typographia Central, 1883.

PAIM, Antônio. *A Filosofia da Escola do Recife*. Vol. 1. São Paulo: Convívio, 1981.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO FERREIRA. A Faculdade de Direito e a Escola do Recife. In: *Revista de Informação Legislativa*, volume 14, nº 55, julho-setembro de 1977, p. 5-20.

POST, Albert Hermann. *The Foundation of Law*. Boston: Adamant Media Corporation, 2003.

RIBEIRO, Maria Aparecida. Brasileiros em Coimbra, Coimbra nos Brasileiros; Viagem e Torna Viagem da Univer(C)idade na Literatura, p. 77-97. In: PAIVA, José Pedro e BERNARDES, José Augusto Cardoso. *A Universidade de Coimbra e o Percurso Iconobibliográfico*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

ROMA FILHO, Elias. *A Faculdade de Direito e a Imprensa: 175 Anos de Criação dos Cursos Jurídicos*. Recife: CEPE, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



# POSITIVISMO E DIREITO

RONALDO POLETTI

**Sumário:** Introdução. Vida de Auguste Comte. Obras. Saint-Simon. Doutrina. Aversão ao espiritualismo. Teoria e prática. A lei dos três estados. A sociologia. A classificação das ciências. A exacerbação da ciência e a oposição à metafísica. Os quadros do Catecismo. A religião civil. Positivismismo no Mundo e no Brasil. Crítica do positivismo em geral. O Direito e o positivismo filosófico.

## INTRODUÇÃO

As escolas filosóficas atuam sobre o Direito, embora a filosofia jurídica não seja um mero capítulo da filosofia geral, mas ela própria vista sob todos os ângulos possíveis da especulação sobre o fenômeno jurídico.

O tema nada tem que ver com o positivismo jurídico, mas lhe é o contrário, pois o positivismo filosófico leva ao direito sociológico. A sociologia é, no máximo, uma disciplina complementar do direito, jamais a sua abrangência, de modo a torná-lo um dos seus capítulos. O positivismo de Kelsen, à obviedade, não se confunde com o positivismo de Comte, salvo na pretensão kelseniana de estabelecer objeto e método científicos para o Direito. O assunto, também, não compreende o empirismo lógico do Círculo de Viena, chamado de positivismo lógico ou neopositivismo (CARNAP, OTO NEURATH).

É evidente a presença positivista comtiana no Brasil, circunstância que possibilita um exame crítico. Assinale-se, todavia, que a propaganda positivista coincide com determinado momento da nossa história.

Comte escreveu muito pouco sobre o Direito, não obstante a forte influência em geral no século 19, à semelhança do marxismo no 20, tendo em vista que Marx também tratou quase nada sobre o Estado e o Direito.



## VIDA DE AUGUSTO COMTE (1798 – 1857)

Nasceu em Montpellier (19/1/1798), primogênito de uma família pequeno-burguesa, católica e monarquista.

Repetidor de matemática na Escola Politécnica de Paris, nela ingressa aos quinze anos, embora jamais tenha sido nomeado oficialmente e vive desde 1823 à custa de seus adeptos. Dedicou-se ao estudo de astronomia e de mecânica analítica. Aquela escola ideologicamente republicana, fruto da Revolução Francesa, veio a ser fechada na Restauração dos Bourbons. Expulso daquele estabelecimento, Comte retorna a Montpellier, onde se envolve em conflitos familiares e aparecem primeiros sinais de desequilíbrio mental. Crises sucessivas o levariam à insanidade. Frequenta cursos na Faculdade de Medicina. Estuda biologia e fisiologia. Volta a Paris e instala-se à rua nova Richelieu, em frente à Sorbonne. Dá aulas de matemática para sobreviver.

De temperamento difícil, Comte vive na solidão e na severidade. Começa a esboçar a reorganização da sociedade e formular a crítica do momento social e cultural.

Casa-se com uma italiana (Pauline), vinte e nove anos mais velha, com quem tem uma filha que morre criança. Depois tem outro casamento com uma prostituta (Caroline Massin).

Sua doutrina muda de rumo quando conhece Clotilde de Vaux, que inspirou a religião da humanidade, tendo por ela um amor platônico. Na troca de correspondência entre eles, ela pensava, julgava as paixões e formulou duas máximas. Uma: “São necessários deveres, à nossa espécie, para produzir sentimentos”. Ecoava uma de Comte: “Regrar o interior pelo exterior”. A segunda: “É indigno de uma grande alma transmitir a inquietação que ela sente”.<sup>1</sup>

## OBRAS

*Opúsculo de Filosofia Social: apreciação sumária do conjunto do passado moderno* (1820). *Prospecção dos trabalhos científicos necessários para reorganizar a sociedade* (1822). *Considerações filosóficas sobre as ideias e os cientistas* (1825). *Considerações sobre o Poder Espiritual* (1825-1826). *Curso de Filosofia Positiva* (6 volumes, 1830-1842). *Discurso sobre o espírito*

---

<sup>1</sup> Cf. Alain, *Ideias*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 309.

positivo (1844). *Discurso sobre o conjunto do positivismo* (1848). *Sistema de política positiva, instituindo a religião da Humanidade* (4 volumes, 1851-1854). Contém no vol. IV a reimpressão de vários dos primeiros ensaios de Comte: *Considerações filosóficas sobre as ciências e os sábios*, 1825; *Catecismo positivista ou exposição resumida da religião universal*, 1852; *Síntese subjetiva ou sistema universal das concepções próprias ao estado normal da Humanidade*, 1856).<sup>2</sup>

Os textos são densos e de leitura demorada. Podemos destacar o *Curso de Filosofia* e o *Sistema de política positiva*, mas o *Catecismo* constitui um admirável resumo, sobretudo após a proposta da criação de uma religião da humanidade.

## SAINT-SIMON (1760-1825)

Comte foi secretário e discípulo de Saint-Simon, que era um aristocrata socialista, filósofo e economista e havia tomado parte na guerra de independência americana.

Saint-Simon teve o mérito de haver preconizado o estudo da sociedade política e jurídica, não como uma ciência humana, guiada pelos princípios da razão, sim voltada pelas relações do homem situado em seus grupos. Em sua obra *Mémoires sur la science de l'homme* (1813), ele sustentou o método científico para o exame dos fatos sociais.<sup>3</sup>

Desde o início da Revolução Francesa, Saint-Simon rompeu com o estado da nobreza. Fundando-se em uma religião da ciência e na constituição de uma nova classe de industriais, ele procurou definir um socialismo planejador e tecnocrata, que teve uma grande influência sobre certas indústrias do Segundo Império.<sup>4</sup> Esforçou-se em elaborar programas para uma reorganização social. Sustentou dois tipos de épocas históricas: as de fossilização e as orgânicas. Nestas o homem procura alterar o meio social. Segundo Saint-Simon é preciso alterar a sociedade do antigo regime,

---

<sup>2</sup> Cf. J. Ferrater Mora, op. cit *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Edições Loyola, 2000, verbete Comte, Auguste, tomo I.

<sup>3</sup> Cf. Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit e de l'état*, 3 ed. Paris, Pedone, 1978, p. 243.

<sup>4</sup> Cf. Ferrater Mora, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Edições Loyola, 2000, verbete Saint-Simon, tomo IV; cf.tb. Petit Larousse, 2005.

substituindo-a por uma nova sociedade industrial. O poder seria simbolizado por uma pirâmide em cujo ápice estariam os diretores de indústrias e os de produção (engenheiros, artistas, cientistas). A igualdade seria impossível: a moral e os sistemas de ideias são diferentes para as classes. As classes inferiores são crentes em Deus. A Igreja deveria ser substituída pela Oficina. Saint-Simon concebeu o mundo como uma vasta oficina, na qual a produção, organizada de modo a alcançar o máximo de expansão, chegaria à prosperidade e a uma melhor organização social, cuja regra seria: “a cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas obras”. Não estamos longe da célebre frase de Proudhon e base do socialismo: “de cada um segundo a sua capacidade e a cada um segundo a sua necessidade”. Lembremos a Constituição Soviética de 1936, ao proclamar o direito ao trabalho e afirmar o princípio “quem não trabalha não come”, realizando-se a máxima socialista “de cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo o seu trabalho”. Ideia semelhante à de Paulo (“quando estávamos entre vós, já vos demos esta ordem: quem não quer trabalhar, também não há de comer.” – Segunda Carta aos Tessalonicenses, 2.10).

O aperfeiçoamento da indústria é o objetivo. Produção máxima. Há certa concessão ao autoritarismo e ao coletivismo. A classe industrial deverá organizar a sociedade. O governo é econômico e não político (três Câmaras: a de invenções; a de exame das invenções; e a executiva, incumbida da direção dos trabalhos).

Comte desligou-se de Saint-Simon para formular livremente seu primeiro curso de filosofia positiva. Algumas das idéias de Saint-Simon são adotadas pelo positivismo comteano, que intenta abolir a ignorância que escraviza a razão. Impõe-se a ciência para combater a crença social dos padres, dos nobres e dos militares.

## DOCTRINA

Comte foi influenciado pela obra de Turgot –, *Plano de Dois Discursos sobre a História Universal* (1751), que definira a História Universal como “o estudo dos progressos sucessivos do gênero humano e o exame particular das causas que contribuíram para eles”; e pelo estudo de

---

<sup>5</sup> Cf. João Ribeiro Junior, *Augusto Comte e o Positivismo*, Campinas, Edicamp, 2003.

Condorcet –, *Esboço de um Quadro Histórico dos Progressos do Espírito Humano* (1794).<sup>6</sup>

O positivismo tem uma parte afirmativa: procede do Saint-simonismo; e uma parte negativa: aversão ao espiritualismo metafísico. Comte é contra a metafísica. Não admite conhecimento *a priori*, pois tudo dependeria da experiência. A Filosofia consistiria em um saber empírico. Se na Idade Média a Filosofia foi uma *ancilla teologiae*, Comte prega o contrário, a Filosofia está condicionada pela ciência. Não haveria distinção entre o saber filosófico e o saber científico. Tem, no entanto, certa consideração com a Idade Média, como se verifica dos grandes nomes no Calendário e na Biblioteca positivistas.

O comtismo pretende ser uma doutrina orgânica: teórica e prática. Visa, antes, uma reforma da sociedade e, depois, estabelecer uma base de uma nova filosofia: a ciência sob novas bases. Foi, talvez, a primeira doutrina vinculada à ação, tal como Marx o fará na práxis projetada para transformar o mundo, não apenas pensá-lo.

Comte parte da reflexão sobre a sociedade do seu tempo (teológico-militar e científico-industrial). Seria preciso acelerar o devenir pela sistematização das ideias científicas. Ele se apresenta como um cientista e um reformador social.

No começo de sua trajetória intelectual, em seus anos de juventude, Comte recolhe no clima da época a convicção de que o pensamento teológico pertencia ao passado. Deus estava morto. O pensamento científico deveria comandar o novo momento e a inteligência dos homens modernos. A estrutura feudal e a monarquia desapareceriam. Os cientistas e os industriais dominariam a sociedade.<sup>6</sup>

Comte examina os traços característicos da indústria: a) a organização científica do trabalho; b) a humanidade desenvolve os seus recursos; c) a produção industrial faz surgir a massa operária; d) aparece a oposição entre proletários e empresários capitalistas; e) a superprodução cria a pobreza no meio da abundância; f) o sistema econômico e a organização científica industrial do trabalho caracterizam-se pela liberdade de trocas e pela busca do lucro.

A reforma da sociedade implica a reforma do saber. A relação entre a teoria e a prática integra a dialética marxista. Interessante porque Miguel

---

<sup>6</sup> Cf. Raymond Aron, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, Brasília, Martins Fontes – UnB, 1982, p. 79.

Reale adotou como lema: viver a teoria e teorizar a vida na unidade indissolúvel do pensamento e da ação. E a frase de Plínio Salgado para os estudantes: “se és incapaz de sonhar, nasceste velho; se o teu sonho te impede de agir segundo as realidades, nasceste inútil se, porém, sabes transformar sonhos em realidades e tocar as realidades que encontras coma luz do teu sonho, então serás grande na tua Pátria e a tua Pátria será grande em ti.”

A busca de uma política positiva levará Comte a reencontrar o fenômeno jurídico e estatal, absorvendo a Ciência do Direito e a Teoria do Estado pela Sociologia.<sup>7</sup>

O que caracteriza a sociedade é a altura de seu espírito, de seu desenvolvimento intelectual. O sistema de Comte compreende três fatores básicos: a) filosofia da história (demonstração de que a filosofia positiva vai imperar no futuro); b) fundamentação e classificação das ciências; c) doutrina da sociedade, que determinando a estrutura social permite passar à reforma prática e, por fim, à reforma religiosa (a religião da humanidade).<sup>8</sup>

Comte formula a chamada lei dos três estados do conhecimento do homem: o teológico, que explica o mundo pela religião; o metafísico, que intenta ver além do físico, sem qualquer conteúdo científico; e o positivo, momento em que a humanidade assume o máximo da compreensão do mundo por intermédio da ciência.

A ideia dos três estados na história e em cada uma das ciências.

1. Teológico (fetiche, politeísmo, monoteísmo): o homem explica os fenômenos por meio de seres sobrenaturais e potências divinas ou demoníacas. A este estágio corresponde um poder teocrático e um poder temporal monárquico, unidos num Estado de tipo militar.
2. Metafísico (próprio da Idade Média): procede do monoteísmo como resumo de todas as forças divinas num único ser. As causas dos fenômenos transformam-se em idéias abstratas, em princípios racionais. Período crítico negativo, desorganização dos poderes espirituais e temporais, ausência de ordem tendente à anarquia. Neste irrompem todas as forças dissolventes da inteligência.
3. O estado positivo: substituição da metafísica por uma investigação dos fenômenos limitada à enunciação de suas relações. O poder espiritual passa às mãos dos sábios e o poder temporal às mãos dos

---

<sup>7</sup> Cf. Albert Brimo, op. cit. p. 244.

<sup>8</sup> Raymond Aron, op. cit.

industriais. O positivismo da ciência renuncia a todo o transcendente e se reduz à averiguação e à comprovação das leis dadas na experiência, não só para os fenômenos físicos, mas também para os espirituais, para o mundo social e moral.

A classificação histórica de Comte é sistemática demais e resulta em uma simplificação exagerada, mas tem o condão de valorizar a ciência em seu desenvolvimento. Interessante anotar que o filósofo salienta os aspectos favoráveis em cada um dos estados, mesmo os anteriores ao positivo, como a indicar a ideia do progresso permanente da história da humanidade.

A teoria dos três estados não está distante das ideias do progresso em círculos ou em fases sucessivas da história. Como em Vico (as idades dos deuses, a dos heróis e a do homem, cada uma com linguagem e direitos próprios); em Nietzsche (o camelo no deserto, que revoltado se transforma em um leão para voltar a ser uma criança, a potência do novo homem, o super-homem); a de Spengler e, depois a de Toynbee (as civilizações nascem, crescem, alcançam o auge e entram em decadência para morrer).

A sociologia, nova matéria de estudo, assume uma dimensão abrangente em relação às ciências. Comte tem formação matemática e pretende dar à sociologia, que açambarcaria a filosofia, uma certeza semelhante à da matemática, decorrente do método científico com que a sociedade deveria ser estudada. A Sociologia pretende ser uma “física” social. Comte escreve no Curso de Filosofia Positiva que [...] o espírito humano cria a física celeste e terrestre e a orgânica, se trata agora de fundar a física social”. Ele divide a ciência social em dois ramos: a estática e a dinâmica, submetendo-as a leis pela observação e pelo desenvolvimento.

## **A CLASSIFICAÇÃO DAS CIÊNCIAS, A EXACERBAÇÃO DA CIÊNCIA E A OPOSIÇÃO À METAFÍSICA**

O positivismo tem aversão à metafísica e a qualquer forma de conhecimento *a priori*. Reduz o conhecimento ao empirismo científico e demonstrável. A filosofia passa a ser uma mera criada das ciências, como na Idade Média fora a *ancilla* da teologia.

O positivo consiste em um estado total que requer ordem e hierarquia. A passagem pelos três estágios se dá em cada uma das ciências, mas evoluem sempre na direção do positivo. Umas queimam mais etapas do que as

outras e, por isso, não estão vinculadas necessariamente ao seu período social. Há, portanto, uma hierarquia conforme o maior ou menor grau estado de positividade. Forma-se uma pirâmide, em que a matemática está na base e a sociologia no ápice. As ciências se apóiam no conhecimento das outras precedentes. Essa relação e dependência recíproca das ciências implicam a visão enciclopédica do conhecimento. O que as diferencia está na época em que elas assumiram o estado positivo. Pela simplicidade de seu objeto, a matemática foi a primeira a adquirir o *status* positivo. A maior complicação está nas outras, para verificar-se o domínio do concreto e do indutivo. A última foi a sociologia, que caracteriza o advento do estágio positivo. A sociologia, como ciência do homem e da sociedade, poderá, finalmente, ser transformada, pelo método naturalista, numa estática e numa dinâmica do social. Essa positividade da sociologia faz nascer o novo estágio, leva à superação do último período orgânico, a Idade Média, e substitui os fatores anárquicos do protestantismo, do liberalismo e do Estado jurídico por uma nova ordem de configuração medieval, mas sem a dogmática católica. Por isso, a nova época exige que a explicação dinâmica da sociedade, que culmina na lei dos três estágios, seja substituída por uma explicação estática vinculada à religião da humanidade, pois somente quando a sociologia se torna possível como ciência positiva pode a nova ordem espiritual e temporal ter um fundamento religioso.<sup>9</sup>

Essa exposição sobre as ciências serve à sua classificação. As ciências foram adquirindo autonomia, obedecendo a uma orientação, das mais positivas e exatas para as mais normativas e humanas, das mais simples para as mais complexas, das mais abstratas para as mais concretas. A primeira, a matemática, e a última, a sociologia. A classificação de Comte: matemática, astronomia, física, química, biologia, sociologia. A visão é enciclopédica. O conhecimento decorre de ciclos em que cada um depende do anterior. Sem matemática não se conhece a física, sem esta nada de química, que condiciona a biologia e a astronomia. A sociologia é o fecho de tudo, o ápice do sistema positivo. Nenhuma palavra ou referência ao Direito.

Os estágios teológico e metafísico foram infrutíferos. Com o positivismo, a humanidade rejeita a sobrenaturalização e toda hipóstase. Transfor-

---

<sup>9</sup> Cf. Ferrater Mora, *op. cit.*

ma o filósofo num “especialista em generalidades”; o poder espiritual nas mãos dos sábios; o poder temporal na mão dos industriais; o pacifismo, a ordem, a hierarquia, e, como atmosfera, que a tudo envolve, em uma moral do altruísmo baseada na estática essencial da vida social, ou, como resume Comte, “o amor como princípio, a ordem como base, o progresso como fim”.

Comte combina a lei dos três estados com a classificação das ciências. Intenta provar que a maneira de pensar, que triunfou nas ciências exatas deve se impor à política, fazendo nascer uma ciência positiva da sociedade, a sociologia.

A rebelião da inteligência contra o coração própria do estágio metafísico deriva, também, do caráter da estática social, que exige um objeto inteiramente positivo, uma entidade não-transcendente, mas perfeitamente cognoscível e próxima, como o é a humanidade revelada pela história. O culto à humanidade nega Deus, como ser transcendente. O positivo penetra na religião, esvaziada do conteúdo dogmático do Cristianismo. A nova religião, no entanto, produz iguais efeitos de ordem e organização. A humanidade é o Grande Ser. Os sábios são agora os sacerdotes do novo culto.<sup>10</sup>

## OS QUADROS DO CATECISMO<sup>11</sup>

Nos interessantes e criativos quadros inseridos no Catecismo, nenhuma referência há ao Direito ou aos juristas.

Nenhum lugar ou homenagem aos jurisprudentes no Plano Geral de Um Grande Templo da Humanidade, para as festas comemorativas do Calendário Positivista.<sup>12</sup> Na projeção arquitetônica do templo (320m sobre 10 de altura), há o Bosque Sagrado ou Campo Incorporação; uma avenida dirigida para Paris; a previsão de 15 capelas (Moisés, Homero, Aristóteles, Arquimedes, César, São Paulo, Carlos Magno, Dante,

---

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>11</sup> Calendário; biblioteca; plano geral do grande templo da humanidade; classificação positiva das 18 funções interiores do cérebro ou quadro sistemático da alma; socialátrico resumido em 81 festas anuais; as 15 leis de filosofia primeira ou princípios universais do dogma positivo e culto abstrato da humanidade ou idealização sistemática da sociabilidade final).

<sup>12</sup> Cf. Auguste Comte, Curso de Filosofia Positiva; Discurso sobre o Espírito Positivo, Catecismo Positivista, Os Pensadores, vol. XXXIII, São Paulo, Editora Abril, 1973. A tradução do Curso e do Discurso é de José Arthur Giannotti e do Catecismo é de Miguel Lemos, o qual é autor de várias notas ao texto.



Gutemberg, Shakespeare, Descartes, Frederico, Bichat, Heloísa, Grande Ser e cátedra sacerdotal).

No Calendário Positivista aparecem apenas Papiniano e Francia (o ditador paraguaio que tinha formação em Direito Romano). Impressionante a construção do Calendário Positivista para um ano qualquer ou quadro concreto da reparação humana. São treze meses com títulos próprios e cada um deles dividido em quatro semanas e cada um dos dias dedicado a alguém, personalidade da história, filósofos, poetas, cientistas, militares, santos e religiosos, estadistas, inventores, descobridores, teatrólogos, políticos. Será muito difícil encontrar alguém importante historicamente que não esteja mencionado no Calendário. Além disso, há dias complementares e bissextos para a festa dos mortos e para a festa geral das santas mulheres.

A ausência do Direito e da sua enorme produção bibliográfica na história das letras jurídicas é verificada na Biblioteca Positivista no Século XIX, um rol de 150 obras escolhidas por Comte divididas em quatro grupos: 1º Poesia (trinta volumes); 2º Ciência (trinta volumes); 3º História (sessenta volumes); 4º Síntese (trinta volumes).

O Quadro Socialátrico resumido em 81 festas anuais constitui um complemento para o Calendário, foi criado por Comte para a adoração universal da humanidade: viver para outrem (a família, a pátria, a humanidade). As festas estão em Laços Fundamentais (meses: a humanidade, o casamento, a paternidade, a filiação, a fraternidade, a domesticidade); Estados Preparatórios (o fetichismo, o politeísmo, o monoteísmo); Funções Normais (a mulher, o sacerdócio, o patriciado, o proletariado – correspondendo para cada mês as Providências, respectivamente, moral, intelectual, material, geral). Cada um desses tópicos é desdobrado e pormenorizado quadro sinótico. Aqui, também, nenhuma menção ao Direito e suas festas.

Nos outros quadros, a omissão de referências tanto quanto à Ciência do Direito e à Filosofia do Direito são evidentes e compreensíveis.

Na Classificação Positiva das 18 Funções Interiores do Cérebro ou Quadro Sistemático da Alma, Comte resume a teoria cerebral da psicologia humana: amar, pensar, agir, impulso (o coração), conselho (o espírito), execução (o caráter), sempre subdividindo tudo e explicando.

O conjunto desses dezoito órgãos cerebrais constitui o aparelho nervoso central. É com tais explicações neurológicas que o autor do sistema de filosofia positiva chega ao que hoje se denomina “ciência cognitiva” na parte da inteligência material ou das considerações que relacionam o comportamento humano com o mecanismo dos neurônios do cérebro.

De igual maneira, o “Preâmbulo sintético: Filosofia Primeira” não se refere ao Direito e classifica as ciências em três grupos: lógica (espaço): matemática; física (ciência da terra): astronomia, física propriamente dita e química; moral (ciência da humanidade): biologia, sociologia e moral propriamente dita.

Muito sofisticado, e ainda sem qualquer referência ao Direito, o “quadro das quinze leis de filosofia primeira ou princípios sobre os quais assenta o dogma positivo”.

## **A RELIGIÃO CIVIL**

No final, o positivismo pretendeu criar uma nova religião da humanidade, que substituiria as religiões do passado teológico e metafísico, por um culto humano voltado para os grandes homens da história, que nos diversos terrenos da experiência do pensamento e da ação foram os grandes representantes do progresso humano.

A ideia não está distante de Rousseau, no *Contrato Social*, livro IV, cap. VIII, em que ele observa que o Cristianismo é inteiramente espiritual e que importa muito à comunidade que cada cidadão tenha uma religião, cujos dogmas dizem respeito ao Estado. Haveria, portanto, uma profissão de fé puramente civil.

## **POSITIVISMO NO MUNDO E NO BRASIL**

O destino do positivismo foi o de seu fundador. A influência se deu em todas as direções da ciência positiva no século XIX. Várias sociedades positivistas foram fundadas. Na América do Sul, sobretudo no Brasil, a influência se deu por intermédio de numerosos grupos e associações positivistas.

O positivismo cindiu-se em dois grupos representados por Émile Littré, que rejeitou a religião da humanidade e por Pierre Laffite.

Émile Littré (1801-1881), fiel discípulo de Comte até 1852, quando rompeu com o mestre por negar-se a segui-lo na transformação do movimento positivista em “religião positivista”, e como dissidente continuou a propagar as doutrinas filosóficas, científicas e morais de Comte. De 1863 a 1971 manifestou-se ateu, considerando o ateísmo a única “religião” que convinha ao autêntico positivismo. Para ele o positivismo é um sistema e

um método filosófico.

Pierre Laffitte (1823-1903), o mais fiel discípulo de Comte, transformou-se a partir de 1852 no grande apóstolo do movimento positivista, convertido em religião da humanidade. Comte designou-o como seu sucessor e grande sacerdote da Igreja positivista. Escreveu inúmeros livros, geralmente desdobrando a teoria do seu mestre.

Na Inglaterra, o positivismo está em Stuart Mill (ciência como fundamento de uma nova ordem social)<sup>13</sup> e em Herbert Spencer (evolucionismo científico).<sup>14</sup>

Na França, o historiador Hipólito Taine.<sup>15</sup> Na Itália, Lombroso, a criminologia positiva, escola antropológica, Ferri, Garófalo, Morelli, Puglia. Em Portugal, Teófilo Braga. Na Alemanha, Wundt.

A influência no Brasil foi notável.<sup>16</sup>

Em 1891, na festa da mulher, foi inaugurado no Rio de Janeiro o Templo da Humanidade, que terminou em 1897. Está na rua Benjamin Constant nº 74, no Rio de Janeiro, cuja fachada lembra o Panteão de Paris. No portão

<sup>13</sup> John Stuart Mill (1806-1873), filósofo e economista inglês, sempre preocupado com a melhoria das condições de vida dos homens. Vida intensa. Elaborou as leis da prova ou da pesquisa científica. Expôs as quatro regras fundamentais do método experimental, já anunciadas por Francis Bacon: concordância, diferença, resíduos e variações concomitantes. (cf. Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, op.cit.). Stuart Mill escreveu um livro Comte e o Positivismo (1865). Ele elaborou uma teoria do conhecimento, o que Comte não havia feito (cf. Antonio Paim, Os Intérpretes da Filosofia Brasileira, Londrina,UEL, 199, p. 195).

<sup>14</sup> Herbert Spencer (1820-1903) adepto de um liberalismo clássico e da teoria do evolucionismo. Teve grande prestígio nos EUA, tido como filósofo profeta do capitalismo. Na Inglaterra sua teoria do

Laissez-faire não foi acatada. O seu evolucionismo era o de Lamarck que foi superado por Darwin (teoria da seleção natural). Criticou Comte, negando validade à lei dos três estados, mas aceitando a teoria comteana da evolução da sociedade: a religião e a ciência são necessariamente correlatas: representam dois momentos antitéticos da consciência que não podem existir separados: são pólos negativo e positivo do pensamento, um dos quais não pode crescer em intensidade sem aumentar a do outro. A certeza da existência do poder insondável (o incognoscível) tem sido sempre o fim que a inteligência tem procurado atingir. (cf. João Ribeiro Júnior, op.cit. p. 296)

<sup>15</sup> Hipólito Taine (1828 - 1893), historiador de reconhecido merecimento, autor de *Origens da França Contemporânea* e *Da Inteligência* (nominalismo e fenomenismo).

<sup>16</sup> Ver Ivan Lins, *História do Positivismo no Brasil*, Brasília, Senado, 2009; v. tb. Cruz Costa, *Contribuição à História das Idéias no Brasil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967; Antonio Paim, *História das Idéias Filosóficas no Brasil*, 5 ed., Londrina, UEL, 1997 e dele “O Pensamento Político Positivista na República” in *As Idéias Políticas no Brasil*, vol. II, coord. Adolpho Crippa, São Paulo, Convívio, 1979, pp. 35-74 e o verbete “Positivismo no Brasil e Positivismo Ilustrado”, in *Logos - Enciclopédia Luso-Brasileira*, Lisboa-São Paulo, Ed. Verbo, 1992; Wilson Martins, *História da Inteligência Brasileira*, 3 ed. 7 volumes, Ponta Grossa, Editora UEP6, 2010; Roque Spencer Maciel de Barros, *A Ilustração Brasileira e a ideia de Universidade*, São Paulo, Convívio-Edusp, 1986 e dele, também, “O positivismo no Império” in *As ideias filosóficas no Brasil*, coord. Adolpho Crippa, São Paulo, Convívio, 1978, p. 115-142.

aberto para o jardim lê-se “os vivos são sempre e cada vez mais necessariamente governados pelos mortos”. Sete degraus simbolizam as ciências e levam ao pórtico do templo. São três portas com as divisas: “Ordem e progresso”; “Viver para outrem”; “Viver às claras”. Na grande sala, o altar-mor, a Humanidade (feições de Clotilde de Vaux), com uma criança no colo. Enfileiram-se as capelas já mencionadas.<sup>17</sup>

Dentro da Igreja, estão gravadas várias máximas positivistas: “o amor por princípio, a ordem como base, o progresso como fim”; “o progresso supõe a liberdade”; “o capital é social em sua origem e deve ter destinação social”; “a mulher deve ser posta ao abrigo das necessidades materiais para que possa se dedicar às atividades próprias do lar”; “o mundo é governado por leis imutáveis e não por deuses”.

Ivan Lins examina o positivismo em todas as regiões brasileiras e sob vários aspectos, mesmo no século XX.

Todos foram influenciados pelos positivistas, em um menor ou maior grau.<sup>18</sup>

Importantes foram a instalação da Escola Militar de Porto Alegre<sup>19</sup>, a Sociedade Científica e Literária Culto às Letras e a sua Revista Mensal, que se propunha a debater grandes ideias filosóficas do século, em que a mentalidade positiva prevaleceu. O Rio Grande do Sul vai ocupar um lugar importante na história política do positivismo.<sup>20</sup> Em 1870, ano das variações de Gottschalk sobre o hino nacional e a estréia de *O Guarani* de Carlos Gomes, aparece visível um programa cientificista de matriz positivista, seja darwiniana, haekeliana ou spencerista. O Brasil precisaria

<sup>17</sup> Cf. Leonel Franca, *Noções de História da Filosofia*, 16 ed., Rio de Janeiro, Agir, 1960, p. 277 Ver, também, João Ribeiro Júnior, op. cit. p. 190. Na primeira república, até a morte de Teixeira Mendes, a Igreja Positivista teve grande atividade bibliográfica.

<sup>18</sup> Há uma classificação interessante das manifestações positivistas no Brasil: a) ortodoxa (Miguel Lemos e Raimundo Teixeira Mendes); b) ilustrada (Luis Pereira Barreto – 1840/1923, Paulo Egydio – 1842/1905, Alberto Salles – 1857/1904, Pedro Lessa – 1859 /1921, Ivan Lins Monteiro de Barros – 1904/1975); política (Júlio de Castilhos, Borges de Medeiros, Pinheiro Machado, Getúlio Vargas); militar (Benjamin Constant Botelho de Magalhães, Cândido Rondon, Góes Monteiro, os Tenentes, incluindo Luis Carlos Prestes. Outros nomes poderiam ser citados, como Nisia Floresta (a 1ª feminista), Euclides da Cunha, Demétrio Ribeiro, Barbosa Lima, Lindolfo Collor, David Carneiro, General Manuel Rabelo (interventor em São Paulo), Vicente Licínio Cardoso.

<sup>19</sup> É preciso lembrar a reforma de Pombal (século XVIII) no ensino: ciência aplicada e formação profissional. Ver, ainda, a Academia Militar do Conde de Linhares (1810). Em 1865, Francisco Antonio Brandão, maranhense, publicou em Bruxelas, *A escravidão no Brasil*, inspirado em ideias positivistas. Muniz de Aragão, na Bahia, expôs a classificação das ciências de Comte.

<sup>20</sup> Ver Wilson Martins, op. cit. vol. IV, pp. 106-7

participar do mundo, substituir o romantismo pelo naturalismo; o direito natural pelo direito positivo; o espiritualismo pelo monismo positivista ou materialista; a monarquia pela república; o privilégio pela livre concorrência; tornar livre o trabalho; rever a situação da mulher.<sup>21</sup>

Luis Pereira Barreto (1840-1923) era médico, doutor em medicina e ciências naturais (em Bruxelas) e foi o representante típico da mentalidade cientificista. Ele vulgarizou no Brasil as ideias de Comte. Escreveu *As Três Filosofias* (1874-1876 – polêmica com José Bonifácio, o Moço): Filosofia Teológica, Filosofia Metafísica, Positivismo.<sup>22</sup> A metafísica estaria encarnada na Revolução Francesa. Declarada a falência do regime social teológico, cumprir-se-ia reformar a educação, afastar a Igreja, banir a crença no sobrenatural. Viva a ciência! Abaixo à moral teológica!<sup>23</sup> Ele avança na crítica ao Cristianismo, em especial à Igreja Católica.

Assim, o positivismo era hostil ao Cristianismo e à Igreja Católica. Opuña-se, também, ao bacharelismo, à retórica e ao beletismo, enfim ao que considerava um arcaísmo filosófico e jurídico. No Brasil, como agora, havia um número exagerado de Faculdades de Direito em comparação com as Escolas de Engenharia e de Medicina.

O positivismo era conhecido desde a década de 40 do século 19, mas trinta anos depois se afirma como movimento intelectual, depois do apostolado de Benjamin Constant Botelho de Magalhães (1833-1891), que era professor na Escola Militar e matemático, com grande influência entre os alunos. Fez a propaganda republicana. Fundou (1876), no Rio de Janeiro, a Sociedade Positivista, junto com Miguel Lemos e Teixeira Mendes.<sup>24</sup> Consta que não aceitou ser presidente da república, embora convidado na véspera da proclamação. Promovido a general, continuou usando a farda de tenente coronel. Ministro da Guerra no governo provisório foi, depois, ministro da Instrução, Correios e Telégrafos (19/4/1840). Os positivistas fizeram críticas ao pensamento de Benjamin Constant, especialmente no

<sup>21</sup> Observações de Wilson Martins, op. cit., com base em Roque Spencer Maciel de Barros, vol. II, p. 345

<sup>22</sup> Escreveu, também, *Soluções Positivas da política brasileira* (1880) e *Positivismo e Teologia* (1880). No Estado teológico estariam o fetichismo, o politeísmo, o monoteísmo. Ele critica a teologia no Brasil.

<sup>23</sup> A obra de Pereira Barreto é objeto de severa crítica de Leonel Franca, *Noções de História da Filosofia*, 16 ed. Rio de Janeiro, Agir, 1960, pp. 280 e segts.

<sup>24</sup> Miguel Lemos (1854-1916) e Teixeira Mendes (1855-1927) fundaram o Apostolado Positivista do Brasil (1881), sempre pregando a marcha progressiva da espécie humana e a lei geral do desenvolvimento humano. Comte, o pai, o grande mestre, a fonte inefável da doutrina. Houve farta correspondência com Pierre Laffite, o sucessor, o novo sacerdote.

terreno da educação, setor onde ele realizou profundas reformas (instrução pública no Distrito Federal, na Medicina, Politécnica, Escola de Minas em Ouro Preto, Escola militar, Academia de Belas Artes, Instituto Nacional de Música, Instituto de surdos mudos, Colégio Pedro II, Escola Normal).<sup>25</sup>

Os positivistas procuraram apropriar-se da proclamação da República e da sua implantação. De uma certa forma, tomaram Benjamin Constant para eles, o que envolve certa discussão, e o canonizaram.

As homenagens a Benjamin Constant são significativas. O Congresso em 25/2/1891, considerando “tanto é verdade que somos cada vez mais governados pelos mortos [...], o Congresso Constituinte resolve lançar na ata da sessão solene o seguinte: “O Fundador da República, Benjamin Constant Botelho de Magalhães, passou da vida objetiva para a imortalidade a 22/1/1891”.

E a Constituição de 1891, nas Disposições Transitórias, dispôs:

“Art. 8º O Governo Federal adquirirá para a Nação a casa em que faleceu o Dr. Benjamin Constant Botelho de Magalhães e nela mandará colocar uma lápide em homenagem à memória do grande patriota - o Fundador da República.”

A gíria positivista serviu para a adesão à República: “anarquismo mental”, “a pedantocracia”, “o regime normal”, “a ordem é fator de progresso”, “a integração do proletariado”, “os mortos governam os vivos”, “as pátrias brasileiras”, “viver para o próximo”. E mais: separação Estado-Igreja, casamento civil, calendário cívico no lugar do religioso.

Saudações: “saúde e fraternidade”, no lugar de “Deus guarde V. Excia”. “vós no lugar de V. Excia.”.

Calendário positivista: 1º de janeiro (fraternidade universal); 21 de abril (Tiradentes); 3 de maio (descoberta); 14 de julho (república de liberdade e da independência dos povos americanos); 7 de setembro (Independência); 12 de outubro (descobrimto da América); 2 de novembro (dia dos mortos); 15 de novembro (dia da Pátria). Tudo de acordo com o Decreto nº 155-B, de 14 de janeiro de 1890, que menciona a fraternidade e solidariedade.

---

<sup>25</sup> Cf. Fernando Azevedo, *A Cultura Brasileira*, 5 ed. São Paulo, USP, 1971, onde o autor sustenta que Benjamin Constant não seguiu Comte na parte pedagógica, limitando-se a sistematizar as ideias de Platão. Na verdade, as propostas não vingaram. Os positivistas ortodoxos criticaram as reformas (ver Teixeira Mendes, *A política positivista e o Regulamento das Escolas do Exército*, Rio de Janeiro, 1890). As reformas teriam criado profissões mais enciclopédicas do que científicas, salvo quanto à matemática.

Demétrio Ribeiro, ministro da agricultura do governo provisório, planejou a nova bandeira (Decreto nº 6 de 19/11/1989, mediante proposta de Benjamin Constant, idealizada por Teixeira Mendes) em substituição à bandeira imperial. Deodoro teria preferido a conservação do estandarte anterior, retirando dele apenas a coroa, mas prevaleceu a ideia de Comte, que havia escrito que na bandeira da primeira república positivista haveria o dístico “ordem e progresso” e nela se espelharia o céu da madrugada do dia em que ela viesse a ser proclamada. Foi o que aconteceu no registro astronômico com as estrelas representando os estados. Houve, depois, críticas a respeito da correção das estrelas.

A Constituição de 1891 foi escrita por Rui Barbosa, que se apaixonara pelo direito público americano e que era mais federalista do que republicano. Rui sofrera no passado certa influência positivista, no entanto ele fez triunfar o liberalismo, o que foi uma derrota do positivismo, que não conseguiu implantar a “ditadura republicana”. Prevaleceu o bacharelismo que os positivistas tanto criticavam. Os positivistas derrotados se refugiaram no Rio Grande do Sul, onde editaram uma Constituição com Executivo forte e um simulacro da ditadura científica e do exército, tal como Comte pregara. Daí a aversão ao regime representativo de cunho liberal. No Rio Grande do Sul, surgem as figuras de Júlio de Castilhos, Borges de Medeiros e Getúlio Vargas, que sempre foi positivista.<sup>26</sup> A Revolução de 30 foi uma reação dos derrotados na Constituinte republicana. O golpe de estado de 37 confirmou a tendência positivista. Equívoco classificar como fascista a Constituição de 37, apesar da influência europeia de governos fortes e da legislação trabalhista corporativista (Lindolfo Collor era positivista). Getúlio desde sempre falava em ditadura, seria a republicana, a positivista, a científica, a do exército. Comte era contra o liberalismo, contra o *laissez faire*... A Revolução de 64, de uma certa forma reviveu o lema de “Ordem e Progresso”. Em certo momento, o Presidente Geisel proclamou que se intentava o máximo de desenvolvimento com o mínimo de segurança.

Muito interessante, no Brasil, é a relação do positivismo com o marxismo. Na Faculdade Nacional de Direito,<sup>27</sup> Edgardo de Castro Rebello (jurista)

---

<sup>26</sup> Gilberto Freire brinca que nunca foi tão evidente que um morto (Júlio de Castilhos) governou por intermédio de um vivo (Getúlio Vargas), cf. *Ordem e Progresso em Intérpretes do Brasil*, vol. III, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 2000.

<sup>27</sup> Ver Wamireh Chacon, O marxismo no Brasil no século XX, *Meio Século de Filosofia*, *Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia*, São Paulo, 2003, pp. 81-93; também Antonio Paim, *op.cit.* Há, ainda, um jurista sociólogo polonês, Glemplowicz (1838-1909), para quem o Direito é a expressão de uma classe social na

foi um marxista eclético de origem positivista, com pretensões científicas. Ele esteve sob influência da revolução comunista de 1917. Admirava Ferri e chegou a irmanar Darwin, Spencer e Marx. Aliou a sociologia ao determinismo econômico. Outro positivista filo-marxista foi Leônidas de Resende e essa linha foi preservada por Cruz Costa na Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo. Leônidas elogiava a União Soviética e louvava Stalin, além de crítico da Igreja Católica. Para ele Marx e Comte divergiam apenas no método, revolução ou reforma.

O positivismo foi pouco e pouco substituído pelo marxismo, explicando-se assim, aliás, como a doutrina soviética em seus dicionários favorece as ideias positivistas, fazendo-lhe poucas reservas (expressão do capitalismo pela religião da humanidade).<sup>28</sup>

Não obstante essa migração dos positivistas para o marxismo e os eventuais pontos de contato, como a ideia adotada por Marx de que as sociedades se desenvolvem de acordo com as leis da natureza, Comte era hostil ao socialismo, não um revolucionário, mas um reformista, não considerava a propriedade e não aceitava a luta de classes, embora as vislumbrasse como opostas reciprocamente.<sup>29</sup>

## CRÍTICA

Antes de mais nada, sobretudo no Brasil, a mentalidade positivista mais que autoritária tem um viés estatalista totalitário, na sua crítica ao liberalismo político.

No positivismo, os problemas filosóficos passam a ser sociológicos. A sociedade entra no lugar da razão. Não há o “ser” absoluto e imutável. A verdade não existe. Tudo passa a ser relativo.

O problema dos sistemas fechados (positivismo, marxismo) está em que eles, pretendendo resolver as questões filosóficas, acabam por tornar sem sentido a própria filosofia. Se tivermos a chave da história e da origem do homem e de seu destino, a compreensão final do ser e do conhecer, o

---

luta de classes (cf. Guido Fassò, *Historia de la Filosofia del Derecho*, vol. 3, Madrid, Pirâmide, 1970, p. 139)

<sup>28</sup> Verbetes “Comte” e “positivism” no *Dictionary of Philosophy*, ed. M. Rosenthal e D. Yudin, Moscou, Progress Publishers, 1967.

<sup>29</sup> Ver Raymond Aron, *op. cit.*



segredo do universo e de seu fim, o significado definitivo das palavras, a descoberta das funções cerebrais e da mente, a palavra e a chave de tudo, ainda que as conclusões sejam verdadeiras, mesmo por hipótese, já não estaríamos no campo filosófico e o amor ao saber teria acabado.

O positivismo filosófico e antimetafísico reduz a filosofia a uma enciclopédia das ciências. Não haveria, portanto, diferença entre o saber filosófico e o saber científico. No fundo, planta-se a semente da transformação da filosofia em mera crítica do conhecimento científico.

O positivismo faz nascer a sociologia, filhos de um único pai que foi Augusto Comte, que viria a exercer grande influência no pensamento europeu e americano. Foi um grande sucesso na época, no século 19, mais ou menos como, no Brasil, os marxistas, seus sucessores, exerceram na primeira metade do século XX, posto que respaldados por uma potência mundial que haviam adotado e oficializado o pensamento de Marx.

Augusto Comte fora assistente de Saint-Simon, socialista francês e imaginava um industrialismo progressista. Por aí e por uma série de outros aspectos (a idéia de ditadura republicana; o agnosticismo, quase ateísmo; o relativismo; o afastamento das questões transcendentais e teológicas da discussão sobre o homem e a sociedade; a referência ao proletariado; e tantas outras) talvez expliquem essa aproximação brasileira entre o positivismo e o marxismo.

Outra questão crítica reside na ideia de um progresso linear em que as fases posteriores seriam sempre melhores que as anteriores, o que a história não parece confirmar. Além disso, enseja uma expectativa política quase sempre frustrante e imobilizadora.

No positivismo (sempre tendente a um enciclopedismo: a biblioteca universal e o calendário positivista; a classificação das ciências), a filosofia passa a ser uma espécie de reunião das generalidades das ciências. Will Durant revela um pouco essa tendência quando divulgou a ideia de que a ciência é o conhecimento de muito sobre pouco e a filosofia o conhecimento de pouco a respeito de tudo. A ciência estaria voltada para uma especialização, conheceria cada vez mais e mais sobre menos e menos, enquanto a filosofia estaria voltada para generalidades: conhecimento de cada vez menos e menos sobre mais e mais.

Com o positivismo nasce um cientificismo exacerbado, uma romantização da ciência, como único caminho para a vida e o conhecimento do homem.

Importante assinalar que os positivistas eram contra a criação de uma

Universidade, porque viam nela uma organização de mentalidade religiosa, com a filosofia metafísica em seu centro.

O conhecimento enciclopédico pode ser importante, porém é insuficiente. O conhecimento por círculos não resolve os problemas do saber e muito menos do Direito. Não faz sentido conhecer pela árvore de Porfírio, dividindo as todas as coisas entre gêneros e espécies em uma ciranda permanente.

A colocação comteana a respeito das ciências é contrária à da universidade, o *trivium* literário (gramática, retórica, dialética) e o *quadrivium* científico (aritmética, geometria, astronomia e música) das 7 artes liberais (A Faculdade das Artes) e as Escolas profissionalizantes (Direito, Medicina e Teologia). Os positivistas não se interessavam na criação de universidades, talvez pela classificação das ciências feita por Comte.

No entanto, não é possível a filosofia sem a metafísica.

A filosofia será sempre sobre o “ser”, jamais sobre o “nada”.

Cada ciência estuda um aspecto do “ser”.

A filosofia é o único campo em que se estuda o “ser” na sua totalidade, o ser em si, o ser enquanto ser.

O íter a ser criticado é claro: racionalismo, iluminismo, cientificismo, positivismo, marxismo.

## DIREITO E O POSITIVISMO FILOSÓFICO

O positivismo começa a exercer sua influência nas ideias e concreções jurídicas no momento em que faz nascer a sociologia, a qual seria a chave de toda a filosofia positiva e a verdadeira ciência da natureza humana.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Exemplo de aplicação do método positivista está na obra de Pedro Lessa, *Estudos de Filosofia de Direito*, 2 ed. Campinas, Bookseller, 2002. No livro de Ivan Lins cit., em que há uma exaustiva exposição sobre o positivismo no Brasil, é possível localizar, além de Pedro Lessa, outros juristas que aderiram, total ou em parte ao comtismo. Na Faculdade de Direito de São Paulo: Benevides, Almeida Nogueira, João Mendes de Almeida. Clóvis Bevilácqua escreveu sobre “A Filosofia Positiva no Brasil” e fez conferência a respeito de Littré. Clóvis teria adotado o critério classificador de Comte no projeto do Código Civil.” Generalidade decrescente e complexidade crescente”. Ver, também, Miguel Reale, “Pedro Lessa e o Positivismo em São Paulo” e João Camilo de Oliveira Torres, “O Positivismo no Brasil”. Visão mais ampla e pormenorizada, Alberto Sales, “Ensaio sobre a moderna concepção do Direito”. E, também, o verbete “Positivismo e Positivismo Jurídico no Brasil”, com significativa bibliografia, in *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

vQuando se aplica a necessária relação entre o homem e o Direito (que-  
reis saber que é o Direito, indagai que é o homem), o positivismo, vale  
dizer, a sociologia intenta explicar o homem pela sociedade e não a socie-  
dade pelo homem. Este seria fruto do meio, nenhuma essencialidade, não  
um “ser” em potência nem em ato, nada natural, nem sujeito-autor da re-  
alidade social ou da história. A estrutura social é que faria o homem e não  
o contrário. Dessa maneira, o positivismo pretende a extensão do método  
experimental, próprio das ciências naturais, ao exame da sociedade. Os  
fatos sociais, incluindo o jurídico, passariam a ser examinados conforme o  
princípio da causalidade.

Sobre o Direito – não é necessário dizer – o positivismo encontra pelo  
menos um aspecto intransponível no sentido da impossibilidade de aplica-  
rem-se à Ciência do Direito os métodos das chamadas ciências naturais e  
exatas, sequer a lógica formal ou matemática, necessária em alguns casos,  
porém insuficiente. Lembra-se sempre o lógos humano, a razoabilidade, a  
proporção diferente da matemática para a interpretação jurídica e a apli-  
cação das leis.

A Filosofia do Direito, disciplina fundamental, seria substituída pela  
Sociologia. O Direito passaria a ser considerado mera expressão das for-  
ças sociais, um fato social e expressão das forças coletivas.<sup>31</sup> Mutabilidade  
constante. A sociedade mudaria mais rapidamente do que o ordenamento  
jurídico e da correspondente construção dogmática.

O Direito deveria adaptar-se aos interesses jurídicos predominantes.  
A tarefa do jurista consistiria em encontrar a conformidade entre o fenô-  
meno social e o fenômeno jurídico.

O sociologismo jurídico é fruto do positivismo de Comte.

Há duas disciplinas jurídicas fundamentais e três complementares.

As fundamentais são a Filosofia do Direito e a Ciência do Direito.

As complementares: a História do Direito, o Direito Comparado e a So-  
ciologia Jurídica.

Subordinar o Direito à sociologia seria menosprezar a história, não  
apenas porque de há muito o Direito tem categorias, métodos, técnica de  
interpretação, linguagem, dogmática, princípios positivados ou não, pró-  
prios todos. No tempo em que as ciências exatas estavam engatinhando,

---

<sup>31</sup> Um exemplo significativo da influência de Comte na Sociologia Jurídica está em Émile Durkheim  
(1858-1917)

a *Iurisprudentia* já adquirira um desenvolvimento, difícil até de ser equiparado aos da contemporaneidade. Com isso não se quer menosprezar as visões e contribuições sociológicas para a compreensão do fenômeno jurídico, mas restringi-las ao seu campo e impedir a sua inserção no campo propriamente da ciência de Papiniano.

A sociologia é muito recente (Comte é da metade do século 19) se a compararmos com o Direito Romano, há mais ou menos dois mil anos muito desenvolvido.

Essa colocação no tocante à sociologia serve, também, para seu subproduto *Law and Economics*. Como condicionar a aplicação da lei meramente às consequências econômicas, como se o Direito não tivesse seus próprios critérios? Esses, aliás, independem das circunstâncias gerais da economia ou do seu sistema, quase sempre alheias à situação do homem e de seus conflitos de interesses, a serem resolvidos e já pré-ordenados pelo ordenamento positivado.

Não há dúvida de que o Direito é um fato social, nem que os fatos interfiram na sua criação, evolução e aplicação; todavia é necessário lembrar que qualquer fato se transforma em fato jurídico, tão somente quanto qualificado pela norma. Entre o fato, de qualquer natureza, e o Direito há uma relação de dependência recíproca. Como já se disse, o Direito é como o rei Midas em relação ao ouro, tudo que ele toca, tendo em vista aspectos axiológicos, se transforma em jurídico.



# A EMBRIAGUEZ DO SEGURADO É CAUSA EXCLUDENTE DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA?

VOLTAIRE MARENSI<sup>1</sup>

Em outro artigo que comentei súmulas exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, vali-me na ocasião da moderna doutrina processualista ao ensejo do advento do Código de Processo Civil de 2015.

Hoje, com amparo em um tradicional vocabulário jurídico do conhecimento de todos os lidadores do Direito, invoco-o para dizer que “no âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas, persuasivo, e que, devidamente numerados, se estampem em repertórios”<sup>2</sup>

Por unanimidade, a 2ª Seção do STJ aprovou no dia 12/12/2018, talvez, duas últimas novas súmulas deste ano judiciário. O verbete que interessa diretamente ao contrato de seguro diz respeito à súmula 620, que tem a seguinte redação: “A embriaguez do segurado não exime a seguradora do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida”.

O recurso que deu azo à edição deste novo enunciado foi oriundo do recurso especial nº 1.665.701-RS.

Convido a atenção do leitor para o que constou no item 5 inserto nos embargos de declaração do sobredito recurso, aonde se lê:

É lícita, no contrato de seguro de automóvel, a cláusula que prevê a exclusão de cobertura securitária para o acidente de trânsito (sinistro) advindo da embriaguez do segurado que, alcoolizado, assumiu a direção do veículo. Configuração do agravamento essencial do risco contratado, a afastar a indenização securitária. Precedente da Terceira Turma.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Advogado e Professor. Coordenador da Cátedra de Direito do Seguro na Academia Nacional de Seguro e Previdência

<sup>2</sup> De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico Conciso, Editora Forense, 2008, pág. 680.

<sup>3</sup> Site certificado - DJe: 06/09/2017.

Neste sentido, objetivando afastar a casuística daquele precedente, o relator do caso em tela, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, disse a certa altura de seu voto:

Logo, no caso dos autos, apesar de a segurada ter falecido em razão de grave acidente de trânsito decorrente de seu estado de embriaguez, tal fato não afasta, no seguro de vida, a obrigação da seguradora de pagar ao beneficiário o capital segurado, sendo abusiva, com base nos arts. 3º, § 2º, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, a previsão contratual em sentido diverso.<sup>4</sup>

Ao ensejo da decisão em comento, cabe o registro de que o Código de Seguros francês não faz qualquer distinção quanto à modalidade de seguro, quer de automóvel, quer de seguro de vida para reputar não válida a cláusula que exclui a garantia do segurado na hipótese de condenação por conduzir em estado de embriaguez, sob estado alcoólico ou de substância entorpecente.<sup>5</sup>

Aliás, em sede doutrinária com escólios em renomados mestres franceses como M. Picard e A. Besson, afirmo que eles identificam a distinção do aumento do risco da exclusão do risco. Na ocasião em que abordei este tema citei o que prevê o Código Civil italiano em seu art. 1898, - Código de 1942 -, que cuida do agravamento do risco,<sup>6</sup> hoje, já com assento em um moderno Código de Seguros.<sup>7</sup>

Por tais fatos, em ligeira síntese, registro o que escrevi alhures: “O simples diagnóstico do álcool no organismo do segurado não pode continuar sendo justificativa para a negativa de pagamento da indenização, se não existe prática intencional do ato e nexo de causalidade entre a ingestão da substância torpe e o evento que ocasionou o sinistro”. E, disse, ao azo, mais: “ Na União Europeia, por exemplo, existem seguradoras que estipulam cláusulas específicas de exclusão por embriaguez, desde que sejam encontrados índices de graduação alcoólica de 0,5 a 0,8 decigramas por litro de sangue da pessoa do condutor.”<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Bis in idem, pág. 5.

<sup>5</sup> Art. L. 211 - 6 (mod. 1. n° 2003-87, 3 févr. 2003).

<sup>6</sup> Voltaire Marensi, *O Seguro, a Vida e sua Modernidade*, 2ª edição, Lumen Juris, 2011, pág. 379.

<sup>7</sup> Codice delle assicurazioni private. D.l. 7 settembre 2005, n. 209.

<sup>8</sup> Obra citada, p. 378.

Enfim, não alvitro nestas ligeiras considerações pertinentes ao tema qualquer modalidade de contravenção ou, talvez, ato culposos contra a legalidade, mas, sim, levantar situações ou casuísticas que possam ser melhor refletidas e cuidadas, notadamente quando estamos à frente no Senado da República de uma eventual possibilidade de ser aprovado o PLC nº 29/2017, que cuida de disciplinar uma nova roupagem ao nosso contrato de seguro decantado outrora como “Esse Desconhecido”.<sup>9</sup>

O tema que sem dúvida envolve o viés agravamento, ou exclusão de risco e quer de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, quer em sintonia com o moderno direito securitário envolve “riscos excluídos e interesses não indenizáveis que devem ser descritos no contrato de seguro de forma clara e inequívoca”.<sup>10</sup>

Assim, como já adiantei acima que, ele, - o Contrato de Seguro -, seja conhecido e, de consequência, debatido exaustivamente por todos os que preconizam e aguardam a cada dia um maior aprimoramento de nossas instituições jurídicas, sem quebra de princípios básicos e fundamentais que arrosta ao longo dos séculos um contrato -tipo, assim denominado na feliz expressão de Orlando Gomes.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 2018.

---

<sup>9</sup> Anais de um dos Congressos de Seguros com a participação de diversos colegas securitários.

<sup>10</sup> *Verbi gratia*, § 1º, do art. 14 do PLC 29/2017.



O **Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF** é uma instituição que se dedica ao estudo e a difusão da Ciência Jurídica, na defesa do Estado Democrático de Direito, na colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento das práticas jurídico-administrativas, e no aperfeiçoamento do exercício profissional das carreiras jurídicas.



SEPN Q. 516 bloco B LT. 7  
4º andar – Ed. Sede da OAB  
CEP: 70770-525  
Brasília-DF  
[www.iadf.org.br](http://www.iadf.org.br)