

# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 30

Nº 1 - Mai./Out.2019

Octavio Kelly,  
Ministro do Supremo  
Tribunal Federal



EMARF



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 30  
Mai./Out.19

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2018 - volume 30, n. 1  
(mai./out.2019)

Semestral

Disponível em: <<http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretor-Geral**

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

### **Diretor de Estágio**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Marcus Abraham

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho

## **EQUIPE DA EMARF**

Roque Bonfante de Almeida - Assessor Executivo

### **Rio de Janeiro**

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Vilma Ferreira Amado

### **Espírito Santo**

Livia Peres Rangel

---



---

## Conselho Editorial

**Agostinho Teixeira de Almeida Filho**, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

**Alberto Nogueira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Alberto Nogueira Jr.**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Américo Augusto Nogueira Vieira**, Universidade Federal do Paraná, Brasil

**Américo Bedê Freire Jr.**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Ana Paula Vieira de Carvalho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**André Ricardo Cruz Fontes**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Artur de Brito Gueiros de Souza**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Augusto Guilherme Diefenthaler**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

**Caio Márcio Gutterres Taranto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carmem Tiburcio**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Celso de Albuquerque Silva**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmiento**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Eugênio Rosa de Araújo**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Guilherme Couto de Castro**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Gustavo Sampaio Telles Ferreira**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Helena Elias Pinto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Jane Reis Gonçalves Pereira**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Leonardo Greco**, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

---

---

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Firly Nascimento Filho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Flávio de Oliveira Lucas**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Luís Greco**, Universidade da Alemanha, Alemanha

**Luiz Antonio Soares**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Marcus Abraham**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Marcus Lívio Gomes**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Nadia de Araújo**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Paulo Freitas Ribeiro**, Advogado, Brasil

**Pedro Marcos Nunes Barbosa**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

**Poul Erik Dyrlund**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Reis Friede**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Rodolfo Kronenberg Hartmann**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Rodrigo de Souza Costa**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Rogério Dutra dos Santos**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Sérgio D'Andrea Ferreira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Silvana Batini César Góes**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Theophilo Antonio Miguel Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

---

---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente**

Desembargador Federal REIS FRIEDE

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

### **Corregedor-Geral**

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

### **Membros**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

---



---

## SUMÁRIO

---

AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS, PODER E JUSTIÇA DOS POVOS DO ORIENTE PRÓXIMO ANTIGO: EGÍPCIOS, MESOPOTÂMICOS E HEBREUS.....	11
Albertina Maria Anastácio	
A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS .....	41
Alexandre Chini e Felipe Borring Rocha	
MARCO CIVIL DA INTERNET - NEUTRALIDADE DE REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	53
Alexandre Pontieri	
LINEAMENTOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	79
André R. C. Fontes	
ATO PROCESSUALIZADO E AÇÃO ANULATÓRIA (ART. 966, §4º, CPC).....	83
Cássio Benvenuto de Castro	
RIO SOB INTERVENÇÃO FEDERAL: “ARRANJO INSTITUCIONAL” PARA GARANTIR LEI E ORDEM? .....	117
Cesar Caldeira	
EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO: CRÍTICAS À RESTRITIVIDADE DA LEI BRASILEIRA, HISTORICIDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	147
Eduardo J. Guedes Magrani	
ESTUDO E MONITORAMENTO DO SISTEMA DE COTAS EM GOIÁS. DISCURSO PROTECIONISMO A UM GRUPO MINORITÁRIO.....	199
Eumar Evangelista de Menezes Júnior, Rildo Mourão Ferreira, Wanderson Ribeiro dos Santos e Tiago de Araújo Montalvão	
O MOVIMENTO SANITARISTA NO BRASIL E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE .....	221
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
A RESPONSABILIDADE MÉDICA PELAS CONSEQÜÊNCIAS DA RECUSA DE TRANSFUÇÕES SANGUÍNEAS POR ADEPTOS DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ .....	239
Heberth de Jesus Sales Rego	

DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE – SEGUNDA PARTE.....	263
José Alfredo dos Santos Júnior	
O “FRETE DE UNIFORMIZAÇÃO DE PREÇOS DE ÁLCOOL” NÃO É ISENÇÃO FISCAL.....	307
Leonardo de Medeiros Fernandes e Rodrigo Tomiello Silva	
PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE ADVOGADOS, MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA LEI Nº 10.826/2003 .....	321
Luiz Iatagan Cavalcante Rocha	
RESSIGNIFICAÇÃO DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO INPI NAS AÇÕES DE NULIDADE: UM LITISCONORTE DINÂMICO. NECESSIDADE DE AFETAÇÃO DO TEMA PELO STJ.....	333
Marcelo Mazzola e Nathalia Ribeiro	
INCENTIVOS, DESINCENTIVOS E EXTENSÃO DO PRAZO DE PATENTES. ....	357
Paula A. Forgioni	
AS FUNÇÕES DECLARADAS E REAIS DA PENA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	377
Rayssa Gonçalves de Paula Silva	
CLÁSSICAS DICOTOMIAS DO DIREITO.....	395
Reis Friede	
ENFRENTANDO O PODER PUNITIVO: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	409
Renata Saggiaro Davis	

---

# AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS, PODER E JUSTIÇA DOS POVOS DO ORIENTE PRÓXIMO ANTIGO: EGÍPCIOS, MESOPOTÂMICOS E HEBREUS<sup>1</sup>

---

*Albertina Maria Anastácio<sup>2</sup>*

**Resumo:** O estudo da história do direito tem por escopo analisar a formação do direito hodierno, avaliando o seu desenvolvimento, através da observação, de como os elementos culturais, étnicos e políticos, dentre outros fatores, influenciam nesse processo. Esse estudo histórico ocorre tanto sob o *aspecto temporal*, em que se considera a evolução do direito de um país ao longo do tempo, quanto *espacial*, verificando num determinado momento, os diversos direitos existentes no plano internacional. No tocante aos direitos da Antiguidade, o mundo, até cerca de um século atrás, só conhecia os direitos hebraico, grego e romano. Os trabalhos de escavações arqueológicas contribuíram para a humanidade, à medida que tiveram êxito ao encontrar documentos importantes da época relativa à Antiguidade, de um lado, no Egito; e de outro, na Mesopotâmia, o que viabilizou a reconstrução do direito egípcio e mesopotâmico, como também, foi possível fazer uma “releitura” dos direitos cuneiformes, que perfazem o conjunto dos direitos da maioria dos povos da Antiguidade, no Oriente Próximo. Nesse diapasão, tornou-se possível comprovar que a história do direito não se iniciou em Roma, com as XII Tábuas; o seu nascedouro é numa época ainda mais remota das sociedades. O presente trabalho tem por objeto, a análise dos direitos de três Civilizações: egípcia, mesopotâmica e hebraica.

---

<sup>1</sup> Ideias apresentadas no II Seminário Internacional de História e Direito (UFF/RJ), 2012.

<sup>2</sup> Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Cumpra esclarecer que esses direitos da Antiguidade por se encontrarem numa fase inicial de evolução jurídica e não terem sido sistematizados como ordenamento jurídico, deixam de se enquadrar ao moderno significado de *Direitos*. Por outro lado, apresentam grande relevância para a temática, posto que, constituem-se nos primeiros degraus do desenvolvimento jurídico das sociedades, embora a influência da teocracia ter retardado o espírito crítico desses povos, tornando as suas leis inquestionáveis por muito tempo.

**Palavras-chave:** História do Direito – Oriente Próximo - Egípcios, Mesopotâmicos e Hebreus

### **THE POLITICAL INSTITUTIONS, POWER AND JUSTICE OF THE PEOPLES OF THE ANCIENT NEAR EAST: EGYPTIANS, MESOPOTAMICS AND HEBREWS**

**Abstract:** The study of the history of law aims to analyze the formation of modern law, evaluating its development, through observation, of how cultural, ethnic and political elements, among other factors, influence in this process. This historical study occurs both in the temporal aspect, in which the evolution of the law of a country over time is considered, as well as of a spatial one, verifying in a determined moment, the diverse rights existing in the international plane. As for the rights of Antiquity, the world, until about a century ago, knew only the hebrew, greek, and roman rights. Archaeological excavations contributed to humanity as they succeeded in finding important documents of the time relating to Antiquity, on the one hand, in Egypt; and on the other, in Mesopotamia, which made possible the reconstruction of egyptian and mesopotamian law, as well as a "rereading" of the cuneiform rights, which make up the whole of the rights of the majority of ancient peoples in the Near East. In this passage, it became possible to prove that the history of law did not begin in Rome with the XII Tables; its origin is in an even more remote era of societies. The present work aims at the analysis of the rights of three Civilizations: egyptian, mesopotamian and hebrew. It should be clarified that these rights of Antiquity because they are at an early stage of legal evolution and have not been systematized as a legal order, no longer fit the modern meaning of Rights. On the other hand, they are of great relevance to the subject, since they constitute the first steps in the legal development of societies, although the influence of the theocracy has retarded the critical spirit of these peoples, making their laws unquestionable for a long time.

**Keywords:** History of Law - Near East - Egyptians, Mesopotamians and Hebrews

*“Não se conhece completamente uma Ciência enquanto não se souber da sua história.”  
(Auguste Comte)*

## 1. INTRODUÇÃO

Até cerca de um século atrás, os direitos da Antiguidade só eram conhecidos pelos hebreus, gregos e romanos. Somente com a ajuda da Arqueologia esse panorama mudou, posto que, recentemente foram encontrados em seus trabalhos de escavações, documentos que comprovam a existência da época relativa à Antiguidade, podendo reescrever a história dos direitos cuneiformes, no Oriente Próximo. Isto porque de forma concreta, foi possível deslocar o nascedouro do direito, de Roma, com as XII Tábuas, para uma época ainda mais remota, a dos primórdios das sociedades.

A história do direito tem o condão de auxiliar a compreensão do desenvolvimento do direito hodierno. No intuito de melhor aprimoramento do estudo, convém sopesar o direito de diversas civilizações, ultrapassando as fronteiras demarcatórias dos países. Mesmo porque quando se estudam as fontes de direito, importa ir além de suas fontes históricas, através da análise de seus elementos de formação. É preciso observar os fatores que contribuíram para a gênese do direito, além das fontes jurídicas formais.

Segundo alguns estudiosos como Auguste Comte, Charles Darwin e outros nomes, as origens do direito estão embasadas na passagem necessária de alguns sistemas: uniões de grupos, o matriarcado, o patriarcado, o clã e a tribo, teorias lembradas por GILISSEN (2011), conforme se observa:

*“No decurso de século XIX, sob a influência das teorias de Auguste Comte, de Charles Darwin, de L. H. Morgan, de F. Engels e de outros, os etnólogos construíram um sistema aparentemente lógico para explicar as origens do direito por uma evolução progressiva passando necessariamente pelas uniões de grupos, o matriarcado, o patriarcado, o clã, a tribo.*

*[...]*

*Este esquema é demasiadamente simples e demasiadamente lógico para ser verdadeiro. Os dados fornecidos pela etnologia jurídica não permitem confirmar a tese evolucionista; não se encontraram sociedades primitivas nas quais os diversos estádios tivessem existido. Além disso, não é de modo algum certo que o patriarcado tenha sucedido ao matriarcado; a própria existência de um regime matriarcal foi posta em dúvida. [...]*

*(Gilissen, 2011, p. 38)*

Assim, embora exista a controvérsia sobre alguns temas, o presente trabalho busca trazer à baila, alguns elementos pontuais relativos às Instituições Políticas, Poder e Justiça de três Civilizações: egípcia, mesopotâmica e hebraica, do Oriente Próximo Antigo.

## **2. AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS, PODER E JUSTIÇA DOS POVOS DO ORIENTE PRÓXIMO ANTIGO: EGÍPCIOS, MESOPOTÂMICOS E HEBREUS**

Inicialmente, cumpre analisar alguns fatores históricos que provocaram mudanças fundamentais nessas sociedades, além de ser apresentado um panorama econômico-político e mesmo geográfico, paralelamente à descrição do direito dessas Civilizações e as instituições que lhe deram aplicação.

### **2.1 EGITO**

A geografia do Egito é limitada pelo Mediterrâneo, ao norte; pelo Sudão ao sul; pela Líbia, a oeste e pelo Mar Vermelho, a leste. O Egito é percorrido pelo Nilo e a leste e a oeste do Nilo, encontra-se o deserto de Saara. Por ser uma Região “aberta”, isto é cercado por mares cataratas e apresentar deserto, o Egito sempre foi o palco de operações de grandes lutas, centralizou o poder político e buscou isolar a Nação.

#### **2.1.1 Períodos**

É preciso esclarecer que as trinta e uma dinastias egípcias são verificadas em sete grandes períodos, sendo que o oitavo começa a se observar a decadência egípcia, que após a restauração saíta, houve duas dominações persas, antes da conquista de Alexandre, pelo que se verifica, a seguir:

**Quadro 1: As Dinastias do Egito**

<b>AS DINASTIAS DO EGITO</b>		
<b>I. ÉPOCA PRÉ-TIRITA E TIRITA</b>	de 3.000 a 2.780 a.C.	1ª e 2ª dinastias
<b>II. ANTIGO IMPÉRIO</b>	de 2.780 a 2.400 a.C.	3ª a 5ª dinastias
<b>III. 1º PERÍODO INTERMEDIÁRIO</b>	de 2.400 a 2.065 a.C.	6ª a 11ª dinastias
<b>IV. MÉDIO IMPÉRIO</b>	de 2.065 a 1.785 a.C.	11ª a 12ª dinastias
<b>V. 2º IMPÉRIO INTERMEDIÁRIO</b>	de 1.785 a 1.580 a.C.	13ª a 17ª dinastias
<b>VI. NOVO IMPÉRIO</b>	de 1580 a 1200 a.C.	18ª a 20ª dinastias
<b>VII. BAIXA ÉPOCA</b>		21ª a 31ª dinastias
<b>Decadência, de 1.200 a 333</b>		
<b>Restauração Saíta, de 663 a 525</b>		
<b>1ª dominação Persa, de 525 a 404</b>		
<b>2ª dominação Persa, de 341 a 333</b>		
<b>Conquista de Alexandre, 332</b>		

Fonte: Elaboração própria.

Alexandre Magno, o Grande, em 332 a.C., ao conquistar o Egito do domínio do Império Persa Aquemênida, foi considerado pelo povo egípcio, um libertador. Assim, os sacerdotes egípcios o coroaram como faraó, o que os historiadores acreditam ter sido em Mênfis, no mesmo ano. Alexandre ficou por seis meses no Egito para estabelecer a sua administração.

No ano de 331 a.C, Alexandre fundou a Cidade de Alexandria, como modelo de Cidade grega, na região ocidental do Delta do Nilo. Alexandria se tornou no centro cultural e econômico do Mediterrâneo Oriental além de ser a nova Capital do Egito. Naquele ano, Alexandre foi a Índia e destruiu o Império Aquemênida, e à volta, veio a falecer na Babilônia em 323 a.C., com 33 anos de idade. Após a sua morte, o seu filho o sucedeu, mas teve dificuldades em sua administração, provocando assim, a divisão de seu Império entre os seus generais, sendo que um deles, chamado Ptolemeu iniciou a dinastia ptolemaica, em 305 a.C., tornando-se rei.

### **2.1.2 Organização Política**

A ideologia egípcia considerava o faraó como um deus, na pessoa de um homem. Sendo assim, o monarca é deus, encarnando *Horus* (deus falcão) e o direito é inspirado ao faraó pelo próprio Deus.

O faraó, por ser o chefe político do Egito, garantia a ordem, a soberania do Estado e a prosperidade do povo egípcio. Nas 3ª e 4ª dinastias, existia o culto do sol Rá, em Heliópolis. A pureza do sangue do faraó consistia em poder absoluto, por isso, ele se casava com a irmã. Nessa época, acreditava-se na teogamia, pois o herdeiro nascia como fruto da mãe com Deus.

A teocracia é a forma de governo em que a autoridade é provinda dos deuses ou de Deus e é exercida pelos seus representantes. O Egito era um Estado teocrático. O faraó era o único sacerdote, sendo formada uma oligarquia especializada nas cerimônias do culto, apoderando-se de templos e terras. É cediço que a oligarquia é um Governo de poucas pessoas, pertencentes ao mesmo partido, classe ou família.

### **2.1.3 Sacerdócio**

Os sacerdotes eram escolhidos dentre os intelectuais. Assim, numa família, poderia haver um filho que seguisse o sacerdócio, outro, que abraçasse a carreira administrativa (como por exemplo, a de escriba) e outro, a militar.

Muitos egípcios se consagravam a diversos deuses. Logo, a classe do clero se subdividia em tantas categorias fosse o número de deuses. A partir do novo Império egípcio (1570-950 a.C.), a rainha presidia o Colégio sacerdotal feminino consagrado ao deus dinástico Amon ou Karnak.

### **2.1.4 O Direito Privado e o Antigo Império**

O casamento era um princípio monogâmico, em regra. Isto porque no começo, só o faraó podia ter o privilégio da poligamia. Com o passar do tempo, a poligamia foi autorizada para os outros egípcios e era frequente nas classes ricas. No que diz respeito à mulher, o adultério era penalizado com a morte, mesmo o crime não ter sido cometido em flagrante.

O pátrio poder e o poder marital eram restritos.

Tanto os filhos, quanto à mulher gozavam de capacidade jurídica própria. Dessa forma, a mulher casada ou solteira podia contratar, depor como testemunha, estar em Juízo como autora ou ré. O nome da mãe antepunha-se ao do pai. Alguns historiadores acreditam que em algum momento egípcio, houve uma sociedade matriarcal que se mudou em patriarcal.

### 2.1.5 Escravidão

No Egito, não existiam provas da escravidão. Havia os prisioneiros de guerra, que realizavam trabalhos pesados, como por exemplo, nas minas, grandes construções e o que mais se ofereça. Na realidade, os escravos existiam de fato, mas não de direito.

### 2.1.6 Classes Sociais

No Antigo Império, as classes sociais eram 06 (seis), pelo que se pode observar a seguir:

**Quadro 2:** As Classes Sociais do Egito

AS CLASSES SOCIAIS DO EGITO		
<b>MEMBROS DA FAMÍLIA REAL</b>	O faraó só se casava com parentes próximos para não haver contaminação do sangue.	
<b>SACERDOTES</b>	Oriundos de intelectuais.	
<b>NOBRES</b>	Pertencentes a famílias nobres do Egito.	
<b>ESCRIBAS</b>	Classe de homens cultos, letrados, que ocupavam os mais altos cargos administrativos.	
<b>MERCADORES</b>	Realizavam a compra, a venda ou a troca de produtos com outros povos da Somália, Núbia e Síria, favorecendo a construção e barcos cargueiros grandes.	
<b>TRABALHADORES</b>	<b>ARTESÕES</b>	Trabalhadores junto aos estaleiros e às oficinas dos templos e a serviço do faraó.
	<b>LAVRADORES (Fellás)</b>	Agricultores que arrancavam a colheita da terra negra.
	<b>SERVOS</b>	Inexistiam escravos.

Fonte: Elaboração própria.

### 2.1.7 Religião

No início, acreditava-se na vida após a morte apenas em relação ao faraó, bem como à aristocracia. Durante o Novo Império (1570-950), de 18<sup>a</sup>. a 21<sup>a</sup>. dinastias, o privilégio da existência após a morte foi estendida às outras classes sociais egípcias, passando-se a crer na imortalidade pessoal e na igualdade perante Osíris, juiz dos mortos. Havia um livro sagrado chamado “Livro dos Mortos”, com textos contemplados pelo “Livro da Sabedoria”, de Amenemope. Albergaria apregoa os seguintes ensinamentos quanto ao Livro dos Mortos dos egípcios:

*“O Livro dos Mortos, elaborado na época do Império Novo (1580 a.C. e 1160 a.C.), retratado em vários papiros – o papiro Nu é um exemplo do Livro dos Mortos, contém algumas passagens elucidativas do sistema jurídico da época.*

*Dessa forma, o Livro dos Mortos, documento – papiro datado de aproximadamente três milênios e meio, contém a Confissão Negativa, na qual (a alma d’) o morto deveria apresentar-se para Osíris e ser julgado conforme fora o seu comportamento em vida presidido pela deusa da justiça, Maat”.*

*(ALBERGARIA, 2012, p. 49)*

A igualdade religiosa refletiu no plano jurídico. Dessa forma, a elite se impunha a todos os egípcios, deixando de existir tanto os privilégios da nobreza quanto a situação de quase servidão dos arrendatários de terras. Quando uma dinastia terminava, cabiam aos sacerdotes elegeram a nova. Os sacerdotes influenciavam o faraó e o Governo, interferiam na vida das famílias através do casamento e acumulavam muitas riquezas.

### 2.1.8 A Justiça e os Sacerdotes

Primeiro, a justiça foi administrada pelo faraó. Depois, surgiu um Órgão Colegiado, um grande Tribunal Superior, composto de trinta sacerdotes, representando as Cidades mais importantes: Tebas, Memphis e Heliópolis. O procedimento jurídico era sempre escrito e as decisões do Tribunal nunca eram motivadas. Havia os juízes de (primeira) instância inferior, que se chamavam crematistas, pelos gregos.

Pedrosa reproduz as palavras dos faraós, por ocasião da nomeação do responsável pela Justiça, pelo que se pode observar adiante:

*“Ao nomear o responsável pela justiça, o Faraó usava a seguinte exortação: “O deus abdomina as demonstrações de parcialidade. São estas, portanto, as tuas instruções: Olharás para quem conhecer do mesmo modo que para quem não conheces, para aquele que está perto de ti, como para aquele que está distante da tua casa... Não evites qualquer suplicante. Tu o punirás depois que lhe tiveres mostrado porque o punes. Não te enfureças injustamente com um homem. Rapara que se um homem faz alarde, vezes sem conta, do medo dele é porque há alguma violência nele. Repara que um homem deve continuar no seu cargo enquanto fizer as coisas de acordo com o que lhe é dado.”*

*(PEDROSA, 2010, p. 94)*

### 2.1.9 Os Escribas

Os escribas eram homens cultos que se tornaram assessores do faraó, ocupando os cargos mais altos administrativos; moravam no palácio e possuíam privilégios, considerando a própria influência e a fidelidade no exercício de suas funções. Os escribas são os verdadeiros senhores do Egito faraônico. Dentre as suas competências, eles relatavam as guerras, arrecadavam os impostos, registravam os bens do faraó, dentre outras.

Os historiadores acreditam que os notários são oriundos dos escribas, embora eles não tivessem fé pública, como os notários hoje. Para um documento, do escriba, ter valor probatório, era necessário que o mesmo fosse assinado por uma autoridade suprema. O seu cargo era hereditário. Mas, no Egito não havia castas. Assim, qualquer egípcio, por meio de estudos e esforços poderia se tornar um escriba.

### 2.1.10 Carreira Militar

Os postos do alto comando eram ocupados pelos filhos de famílias da elite. Os soldados dificilmente conseguem atingir esses postos. Os oficiais eram quase sempre filhos de famílias a serviço do faraó e recebiam condecorações, recompensas, presentes do faraó, promoções rápidas e participavam dos despojos da guerra. Quando os oficiais passavam à reserva, seja por doença ou idade, recebiam terras boas.

### **2.1.11 Administração Central**

No Palácio, havia os conselheiros e os altos funcionários. Os ministros apenas executavam as ordens do faraó, por isso, eram considerados em alguns textos como “boca”, “olhos”, “língua” e “ouvidos” do rei. Todos são demitidos *ad nutum*, com exceção do vizir, que sempre era filho ou neto do faraó. O vizir garantia a arrecadação dos tributos.

### **2.1.12 Administrações Locais**

A administração central do Egito era realizada pelo faraó. Às vezes, o cargo de vizir era desdobrado. Durante o Novo Império, houve um vice-rei da Núbia. O Egito tinha problemas, tais como, as distâncias, inundações do Nilo, falta de estradas, dentre outras situações. Surgiram, então, as unidades administrativas locais chamadas de Nomos. Cada aldeia tinha um magistrado, análogo ao prefeito atual. Existiam também os Conselhos de camponeses, artesões e sacerdotes, exercendo funções fiscais, judiciárias e notariais. Todos eram escolhidos pelos representantes do faraó.

### **2.1.13 Sociedade Egípcia**

O casamento entre primos e entre tios e sobrinhas eram frequentes, como também, entre irmãos. A maioria para os homens começava aos vinte anos e para as mulheres, aos quatorze anos.

De acordo com os costumes egípcios, os homens fiavam e as mulheres comerciavam. As mulheres tinham acesso à política, podendo, inclusive, se tornar rainhas. Não obstante a mulher poder ser proprietária, o homem era o chefe da família e exercia o pátrio poder. Dessa forma, as heranças se partilhavam em linha masculina.

Como os bens podiam estar em nome das mulheres, surgiu a convenção dos contratos pré-nupciais, no intuito de transferir o patrimônio do varão, em favor da mulher, fraudando, assim, os seus credores. Nesse sentido, criou-se uma espécie de registro de imóveis para que as alienações fossem públicas, passando os credores a ter conhecimento das mesmas.

#### **2.1.14 Contratos**

Os egípcios só aceitavam a prova dos contratos por escrito. Primeiro, os egípcios apenas redigiam um contrato escrito. Depois, surgiu o escriba, que redigia o texto e o assinava, mas não tinha fé pública. Para o documento valer como prova, era preciso que uma autoridade superior o assinasse. Numa fase posterior, os juízes tinham a livre convicção, quanto à apreciação das provas.

#### **2.1.15 Codificação do Direito**

Os egípcios tiveram como legisladores, Ramsés II e Bocchoris, mas a falta de documentação prejudicou a evolução do direito. Não foi encontrada nenhuma compilação jurídica. No segundo milênio a.C., os historiadores defendem a existência de um Código de Processo. O faraó Bocchoris teria, inclusive, consolidado as leis comerciais.

#### **2.1.16 Direito Internacional**

Houve tratados com os hititas, especialmente o de 1280 a.C., celebrado entre o faraó Ramsés II e o rei Hattusil III, consignando entre os seus povos a paz perpétua e a aliança defensiva contra os assírios.

#### **2.1.17 Direito Penal**

O direito penal egípcio adotou como penas: chicotadas, abandono dos delinquentes aos crocodilos, trabalhos forçados e mutilações.

#### **2.1.18 “Lei dos Ladrões”**

Havia uma espécie de sindicato dos ladrões. A vítima de um furto se dirigia ao chefe desse sindicato, que devolvia o objeto furtado, mediante o pagamento de um quarto de seu valor. Isto porque, para a visão egípcia, era impossível extinguir o furto.

### **2.2 MESOPOTÂMIA**

O termo “Mesopotâmia” significa “entre rios”. Trata-se da região localizada entre os rios Tigre e o Eufrates, composta por uma longa planície, semelhante a uma lua crescente de cabeça para baixo, cuja parte superior chamou-se Mesopotâmia

e a inferior, Caldeia. A parte norte da Mesopotâmia, chamada de Alta, é uma montanha e foi habitada pelos acadianos, enquanto que a Baixa Mesopotâmia é quase inteiramente plana e se situa bem próxima ao Golfo Pérsico, tendo sido habitada pelos sumerianos. Esta região é hoje onde se situa o Iraque, uma parte do Irã e parte de seus vizinhos. A Capital da Mesopotâmia era a Babilônia, considerada a Cidade mais maravilhosa do Oriente.

### **2.2.1 Aspectos Gerais**

A história aponta diversas inovações atribuída a essa região, podendo citar como exemplos, a criação das primeiras escolas; dos tijolos; da ideia de Estado e Governo; divisão das horas, minutos e os segundos em sessenta, dentre outras criações. Mas, a maior invenção foi a escrita, denominada de “Cuneiforme”, obra dos sumerianos, caracterizada por símbolos, impressos em argila úmida, ou, raramente, em pedra.

A Mesopotâmia tinha uma economia eminentemente agrícola. As suas cidades se tornaram independentes, cada uma delas formando um Estado, sendo também conhecidas como cidades-reinos, tais como: Babilônia, Ur, Nínive, Susa, dentre outras. Inexistiam nessas regiões, riquezas minerais; o que gerava uma dependência econômica das importações, favorecendo assim, a navegação fluvial e o desenvolvimento do comércio entre as cidades-reinos.

Havia a “Assembleia de Antigos” e a dos “Homens da Cidade”, que eram consultados para os assuntos mais graves, principalmente sobre as guerras.

### **2.2.2 Aspectos Históricos**

O soberano mais importante da Mesopotâmia foi o rei Hammurabi, que era um grande guerreiro, administrador e autor do primeiro código, tendo unificado a Mesopotâmia, celebrando a paz entre os sumérios e os semitas. Ele era considerado o representante de Deus aqui na terra e o seu senso de justiça era reconhecido por todos. Hammurabi implantou o direito e a ordem, transformando-se num dos maiores soberanos do Oriente Antigo.

CASTRO (2005) comenta os resultados das escavações arqueológicas, no que tange ao código de Hammurabi, que tem sido considerado o documento jurídico mais importante do mundo antigo.

*“No final de 1901 e início de 1902 d. C. uma expedição arqueológica*

*francesa encontrou uma estela (ou pedra) de diorito negro de 2,25 m de altura contendo um conjunto de leis com 282 artigos, postos de maneira organizada, ao qual chamamos hoje de Código de Hammurabi por ter sido feita a mando do Rei Hammurabi que reinou na Babilônia entre 1792 a 1750 a. C.<sup>3</sup>”*

(CASTRO, 2005, P.12)

A Babilônia dura até a invasão dos hititas, em 1500 a.C. Importa lembrar que, em 1150 a.C., a Babilônia foi dominada pelos assírios. Com o passar dos tempos, os assírios foram esmagados pelos babilônios aliados aos medos, povo do Irã.

Um dos seus reis mais famosos foi Nabucodonosor, que levou o Império da Babilônia a reviver os seus dias de glória, no século VI. Mas em 539 a.C., aparece Ciro, rei dos persas, que destruiu completamente a Babilônia.

### 2.2.3 Clero e Templos

Na Mesopotâmia, há nítida separação entre o clero e a realeza. Mesmo assim, tal qual no Egito, os templos gozavam de privilégios, concedidos pelos reis. Os primeiros povos da Mesopotâmia tinham como chefe religioso e militar, o Patesi (2300 a.C.).

### 2.2.4 Economia

O comércio utilizava os rios para os barcos e as trilhas para os camelos, asnos e mulas (os cavalos só apareceram mais tarde, na Babilônia, pelos Kassitas).

O rei intervinha na vida econômica da Mesopotâmia, com presença marcante.

A moeda, em época suméria, era a cevada. Mas, devido ao grande comércio desenvolvido na Mesopotâmia, houve necessidade de uma moeda menos volumosa, uma moeda metálica: a prata. Assim, a cevada continuava sendo a moeda utilizada no campo, como por exemplo, para pagar a locação de animais. Em certos casos, a lei previa o pagamento pela moeda metálica (prata). No período babilônico antigo, quando o pagamento era realizado com a prata, era preciso pesá-la para saber a sua equivalência monetária, em cada negócio. Mais tarde, no reinado de Nabucodonosor, rei que construiu os jardins suspensos da Babilônia, uma das maravilhas do mundo, adotou-se como costume, um lingote de prata com determinado peso, que apresentava a figura do rei, carimbada,

---

<sup>3</sup> A pedra (ou Estela) pode ser vista hoje em dia no Museu do Louvre, em Paris.

concedendo assim, autenticidade à moeda, além da fixação do valor monetário, tornando-se desnecessária a pesagem.

### **2.2.5 Justiça**

No começo, a Justiça era exercida pelos sacerdotes. No reino de Hammurabi, havia juizes dos templos e juizes de jurisdição leiga (civil), mas esta jurisdição leiga prevaleceu a dos sacerdotes, que eram competentes para receber declarações sob juramentos. A justiça leiga organizava a instância e elaborava as sentenças; sendo composta por juizes profissionais, governadores, prefeitos das Cidades e pelas Assembleias de notáveis.

As provas processuais eram bem desenvolvidas, a exemplo do Egito, apresentando diversos tipos: depoimentos, juramentos, ordálios etc. O ordálio ou ordália era uma espécie de prova judiciária dolorosa, através dos elementos da natureza, em que o resultado era interpretado como um juízo de Deus. Isto porque se a prova não causasse ferimentos, provava a inocência do acusado, devido à uma proteção divina. Inexistia, nos documentos cuneiformes, qualquer referência à tortura, nem mesmo aos escravos, como era feito na Grécia e em Roma. Mesmo assim, o sistema penal do Código de Hammurabi era rigoroso. A pena de morte era prevista trinta e quatro vezes, podendo ser executada por afogação ou empalação. O princípio de Talião continuava vigorando em alguns casos e as mutilações eram muito frequentes, seja pelo corte de membros ou pelo vazamento dos olhos, aplicáveis até para crimes menos graves. O Código de Hammurabi previa ainda, a pena pecuniária, fixando o valor exato, ao invés do juiz fixá-lo; terminando com o regime das composições voluntárias. No referido texto, não havia penas de trabalhos forçados (muito utilizadas no direito assírio), bem como, a de prisão.

O Código de Hammurabi desenvolveu uma política de aplicação da boa justiça, de tal forma que as sentenças parciais eram anuladas e o juiz era condenado a pagar doze vezes o valor do litígio.

### **2.2.6 Textos Legislativos**

Na Mesopotâmia, existia um conjunto de textos legislativos, a saber:

#### **2.2.6.1 Código de Urukagina ou Uruinimgina (2350 a.C.)**

Trata-se dos primeiros registros de codificação das normas jurídicas, mas nunca foram encontrados.

#### **2.2.6.2 Código de Ur-Nammu (2112 a 2095 a.C.)**

Ur-Nammu foi o primeiro rei e fundador da III dinastia da cidade-reino de Ur, na Suméria. Ele construiu fortificações, canais de rega, obras de embelezamento e promulgou o primeiro código surgido na Mesopotâmia. Não se tratava exatamente de um código de regras, mas um texto jurisprudencial, de sentenças sobre fuga de escravos, falso testemunho e adultério, com penas de multas, em sua maioria. Esse “código” estabilizou a equidade, banindo a violência, à medida que aplicou penas pecuniárias, em substituição às penas de Talião. Em 1952, foi descoberto o principal artefato, na forma de uma placa de argila 10 cm por 20 cm, tendo sido encontrados outros fragmentos desse “código”.

#### **2.2.6.3 Código de Lipit-Ishtar (1934 a 1924 a.C.)**

Lipit-Ishtar ou Lipt-Eshtar foi o quinto rei da primeira dinastia da cidade de Isin, tendo implantado o direito na Suméria e na Caldeia. Ele tinha grande habilidade legislativa e o seu código era composto de trinta e sete dispositivos sobre vários assuntos, precedendo o código de Hammurabi, cerca de duzentos anos. É considerado o segundo código mais antigo.

#### **2.2.6.4 Leis de Eshnunna (1815 a 1780 a.C.)**

As leis de Eshnunna eram compilações de textos, a partir de duas placas de argila, duplicadas, encontradas em Tell Harmal, ao sul de Bagdá (Iraque), nos anos de 1945 e 1947. “Eshnunna” significa em sumério, “templo do príncipe”. As leis de Eshnunna se constituem em duas tábuas cuneiformes descobertas nas escavações de Tell Harmal e que hoje, encontram-se no Museu do Iraque. O texto é composto em sessenta parágrafos, que começa com a partícula “se”. Não era um verdadeiro código, mas um conjunto de decisões em casos concretos, com ordem aleatória de temas.

#### **2.2.6.5 Leis Hititas (1600 a 1400 a.C.)**

Os hititas eram um povo oriundo da parte setentrional da Mesopotâmia, que conquistou uma grande parte da região, que hoje, é a Síria. Eles invadiram e conquistaram, por dois séculos, grande região do Império egípcio. Introduziram diversas técnicas de combate e domesticaram animais de grande porte. A ideia de uma prole numerosa era bem importante, porque somente uma grande comunidade poderia se defender do inimigo. A preocupação da multiplicação

era extensiva aos animais. Por isso, havia vários cultos de fertilidade, onde o aspecto sexual apresentava um caráter divino.

#### 2.2.6.6 Leis Assírias

As leis assírias estão agrupadas em três segmentos: o primeiro, nos anos de 1950-1870 a.C., sendo precedentes ao Código de Hammurabi; o segundo, relativo aos anos de 1450-1250 a.C. e o terceiro, cerca de 750-700 a.C. O direito assírio não se expandiu tanto como o da Babilônia e da Suméria, mas é mais severo que o próprio Código de Hammurabi.

#### 2.2.6.7 Leis Neobabilônicas (650 a.C.)

Os assírios dominavam a Babilônia, mas foram esmagados pelos babilônios, aliados aos medos, povo do Irã. O rei Nabucodonosor fez surgir uma Neobabilônia, que recuperou os seus dias de glória.

#### 2.2.7 Classes Sociais da Babilônia Hammurabiana

Na época do reinado de Hammurabi, havia na Babilônia, três classes sociais.

**Quadro 3:** As Classes Sociais da Babilônia Hammurabiana

CLASSES SOCIAIS DA BABILÔNIA HAMMURABIANA		
AWILUM	Proprietários	
	Camponeses	
	Artesões	
	Comerciantes	
MUSKÊNUM	Antigos escravos	
	Estrangeiros	
ESCRAVOS (WARDUM)	Prisioneiros de guerra	Quando os indivíduos eram pegos pelos inimigos, após a derrota.
	Hereditariedade	Por nascimento.
	Por dívidas	Quando o indivíduo penhorava o próprio corpo ou da sua família como garantia de uma dívida e não a pagava.

Fonte: Elaboração própria.

Essas classes sociais apresentam as seguintes características:

### 2.2.7.1 *Awilum*

Trata-se de homem livre seja pobre ou rico. Classe mais numerosa composta de proprietários, camponeses, artesões e comerciantes. Participavam da vida municipal, com assente no Colégio de Anciões (funções administrativa e judiciária); dirigiam a polícia local e geriam as finanças.

### 2.2.7.2 *Muskênum*

Termo originado do árabe, que significa “mesquinho”. Classe intermediária entre os livres e os escravos, formada por homens livres, mas eram pobres devidos às suas condições de opressão social, pois eram considerados como desclassificados, tais como os estrangeiros. São simples habitantes; mas são sujeitos de direito, podendo ter patrimônio, constituir família, dentre outros direitos.

### 2.2.7.3 *Escravos (Wardum)*

Os escravos compunham a minoria da população. Eles apresentavam a sua origem por hereditariedade ou por prisão de guerra ou dívidas. Os escravos eram considerados bens alienáveis, podendo ser vendidos, doados, alugados ou mesmo, eliminados. Os filhos de dois escravos também eram escravos. Mas, os filhos de mulher livre e escravo do palácio ou de muskênum eram livres.

Os babilônios concederam aos donos de escravos, amplos direitos, contudo não recusaram ao escravo a capacidade jurídica. Assim, ser escravo na Babilônia era bem diferente do que em Roma ou na Grécia. Mesmo porque, inexistia na Babilônia a tortura escravocrata, tão utilizada nessas Civilizações greco-romanas.

### 2.2.8 Aspectos Jurídicos do Código de Hammurabi

Na Mesopotâmia, havia diversos povos, de línguas, culturas e raças diferentes. Diante de tanta heterogeneidade, Hammurabi buscou a unificação, através da língua, religião e do direito. O acádio se tornou na língua oficial. No que diz respeito a este tema, GILISSEN (2011) esclarece o seguinte:

*“Apesar da grande diversidade étnica, estes povos desenvolveram civilizações aparentadas, cuja comunidade foi reforçada pela difusão da língua acádica como língua diplomática como língua culta.*

*Não há um direito cuneiforme único, mas um conjunto de sistemas jurídicos, de períodos e de regiões diferentes, apresentando uma certa unidade: direitos das diversas regiões da Suméria, da Acádia, da Babilônia, da Assíria, de Mitanni, de Urtu e também de centros mais próximos do Mediterrâneo, com Alalakh e Ugarit. Mais ao Norte, na Turquia atual, formou-se no 2º milênio o vasto reino dos Hititas.”*

*(GILISSEN, 2011, p. 58)*

Foi construído um panteão para os deuses. Hammurabi edificou toda a legislação precedente e reorganizou a Justiça. Mil anos após a sua criação, o código de Hammurabi ainda era aplicado na Babilônia e em Nínive. É preciso considerar alguns aspectos relevantes do direito mesopotâmico, a saber:

### **2.2.8.1 Direito Penal**

Cumpra analisar alguns temas do Direito Penal, concernentes à pena de Talião e aos crimes de estupro; roubo e receptação; adultério e falso testemunho.

#### **2.2.8.1.1 Pena de Talião**

O princípio da pena de Talião é a primeira forma que as Civilizações Antigas encontraram para estabelecer as penas para os crimes. Não se trata de uma lei, mas de um princípio, em que alguém deve sofrer como pena o mesmo sofrimento que provocou ao cometer o delito (“Se um *awilum* destruiu o olho de um outro *awilum*, destruirão seu olho”). Art. 196, Código de Hammurabi (CH)). Este princípio foi muito aplicado aos danos físicos, mas não aqueles referentes aos escravos, por serem considerados como propriedades, cabendo o ressarcimento material de seus danos.

#### **2.2.8.1.2 Estupro**

O estupro para virgens casadas (mulheres que embora tenham contrato de casamento ainda não coabitam com os maridos) não impunha nenhuma pena para a vítima, conforme redação do Art. 130, do CH.

#### **2.2.8.1.3 Roubo e Recepção**

O código de Hammurabi previa penalidade tanto para quem cometeu o crime de roubo, quanto para aquele que recebeu a mercadoria roubada (crime de receptação), nos termos dos Arts. 6º e 22, do CH.

#### **2.2.8.1.4 Adulterio**

O adultério era um crime praticado somente pelas mulheres, de acordo com o código de Hammurabi. Nessa época, o homem era considerado, no máximo, cúmplice, mas nunca adúltero. Mas se a mulher fosse solteira, o fato seria atípico, ou seja, não seria considerado criminoso. A pena para o adultério era a morte, na forma do Art. 129, do CH, mas o mesmo dispositivo previa o perdão concedido pelo marido.

#### **2.2.8.1.5 Falso Testemunho**

Na Antiguidade, a colheita de provas materiais era muito difícil, por isso, a prova testemunhal era muito importante; o que justificava uma pena severa para o crime de falso testemunho. O código de Hammurabi determinava que a pena dos processos que envolviam pagamento seria o valor de toda a condenação do processo; enquanto que nos processos de morte, a pena seria a de morte, nos termos dos Arts. 3º e 4º, do CH.

#### **2.2.8.2 Direito de Família**

No âmbito do Direito de Família, convém sopesar os seguintes institutos jurídicos: os esponsais, o casamento, divórcio e a adoção, a seguir:

##### **2.2.8.2.1 Esponsais**

Os esponsais eram um acordo formalizado entre o futuro marido ou de seus pais e os pais da futura esposa, acompanhado pelo pagamento de uma quantia certa. Os efeitos dos esponsais são muito limitados, não se podendo exigir a conclusão do contrato, como acontecia no direito romano.

##### **2.2.8.2.2 Casamento**

O casamento é, em princípio, monogâmico, mas o código, em comento, autorizava esposas secundárias, que se distinguiam da escrava doada ao marido, em virtude da esterilidade de sua esposa. Os filhos dessas esposas secundárias e as concubinas eram considerados legítimos, na ausência de filhos da primeira mulher. O casamento é um contrato de direito privado, entre o futuro marido e o pai da mulher, na presença de testemunhas que colocavam um selo, provando que a mulher é tomada por esposa. O contrato previa as liberdades, penas para as infidelidades

(mais severas em relação à mulher) e o repúdio, por parte de um dos cônjuges; além de acompanhar uma soma em dinheiro e a entrega da noiva ao marido. Caso não fosse entregue no momento da celebração, distinguir-se-ia “casamento ajustado” de “casamento consumado”. O regime era o de comunhão de bens.

#### **2.2.8.2.3 Divórcio**

O homem podia repudiar a esposa que se recusasse ou negligenciasse os seus deveres de esposa e dona-de-casa. Mas, tanto o homem quanto a mulher poderiam repudiar o seu cônjuge, sob a alegação de má conduta do outro. Caso o repúdio fosse por parte da mulher, esta deveria ter conduta ilibada, na forma do Art. 142, do CH.

#### **2.2.8.2.4 Adoção**

A adoção tinha que ser por escrito e exigia a efetiva entrega do filho. A adoção plena equiparava o filho adotivo à situação de filho legítimo do adotante, adquirindo os mesmos direitos sucessórios.

#### **2.2.8.3 Direito Sucessório**

A sucessão era feita na pessoa dos filhos como continuação da pessoa do pai e obrigação ao culto ao deus de seus ancestrais. O código de Hammurabi não previa a primogenitura (direito do filho mais velho em ficar com os bens), mas concedia ao filho mais velho o direito de escolher a sua parte, em primeiro lugar. As filhas de concubinas tinham direito apenas a um dote. Os filhos das escravas tão somente concorriam com os filhos legítimos, quanto à herança, caso fossem adotados pelo pai.

#### **2.2.8.4 Escravos (Direito Real)**

O código de Hammurabi limitou o tempo da escravidão por dívida, consoante disposição do Art. 117, do CH.

#### **2.2.8.5 Direito Processual**

A justiça leiga era mais importante do que a sacerdotal, na época de Hammurabi. Um juiz poderia ser um leigo, um sacerdote ou as forças da natureza, misturando o sagrado com o profano nos julgamentos.

#### **2.2.8.6 Direito do Trabalho**

O código de Hammurabi previa, em diversos dispositivos, regras sobre o trabalho, indicando o pagamento dos médicos, lavradores, pastores, tijoleiros e o que mais se ofereça, além de tratar do erro médico.

#### **2.2.8.7 Defesa do Consumidor**

Havia proteção ao consumidor em alguns dos dispositivos do Código de Hammurabi, como a redação dos Arts. 233 e 235, do CH.

### **2.3 PALESTINA**

Por volta do terceiro milênio a.C., vários povos semitas, oriundos, provavelmente da Mesopotâmia, atravessaram o rio Jordão e ocuparam uma região habitada por vários outros povos (filisteus, ammonistas, moabitas e edomitas), na costa do Mediterrâneo, chamada de Palestina (Canaã); lugar de passagem entre o Egito e a Mesopotâmia, apresentando de um lado, o Mar Mediterrâneo e de outro, o deserto. Por ser localizada às margens do Mar Mediterrâneo, possuía excelente posição geográfica, o que motivou diversas invasões. Após a II Grande Guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 14 de maio de 1948, dividiu a Palestina em duas regiões, criando o Estado de Israel.

#### **2.3.1 Aspectos Gerais**

Os semitas que chegaram a Canaã, considerados como invasores até 1200 d.C., foram chamados de hebreus, que significa “os do outro lado”; depois foram denominados de israelitas e a partir de 500 a.C., de judeus (origem: judeanos). Os hebreus rejeitaram o paganismo, inclusive o politeísmo, embora vivessem no Oriente Próximo e oriundos da Mesopotâmia. Mais tarde, no século VII DC, Maomé pregou o Islamismo aos árabes. Para os muçulmanos, o Profeta Maomé partiu para o céu, a cavalo, de um lugar, onde hoje foi construída a mesquita Al-Aqsa. Ambas as religiões conservaram a sua principal característica, ou seja, a crença em um só Deus. Jerusalém é a cidade-santa tanto para os judeus, quanto para os cristãos. Com a divisão da Palestina em dois Estados: um árabe e um israelita, os árabes palestinos, inconformados com a situação, continuaram lutando pela posse das suas terras. Mas, em 1967, o Estado de Israel ocupou os territórios árabes da Península do Sinai, a faixa de Gaza, o planalto de Golan e a Cisjordânia.

### 2.3.2 Aspectos Históricos

Os judeus escreveram o Antigo Testamento, que constitui a primeira parte da Bíblia, abrangendo desde a criação do mundo até a fase que antecede o nascimento de Jesus Cristo. A primeira parte do Antigo Testamento é chamada de Pentateuco, composta de cinco Livros: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. Quanto ao Pentateuco, WOLKMER (2011) faz os seguintes esclarecimentos:

*“Devido a Tanakh não ser um livro jurídico, embora trate de legislação, códigos e aplicação e leis, o estudo do direito hebraico consiste em um tipo de garimpagem ao longo de seus relatos, numa tentativa de reconstituição de um sistema jurídico em suas diferentes formas resultantes de transformações sociais e políticas ocorridas ao longo dos vinte séculos da história de Israel. Evidentemente, a fonte de informação mais importante da história legal de Israel é o Pentateuco ou Torah, porém vários códigos, leis e práticas relativas à administração da justiça estão incluídos na sequência das narrativas que se iniciam com a sociedade patriarcal dos tempos de Abrão e se estendem até o período pós-exílio em Babilônia. A reconstrução desse sistema jurídico ao longo de suas metamorfoses, é o grande desafio do pesquisador do direito hebraico.”*  
(WOLKMER, 2011, p. 59)

A Palestina foi ocupada pelos seguintes povos: persas, macedônios e romanos. Houve um cisma entre as dez tribos do norte e as duas do sul. A capital do reino de Israel é Samaria e a de Judá é Jerusalém. Em 722 a.C., a Samaria foi destruída por Sargão II, rei dos assírios e o povo de Israel foi levado para a Mesopotâmia. O reino de Judá, no sul, continuou, mas em 586 a.C., o rei Nabucodonosor II o destruiu, inclusive, Jerusalém e o templo construído por Salomão, deportando os israelitas para a Babilônia. Mas, Ciro, rei dos persas, em 539 a.C., conquistou a Mesopotâmia e libertou os israelitas que viviam escravizados para que voltassem para a sua terra (Israel e Judá). Jerusalém foi reconstruída, como também, o templo de Deus. A Judeia era, nessa época, um reino vassalo dos persas, tendo sido os persas e a Judeia dominados pelos gregos. A Judeia foi incluída na *pax romana*, em 63 a.C., mas em 70 d.C., Jerusalém foi destruída por Tito, imperador romano. Em 132 d.C., o imperador Adriano realizou uma grande repressão violenta, causando a diáspora (dispersão dos judeus no mundo).

### 2.3.3 Classes Sociais

Existiam três classes sociais: a alta, a média e a baixa. Os anciãos pertenciam à classe alta, face ao respeito e a notoriedade que eles tinham. Havia, ainda, os

estrangeiros livres, que tinham um tratamento diferenciado dos hebreus e os escravos. Os escravos, na Palestina, eram diferentes da Mesopotâmia. No Código de *Hammurabi*, o tempo da escravidão por dívidas é de três anos; na lei Mosaica, esse tempo é de seis anos. Os escravos podiam ter vários direitos: à liberdade, casar-se com uma escrava, converter-se ao judaísmo etc. Havia dois tipos de estrangeiros: os que tinham alguma ligação com alguma tribo de Israel (e por isso, tinham prerrogativas) e aqueles que eram isolados.

### 2.3.4 Economia

Quando os hebreus chegaram a Canaã, na época de Hammurabi, eles eram pastores. Mas, após a libertação do Egito, tornaram-se agricultores-pastores, dedicando-se ao pastoreio de ovelhas e cabras, ao plantio de uvas, trigos etc.

### 2.3.5 Aspectos Jurídicos da Lei Mosaica

Moisés é apontado como autor do Pentateuco, inclusive do Livro do Deuteronômio, das chamadas “Leis Mosaicas”. Em 586 a.C., Nabucodonosor II, rei da Babilônia, invadiu e destruiu o Reino de Judá e levou o povo hebreu para o cativeiro na Babilônia. Os hebreus desenvolveram, ao entrarem em contato com outros povos, o direito hebreu oral, ante a necessidade de afirmar os seus direitos, sujeito assim, a falhas quanto à cronologia. Cumpre analisar alguns aspectos desse direito hebreu:

#### 2.3.5.1 Direito Penal

O Direito Penal apresenta a seguinte classificação de delitos:

**Quadro 4:** Classificação dos Delitos

CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS				
DELITOS CONTRA A DIVINDADE	DELITOS PRATICADOS PELO HOMEM CONTRA O SEU SEMELHANTE	DELITOS CONTRA A HONESTIDADE	DELITOS CONTRA A PROSPERIDADE	DELITOS CONTRA A HONRA
Idolatria	Ofensa física e morais contra os pais	Adulterio = morte para ambos os adúlteros	Roubo = com violência Furto = sem violência	Falso testemunho

CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS				
DELITOS CONTRA A DIVINDADE	DELITOS PRATICADOS PELO HOMEM CONTRA O SEU SEMELHANTE	DELITOS CONTRA A HONESTIDADE	DELITOS CONTRA A PROSPERIDADE	DELITOS CONTRA A HONRA
Blasfêmia	Homicídio Voluntário: pena (duas testemunhas no mínimo) Involuntário: cidade de refúgio	Fornicação	Usura	Calúnia
Ausência de cerimônias religiosas (especialmente, o trabalho no sábado)	Infanticídio = punido como a morte	Sedução	Falsificação de pesos e medidas	
	Aborto voluntário	Violação		
	Lesões corporais não seguidas de morte = pena pecuniária indenizatória	Rapto		

Fonte: Elaboração própria

Ao analisar os delitos, convém realizar um estudo sobre as penas mosaicas, demonstradas no quadro adiante:

**Quadro 5:** Penas Mosaicas

PENAS MOSAICAS	
<b>PENA DE TALIÃO</b>	Consistia em limitar a vingança. Os hebreus reconheciam a legítima defesa e o homicídio involuntário. Daí, as Cidades-Refúgios.
<b>LAPIDAÇÃO</b>	Pena mais comum, para os crimes de blasfêmia, idolatria, adultério, incesto, outros. As primeiras pedras eram lançadas pelas testemunhas, e a outras pelo povo.
<b>PENA PELO FOGO</b>	Pena mais rara. Aplicável ao crime de fornicação praticado por filha de sacerdote.
<b>DECAPITAÇÃO</b>	Aplicada no tempo dos Juízes. Punição para crimes não previstos para a lapidação e o fogo.

PENAS MOSAICAS		
FLAGELAÇÃO	Para crimes mais leves. O Deuteronômio exige a presença do juiz.	
PRISÃO	PREVENTIVA	Para prevenir a fuga do acusado.
	OUTRA	Castigo imediato do inimigo.
INTERNAÇÃO (CIDADES-REFÚGIOS/ CIDADES DE ASILO)	Serviam de refúgio para aqueles que praticassem homicídio involuntário	
ANÁTEMA (EXCOMUNHÃO)	Para quem atentasse contra os princípios da religião. Era a morte civil do criminoso.	
COMPOSIÇÃO PECUNIÁRIA	Aplicável aos crimes de provocação de aborto e sedução.	

Fonte: Elaboração própria.

#### 2.3.5.1.1 Pena de Talião

Malgrado o princípio da pena de Talião ter sido aplicado no direito hebraico, a sua utilização foi mais branda do que entre outros povos.

#### 2.3.5.1.2 Lapidação

Lapidação é a morte por apedrejamento, prevista em alguns casos: idolatria, feitiçaria, rebeldia dos filhos e adultério.

#### 2.3.5.1.3 Adultério

No código de Hammurabi, a culpa maior pelo adultério é o da mulher casada; na lei mosaica, o crime de adultério pesa para os homens também.

#### 2.3.5.1.4 Homicídio

Na Antiguidade, aplicava-se o princípio da pena de Talião aos crimes de homicídios. Os hebreus excluía a pena para os homicídios involuntários.

#### 2.3.5.1.5 Estupro

Haveria pena de morte para o estupro, se ocorresse em um lugar onde a vítima poderia ter gritado sem que ninguém a ouvisse. Ocorreria apedrejamento do casal, caso ocorresse na cidade, pois a jovem poderia ter gritado e não o fez.

#### **2.3.5.1.6 Defloração**

Nos casos de flagrante em crime de defloração e a jovem não estivesse prometida, o homem entregaria ao pai da vítima cinquenta ciclos de prata, tomando a mesma como sua mulher.

#### **2.3.5.1.7 Individualidade das Penas**

Enquanto no Código de Hammurabi, o filho do construtor morre por causa da casa que o pai fez e que ao cair matou o filho do dono da casa; no direito hebreu, existe individualidade das penas.

#### **2.3.5.1.7 Pena pelo fogo**

A pena pelo fogo era aplicada em casos mais raros, como por exemplo, ao crime de fornicação praticado por filha de sacerdote.

#### **2.3.5.1.8 Cidade dos Refúgios**

Foram criadas cidades de refúgio ou cidades de asilo, como forma de abrigos para as pessoas com problemas, promovendo uma justiça pacífica.

### **2.3.5.2 Direito Civil**

Importa analisar alguns aspectos do Direito Civil, a seguir:

#### **2.3.5.2.1 Direito de Família**

O Direito de Família, na época Mosaica, apresenta grande relevância, observando-se a seguir alguns aspectos sobre o matrimônio, o divórcio e o concubinato:

##### **2.3.5.2.1.1 Matrimônio**

Inexiste, em hebraico, um sinônimo para o “matrimônio”. Não se tratava de assuntos religiosos ou civis, mas sim, de assunto entre duas famílias.

##### **2.3.5.2.1.2 Divórcio**

O divórcio era previsto em todas as Civilizações da Antiguidade; e na legislação mosaica, os homens tinham a prerrogativa da iniciativa.

#### **2.3.5.2.1.3 Concubinato**

O concubinato era normal, mas o livro do Levítico o proibia quando duas mulheres fossem irmãs.

#### **2.3.5.3 Direito das Coisas**

É mister refletir o direito das coisas, quanto aos escravos, por serem considerados propriedades, verificando-se ainda, a impenhorabilidade dos bens.

##### **2.3.5.3.1 Escravos**

Os hebreus não podiam comprar escravos hebreus. Os prisioneiros de guerra não israelitas eram vendidos como escravos em Gaza, Aço ou Tiro.

##### **2.3.5.3.2 Bens Impenhoráveis**

Era proibido penhorar os bens necessários à vida do hebreu.

##### **2.3.5.4 Direito de Sucessão**

Havia o direito da primogenitura, em que o filho mais velho era beneficiado com os bens, em detrimento dos demais, que só tinham direito a um dote.

##### **2.3.5.5 Direito Internacional**

A legislação mosaica apresentava diversos incisos sobre a guerra e a paz, estabelecendo igualdade de julgamento entre os nacionais e os estrangeiros.

##### **2.3.5.6 Direito Processual**

Os hebreus zelavam pelo processo justo, conforme palavras adiante:

###### **2.3.5.6.1 Imparcialidade nos Julgamentos**

A legislação hebraica determinava a obrigatoriedade da imparcialidade nos julgamentos, condenando o suborno e a corrupção de juízes.

#### **2.3.5.6.2 Processo**

Os hebreus buscavam não cometer injustiças, garantindo um julgamento com prévia investigação e não realizados pelas forças da natureza ou deuses.

#### **2.3.5.6.3 Testemunhas**

Na legislação mosaica, aplicava-se a pena taliana aos crimes de falso testemunho, apondo-se à falsa testemunha, a pena do acusado se fosse condenado.

#### **2.3.5.6 Direito Ambiental**

No livro do Deuteronômio, há previsão quanto aos cuidados com a fauna e a flora, o que denota um comportamento preservacionista.

#### **2.3.5.7 Direito do Consumidor**

O direito hebreu vedava a utilização errônea de pesos e medidas no comércio e o empréstimo com juros entre israelitas (aos estrangeiros, era permitido).

#### **2.3.5.8 Fraternidade**

Os hebreus apresentavam um direito fundado na religião, instituído por Deus. Assim, a caridade era prevista em lei.

## **CONCLUSÕES**

O estudo científico muitas vezes, analisa o caráter evolutivo do direito e das sociedades, sendo que os resultados irá depender da época e da sociedade analisada, observando-se os seus traços particulares a as suas características próprias; o que ressalta a relevância deste trabalho, pelos apontamentos das nuances jurídicas e sociológicas em seu contexto. O presente estudo buscou descrever os principais aspectos relativos à aplicação dos direitos, nas três Civilizações orientais da Antiguidade: Egito, Mesopotâmia e Palestina. Foram analisados alguns fatores históricos que provocaram mudanças fundamentais nessas sociedades, além de apresentar um panorama econômico, político e mesmo geográfico no tocante a esses povos, pela descrição do direito dessas Civilizações e as instituições que lhe davam aplicação.

Deve ser ressaltado que o direito das civilizações orientais da Antiguidade do Egito, Mesopotâmia e Palestina apresenta um único direito, com nuances

diversificadas, em função do diferencial de cada povo. O governo dessas sociedades era exercido por reis absolutos, em nome de Deus. A economia era agrária, havendo no ápice das classes sociais, uma camada de privilegiados, consistida pelo monarca, pelos sacerdotes, militares e o que mais se ofereça. Em contrapartida, observa-se uma segunda classe, composta por homens livres, embora pobres, devido às opressões sociais; e uma terceira, constituída pelos escravos, evidentemente.

O Egito não contribuiu com códigos ou outros documentos que comprovassem um direito sistematizado, mas foi a sociedade que rompeu com a idéias de solidariedade antiga - vivida até ali, pelos povos sem escrita-, desenvolvendo um sistema jurídico individualista, mormente da época da III à V dinastia (certa de 3.000 a 2.600 antes de Cristo) e o da XVIII dinastia (de 1500 a 1300 antes de Cristo), como ocorreu mais tarde com o direito romano clássico.

No que tange à Mesopotâmia, a primeira ideia de código de leis escritas se perfaz com o código de Hammurabi (cerca de 1694 a.C.), que se tornou no documento jurídico mais importante da Antiguidade. Observam-se três características em seu texto: *a teocracia*, sendo considerado Hammurabi o grande intermediário entre Deus e os homens; *a existência de um direito penal severo* e *a superioridade do homem*. Além desse código, existem ainda, o código de Ur-Nammu (cerca de 2.000 a.C.) e as leis de Eshnunna (cerca de 1930 a.C.), dentre outros.

Por sua vez, o direito hebreu está fundamentado na Bíblia, que embora se trate de um livro religioso, apresenta preceitos morais e jurídicos que foram seguidos na antiga Palestina, influenciando inclusive, o direito canônico e até mesmo, o direito muçulmano.

As descobertas arqueológicas além das publicações e traduções de diversos documentos vêm demonstrando o resgate da grandiosidade das civilizações egípcia e mesopotâmica, podendo se observar, por exemplo, que as primeiras regras jurídicas foram escritas na Mesopotâmia, ainda que jurisprudencial. Verifica-se ainda, que o direito hebreu vai contribuir ao processo jurídico principalmente com a gênese da acepção da cidadania, à medida que através da religião, estabelecia limites à governança e se preocupava com os ideais do povo.

A história antiga apresenta grande influência de diversas culturas, sendo que hoje, o Oriente Próximo é reconhecido como o nascedouro das sociedades e do direito. A Arqueologia, de forma multidisciplinar, vem corroborando para o processo de reconstrução da história do direito e das civilizações e por meio de técnicas, como a coleta e a escavação, utilizadas na obtenção de artefatos, fósseis, dentre outros, vem confirmando a grandiosidade dos povos antigos.

Pode ser afirmado, ainda, por oportuno, que o direito hebreu é a gênese da cidadania, à medida que através da religião, limites eram estabelecidos à governança e havia preocupações com o povo, sobretudo com as viúvas e os órfãos, lembrando que para esse povo, a maior pena seria morrer e não ir para o “Paraíso de Jeová”.

Ao realizar um traçado do passado, através do estudo dessas sociedades do Oriente Próximo Antigo, sob o enfoque de suas instituições políticas, poder e justiça desses povos, verifica-se o processo de transição desses modelos antigos de sociedade até a formação das primeiras Civilizações da Antiguidade, onde já se bastava mais a forma oral de se comunicar, surgindo assim, a escrita como o grande liame entre todas esses povos e suas culturas até os tempos hodiernos.

## REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: Evolução das Leis, Fatos e Pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- FRANÇA, Amilton de e ROCHA, Waldir Rodrigues. *A Justiça e o Direito na História da Filosofia e do Direito*. Leme (SP); Anhanguera Editora Jurídica, 2010.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- NASCIMENTO, Wálter do Nascimento. *Lições de História do Direito*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004.
- PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- PINHEIRO, Ralph Lopes. *História Resumida do Direito: Coleção Direito Resumido*. 10. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

---

# *A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS*

---

*Alexandre Chini*<sup>1</sup>

*Felippe Borring Rocha*<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho busca fazer uma análise sobre a controvérsia jurídica existente acerca da competência para o julgamento das reclamações por violação jurisprudencial (art. 988, II, III e IV, do Código de Processo Civil Brasileiro) impetradas em face de decisão proferida pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), decorrente da antinomia existente entre a determinação expressa na Resolução nº 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça e as regras constitucionais e legais. O objetivo do estudo é tentar construir uma reflexão sobre a questão e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça dentro do Sistema dos Juizados Especiais.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Juizados especiais cíveis. Competência. Reclamação.

**THE COMPETENCE FOR JUDGING THE CORRECTION IN FACE OF THE DECISIONS PRONOUNCED BY THE COURTS OF APPEALS OF THE CIVIL SMALL CLAIM COURTS**

---

<sup>1</sup> Pós-Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. Membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES e integrante da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro – TJRJ.

<sup>2</sup> Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2001). Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática, Sistema dos Juizados Especiais, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios. Membro do IAB e do IBDP. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**Abstract:** This work seeks to analyze the legal controversy regarding the competence to judge the corrections for case law's breach (article 988, II, III and IV, of the Brazilian Civil Procedure Code) proposed in the face of the decision handed down by the Courts of Appeals of the Civil Small Claim Courts (Act 9.099 of 1995), due to the antinomy existing between the determination expressed in the Resolution 3 of 2016 edited by the Superior's Justice Court and the constitutional e legal rules. The objective of the study is to try to construct a reflection on the question and indicate the best way to be followed, with a view to promoting access to justice taking in consider the Small Claim Courts System.

**Keywords:** Civil procedure law. Small claim courts. Competence. Correction.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre os meios típicos de impugnação das decisões judiciais, a reclamação sempre foi tratada no Brasil como um remédio “menor”, sem uma natureza jurídica muito clara ou um regulamento geral e sistemático. Esse quadro, no entanto, começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF, que previu que a reclamação seria o instrumento adequado para a preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF (art. 102, I, I) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 105, I, f). Posteriormente, este mesmo mecanismo foi estendido para o controle da aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2008) e para a observância da competência e da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, § 3º, introduzido pela EC nº 92/2016).

Desse modo, a importância da reclamação no sistema de controle dos atos judiciais foi se avolumando, assim como sua participação nas pautas dos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2008, dentre os 283.291 procedimentos em curso no STJ, apenas 128 eram reclamações. Em 2015, dos 373.534 procedimentos presentes em seu acervo ativo, o número de reclamações no STJ havia pulado para 6.352.<sup>3</sup> Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil – CPC dedicou um capítulo inteiro ao tema (Capítulo IX do Título I do Livro III da Parte Especial – arts. 988 a 993), visando não apenas unificar o instituto, mas também promovendo a sua sistematização, realçando o seu papel de garantidor da competência e da autoridade das decisões dos tribunais.

---

<sup>3</sup> Dados obtidos junto ao site do CNJ ([http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios)), onde estão expostos os relatórios das pesquisas realizadas sobre o Poder Judiciário brasileiro, desde 2004, reunidos em cadernos chamados Justiça em Números.

Dentre as regras presentes no CPC, merece destaque aquela que estabelece que a competência para julgamento da reclamação é do “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º). Apesar disso, logo após a entrada em vigor do Novo Código, no dia 7 de abril de 2016, o STJ editou a Resolução nº 3, que determinou que caberia às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ (art. 1º).<sup>4</sup>

O objetivo deste texto, portanto, é analisar a questão da competência para julgamento das reclamações por violação da jurisprudência do STJ interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais Cíveis e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça e à luz das diretrizes presentes na CF, no CPC e no Sistema dos Juizados Especiais.

## **2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Apesar do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.153/2009, que trata do Juizado Fazendário, colocar a questão de maneira restritiva,<sup>5</sup> a moderna doutrina aponta que o Sistema dos Juizados Especiais seria formado pela visão integrativa não apenas da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Estaduais) e da Lei nº 12.153/2009, mas também da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Federais). Esse Sistema seria pautado por um diálogo constante entre os três Diplomas, que formaria um estatuto comum.<sup>6</sup> Não obstante, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cada um dos modelos integrantes do Sistema dos Juizados deve se submeter às regras específicas dos procedimentos previstos nas suas respectivas

---

<sup>4</sup> O TJRJ editou o Aviso Conjunto nº 08/2016, tratando da distribuição de reclamação destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado pelas Turmas Recursais e a jurisprudência do STJ, dispondo que ficaria “determinado, em caráter excepcional e até que se estruture eventual órgão competente (Turmas de Uniformização) ao novo encargo, que a distribuição será feita às Seções Cíveis, em caráter precário, por serem os órgãos similares aos noticiados na Resolução STJ/GP nº 03 de 07 de abril de 2016, publicada em 08 de abril de 2016.”

<sup>5</sup> Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.153/2009: “O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3; ROCHA, Felipe Borring. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.

legislações, sobretudo no que toca à forma de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, tanto internamente, como em relação à jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse ponto, necessário sublinhar que a Lei nº 9.099/1995 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das Turmas Recursais,<sup>7</sup> nem de Uniformização de Jurisprudência<sup>8</sup> ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exatamente por isso, Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes<sup>9</sup> anotaram que:

*“É certo que a Lei n. 9.099/1995 não estabelece mecanismo de controle externo das decisões dos Juizados Especiais. (...). Essa posição não foi repetida na lei que instituiu os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). Com efeito, talvez por conta da experiência adquirida com o tempo, talvez por envolver interesses do Estado, essa lei previu mecanismos de controle das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão proferida pela turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização (art. 14). Semelhante sistemática foi também instituída no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por intermédio da Lei n. 12.153/2009, que previu mecanismos para uniformização de jurisprudência e previu a possibilidade de acesso ao STJ quando as decisões proferidas por Turmas de diferentes Estados contrariarem súmula do STJ ou derem à lei interpretações divergentes”*

Por certo, a falta dos mecanismos de uniformização presentes nos Juizados Federais e Fazendários dificulta sobremaneira o controle das divergências existentes entre as Turmas Recursais dos Estados, bem como a observância da jurisprudência e das sumulas do Superior Tribunal de Justiça, criando uma *“lacuna no sistema recursal brasileiro”*.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> A Lei nº 9.099/1995 previa, no seu art. 47, um recurso de divergência dirigido ao Tribunal de Justiça. Esse artigo, no entanto, foi vetado, para evitar que as causas processadas perante os Juizados Especiais pudessem desembocar na Justiça Ordinária.

<sup>8</sup> O Regimento Interno das Turmas Recursais do Rio de Janeiro (Resolução nº 05/2013 do TJRJ) prevê em seu art. 41 a criação de uma Turma de Uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, que será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde foi verificada a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

<sup>9</sup> A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 440.

<sup>10</sup> CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinicius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo

### 3. A RESOLUÇÃO Nº 12/2009 DO STJ

Na sessão do dia 26/08/2009, o Pleno do STF, conduzido pela Min. Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA, proferiu uma decisão que reconheceu a perplexidade causada pelo fato de o STJ não exercer controle sobre a interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ), especialmente após a edição da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevendo o pedido de Uniformização da Jurisprudência para aquela Corte (art. 14). Assim, o Pleno do STF determinou que, enquanto não fosse criada a Turma de Uniformização para os Juizados Especiais Estaduais (medida perseguida, dentre outros, pelo Projeto de Lei da Câmara nº 16/2007), o STJ teria competência para julgar as reclamações propostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, quando elas violassem a jurisprudência consolidada sobre a interpretação da lei federal existente naquela corte. Veja-se a ementa dessa decisão:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/01 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento*

judiciário e segurança jurídica. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

*da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional”.*

Assim, apesar de muitas resistências por parte dos ministros, a reclamação contra decisão de Turma Recursal Estadual foi regulada, no STJ, pela Resolução nº 12/2009. Desse modo, o STJ definiu que a reclamação seria cabível para dirimir divergência sobre direito material<sup>11</sup> entre acórdão<sup>12</sup> prolatado por Turma Recursal Estadual e a sua jurisprudência, consagrada em suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos. Essa Resolução vigiu até ser revogada, em 16/03/2016, pela Corte Especial do STJ, através da Emenda Regimental nº 22/2016, abrindo espaço para a edição da Resolução nº 3/2016.

#### **4. A ORIGEM DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016**

A Resolução nº 3/2016 foi editada a partir de entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em decorrência da questão de ordem suscitada em 03/02/2016 pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do agravo regimental interposto na Reclamação nº 18.506/SP, relatado pelo Ministro Raul Araújo.

Na sessão do dia 03/02/2016, o Ministro Salomão suscitou a nulidade da Resolução n. 12/2009 e, por conseguinte, sustentando sua inaplicabilidade a partir daquela data, *“ressalvando os atos que já foram praticados com base nela, não mais se admitindo nesta Corte as reclamações oriundas do sistema de Juizados Especiais”*. Em

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, veja-se: “A expressão ‘jurisprudência consolidada’ engloba apenas questões de direito material, excluindo questões processuais” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rcl 6034/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 29/02/12).

<sup>12</sup> Por certo, não cabe reclamação em face de decisão monocrática do relator. Nesse sentido, veja-se: “O art. 1º da Resolução 12, de 14 de dezembro de 2009, prevê que a reclamação por ela regulamentada destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. Incabível em face de decisão monocrática do relator” (STJ – 2a Seção – AgRg na Rcl 5598/TO – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25/05/11).

seguida, pediu vista o Ministro Felix Fischer. Na sessão de 02/03/2016, o Ministro Fischer acompanhou o voto do Ministro Salomão, mas o julgamento foi novamente interrompido, pelo pedido de vista da Ministra Fátima Nancy Andrichi.

Poucos dias depois, em 16/03/2016 a própria Corte Especial do STJ aprovou a Emenda Regimental nº 22, que, dentre outras providências, revogou a Resolução nº 12/2009, que tratava das reclamações impetradas para dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ. Assim, na sessão do dia 06/04/2016, a Ministra Nancy Andrichi apresentou seu voto, julgando prejudicado o agravo regimental<sup>13</sup> e apresentando uma proposta de edição de uma nova resolução para tratar especificamente da competência para processamento e julgamento das referidas reclamações.

A proposta de resolução apresentada pela Ministra Andrichi previa a delegação da competência ao órgão especial ou ao órgão correspondente dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento das reclamações oriundas das Turmas Recursais. Nas palavras do relator, o Ministro Araújo:

*“Seguiu-se profícuo e enriquecedor debate acerca dos termos da resolução proposta, tendo a Corte chegado a um consenso sobre a questão, do qual decorreu a retificação de voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão e deste Ministro Relator, decidindo esta eg. Corte Especial, por unanimidade, em questão de ordem, aprovar a proposta de resolução sobre a delegação da competência às Câmaras Reunidas ou Seção Especializada dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento, em caráter excepcional, até a criação das Turmas de Uniformização, de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”*

Destarte, foi encerrado o julgamento do agravo regimental interposto em face da Reclamação nº 18.506/SP, que restou assim ementado:

**“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREJUDICADO. POSTERIOR ADVENTO DA EMENDA REGIMENTAL 22/2016-STJ REVOGANDO A RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. DELIBERAÇÃO DE EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR DIVERGÊNCIAS ENTRE TURMA REGIONAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.**

---

<sup>13</sup> Por certo, como a reclamação sob julgamento foi proposta sob a vigência da Resolução nº 12/2009, não poderia o agravo regimental ter sido considerado prejudicado pela superveniência da revogação operada pela Emenda Regimental nº 22/2016. A própria Resolução nº 3/2016 diz isso, expressamente, no seu art. 4º. Esse recurso, portanto, foi indevidamente fulminado.

*AGRAVO PREJUDICADO. 1. Com o advento da Emenda Regimental nº 22-STJ, de 16/03/2016, ficou revogada a Resolução n. 12/2009-STJ, que dispunha sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. 2. Com isso, fica prejudicado o incidente de inconstitucionalidade que ataca a Resolução n. 12/2009-STJ. 3. A matéria passará a ser tratada por nova resolução, editada à luz do novo Código de Processo Civil, nos termos debatidos pela Corte Especial. 4. Agravo regimental prejudicado”*

Em seguida, a Resolução nº 3/2016 foi editada, prevendo aquilo que fora proposto pela Ministra Andrichi, ou seja, que a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais seria do Tribunal de Justiça correspondente, valendo destacar:

*“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.*

## **5. A ANTINOMIA EXISTENTE ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 6/2016 DO STJ E O ORDENAMENTO JURÍDICO**

Durante o período de *vacatio legis* do Novo CPC, a doutrina começou a construir o entendimento de que diversos aspectos da Resolução nº 12/2009 do STJ seriam invalidados e a disciplina da reclamação impetrada contra as Turmas Recursais passaria a ser feita pelo seu art. 988.<sup>14</sup> Uma questão, entretanto, se manteria inalterada: a competência para julgar essas reclamações permaneceria no STJ, pois, tanto na Resolução nº 12/2009, como no art. 988, § 1º, do CPC, apontavam nesta mesma direção.

Não obstante, como visto, antes mesmo do debate ser aprofundado, o próprio STJ revogou a Resolução nº 12/2009 (art. 4º da Emenda Regimental 22/2016) e editou a Resolução nº 3/2016, que deslocou para as Seções Especializadas

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, veja-se o artigo de CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Aliás, atualmente, o entendimento é que o Novo CPC revogou as regras tratando da reclamação no STJ, previstas nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/1990 (Lei dos Recursos Extraordinário e Especial).

ou Câmaras Reunidas dos Tribunais de Justiça a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais. Diz a referida Resolução:

*“Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.*

No plano formal, é preciso considerar que a regra citada contém não propriamente uma determinação de organização judiciária, o que estaria entre as atribuições do STJ (art. 96, I, a, da CF), mas de definição da competência judicial, matéria eminentemente processual e de regulamentação privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). Além disso, a regra disciplina o tema de forma diferente daquela prevista na Lei Federal (CPC). *In verbis*:

*“Art. 988. (...)*

*§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”.*

Portanto, num primeiro momento, a Resolução nº 3/2016 parece ser simultaneamente inconstitucional (por vício formal de competência legislativa – art. 22, I, da CF) e ilegal (por contrariar as regras previstas no CPC – art. 988, § 1º).

## **6. OS IMPACTOS DA REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 12/2009 E DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 3/2016**

Em decorrência de suas peculiaridades, o legislador optou por dar uma sistemática recursal diferenciada aos órgãos do sistema dos juizados especiais. Os recursos em face das sentenças proferidas pelo juiz do Juizado serão julgados pela Turma Recursal e não pelo Tribunal de Justiça. A Turma Recursal compõe-se de um colegiado formado por três juízes de primeira instância e está instalada na estrutura dos Juizados Especiais. As decisões monocráticas proferidas pelos relatores (art. 932 do CPC) desafiam agravo interno<sup>15</sup> e as decisões colegiadas abrem caminho para

---

<sup>15</sup> Enunciado 102 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante das Turmas Recursais

a interposição de embargos de declaração<sup>16</sup> e recurso extraordinário,<sup>17</sup> não sendo cabível a interposição de Recurso Especial.<sup>18</sup> A impossibilidade, no caso, decorre da previsão exclusiva do art. 105, III, da CF, a qual atribui ao STJ a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quanto à decisão recorrida. Por outro lado, o recurso extraordinário é cabível contra causas decididas em única ou última instância por qualquer órgão jurisdicional (art. 102, II, da CF).

Por outro lado, o acesso ao STJ está expressamente garantido nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários. De fato, a Lei do Juizado Especial Federal (Lei nº 10.259/2001) prevê que a parte poderá formular pedido de Uniformização de Jurisprudência para a Turma Regional de Uniformização – TRU ou para a Turma Nacional de Uniformização – TNU (art. 14). A Lei dos Juizados da Fazenda Pública também adotou a possibilidade de pedido de Uniformização de Jurisprudência quando as Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ (arts. 18 e 19). Em ambos os casos, quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização contrariar a jurisprudência do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Na seara dos Juizados Especiais Estaduais, entretanto, como a Lei nº 9.099/95 não previu uma forma de fazer prevalecer a jurisprudência adotada pelo STJ, era a Resolução nº 12/2009 que possibilitava à parte ajuizar reclamação no STJ contra a decisão de Turma Recursal quando esta afrontasse a sua jurisprudência. A revogação dessa resolução, pela Emenda Regimental nº 22/2016, portanto, recriou a lacuna que existia nos Juizados Estaduais antes de 2009, com o agravante de que, agora, os dois outros modelos de Juizados Especiais integrantes do Sistema tinham mecanismos próprios de acesso ao STJ.

Essa lacuna, por sua vez, não foi suprida pela edição da Resolução nº ou da Turma de Uniformização ou ainda de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias” e Enunciado 103 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou Jurisprudência dominante do próprio juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de 5 dias”.

<sup>16</sup> Enunciado 63 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário”.

<sup>17</sup> Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

<sup>18</sup> Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

3/2016, que manteve a inacessibilidade do STJ ao prever que a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal e a jurisprudência do STJ seria dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Além disso, diante das questões apontadas, alguns Tribunais já estão declinando da competência das reclamações que lhes são dirigidas, com fulcro na Resolução nº 3/2016, ou suscitando conflito negativo de competência para o STF daquelas reclamações declinadas pelo STJ. Neste sentido, veja-se o seguinte aresto:

*“Direito processual civil. Direito constitucional. Reclamação contra decisão de Turma Recursal por divergir de decisão proferida pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Decisão do STJ declinando da competência para este Tribunal de Justiça, por força da Resolução nº 3/2016 daquele Tribunal Superior. Impossibilidade de ampliação da competência de Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional. Disposição contida na Constituição da República estabelecendo que as competências dos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser estabelecidas pelas Constituições Estaduais. Expressa previsão, no CPC/2015, do cabimento de reclamação contra decisão que contraria tese firmada em REsp repetitivo, atribuindo ao STJ a competência para dela conhecer. Conflito de competência que se suscita, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal” (TJRJ – 2ª Seção Cível – Rcl 0048611-23.2016.8.19.0000- Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. em 24/11/2016)*

De sorte que o quadro atual é de absoluta incerteza, onde não se sabe qual o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da Turma Recursal e a jurisprudência do STJ.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que o STJ não poderia ter delegado aos Tribunais de Justiça, por meio de resolução, sua competência para analisar por meio de reclamação se a decisão da Turma Recursal afrontou ou não sua jurisprudência. De fato, a Resolução nº 3/16 não apenas desconsidera a determinação oriunda do STF (ED Rext 571.572/BA), como também viola a competência legislativa constitucional para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e o art. 988, § 1º, do CPC, que regula a competência para julgamento da reclamação.

Assim, apesar da citada Resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos Juizados Especiais das teses jurídicas

consagradas pelo STJ deverão ser julgadas neste tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução nº 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC (arts. 988 a 993).

Nesse sentido, necessário sublinhar que o julgamento da reclamação oriunda dos Juizados Especiais não pode ter a sua competência delegada, uma vez que ela representa um instrumento fundamental para a preservação da eficácia e da autoridade das decisões proferidas pelo STJ, que é o guardião da lei federal no País. Esse papel não é de um tribunal estadual ou distrital. E, ainda que fosse, restaria indagar: caso a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça ofendesse a jurisprudência do STJ, caberia reclamação da reclamação?

Por fim, necessário reconhecer que a melhor maneira de resolver a questão, em caráter definitivo, seria promover uma alteração na Lei nº 9.099/1995 para introduzir um incidente de uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, aos moldes do que já existe nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários, para preservar a uniformidade da jurisprudência entre as Turmas Recursais Estaduais e entre estas e a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

## **8. REFERÊNCIAS**

CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295/314.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Disponível em <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-61-novo-cpc-reclamacao-contra-decisoes-em-juizados-especiais-civeis-revogacao-da-resolucao-122009-stj/>. Acessado em 05/09/2017.

QUINTAS, Fábio Lima Quintas; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: Revista de Processo, ano 36, vol. 196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 433/459.

ROCHA, Felipe Borring. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017

---

# MARCO CIVIL DA INTERNET - NEUTRALIDADE DE REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO<sup>1</sup>

---

*Alexandre Pontieri<sup>2</sup>*

*“Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, eu não hesitaria um momento em preferir a segunda alternativa.”*

*Thomas Jefferson (1743-1826, segundo presidente dos Estados Unidos)*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O artigo também trará o posicionamento atual do Poder Judiciário brasileiro em relação à liberdade de expressão quando em conflito com a lei federal 12.965/14.

**Abstract:** The purpose of this article is to deal with net neutrality and freedom of expression, specifically analyzing Federal Law nº 12.965, of April 23, 2014, known as the Internet Civil text principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi entregue originalmente no Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília na Disciplina Direito, Internet e Sociedade do Professor Alexandre Veronese.

<sup>2</sup> Advogado com atuação nos Tribunais Superiores e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Consultora da área tributária com foco principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília. alexandrepontieri@gmail.com

The article will also bring the current position of the Brazilian Judiciary in relation to freedom of expression when in conflict with federal law 12.965/14.

**Palavras-chave:** Neutralidade de Rede; Marco Civil da Internet; Liberdade de Expressão; Liberdade de Expressão na Constituição Federal; Posição do Poder Judiciário sobre a questão da liberdade de expressão na Internet.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014<sup>3</sup>, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A neutralidade de rede é tratada no inciso IV, do artigo 3º, e no Capítulo III, da Lei Federal nº 12.965/2014, ao passo que a liberdade de expressão é tratada nos artigos 2º, 3º, 8º, 19, do referido diploma legal.

O artigo 9º da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece tratamento isonômico aos fornecedores de acesso à internet (neutralidade de rede) e, como mencionado alhures, há dispositivos próprios tratando sobre a liberdade de expressão.

A questão principal que se coloca é saber se a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?

Para buscar responder esse questionamento, o presente artigo será dividido nos seguintes tópicos: 1) a neutralidade de rede; 2) o Marco Civil da Internet; 3) liberdade de expressão na Constituição Federal; 4) a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?; 5) Internet – liberdade de expressão – e a posição do Poder Judiciário; e 6) Conclusão.

## 2. A NEUTRALIDADE DE REDE

A sociedade vem evoluindo cada vez mais e a Internet e as novas mídias têm papel fundamental nesses avanços.

---

<sup>3</sup> Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

O sociólogo espanhol Manuel Castells é um dos pioneiros a estudar os efeitos e reflexos da chamada “Sociedade em Rede”, conceituando-a como:

*“(...) uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós das redes”<sup>4</sup>*

A Internet e as novas mídias diferenciam-se de outros meios de comunicação por suas novas formas de interação e participação, e não mais por um perfil passivo de receber informações (exemplo: TV).

Nas palavras de Jorge Sampaio, ex-Presidente de Portugal, *“com a internet e os meios de comunicação em tempo real, é notório, ainda, que vem ocorrendo alguma recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens; e tudo indica que o informacionalismo está a atingir, com efeitos precisos, os sistemas de valores, crenças e representações com os quais nos orientamos e aprendemos a pensar-nos a nós próprios e aos outros”<sup>5</sup>*.

Feita essa breve introdução, é necessário saber o que é a chamada neutralidade de rede (*net neutrality*) – fundamental para essa nova sociedade em rede.

O que é a neutralidade de rede?

Conforme nos ensinam os professores Irlene Francisco Barreto Junior e Daniel César, *“a paternidade do conceito da Neutralidade da Rede é devida ao professor Tim Wu, da Universidade de Columbia e teve o Chile como primeiro país a trazer para o seu ordenamento jurídico pátrio tal preocupação com a Neutralidade da Rede no ano de 2010. Em 2012 a Holanda foi o segundo país a inserir em seu ordenamento jurídico, trazendo que os prestadores e provedores estão proibidos de bloquear ou reduzir a velocidade de serviços ou aplicações na Internet, sendo permitidas práticas que minimizem os efeitos de congestionamento de tráfego, preserve a integridade e segurança da rede, restrinjam envio de spam e deem cumprimento a alguma determinação legal”<sup>6</sup>*.

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

<sup>5</sup> SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. P. 419. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)

<sup>6</sup> Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irlene Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88 (p.84). [www.ufsm.br/revistadireito](http://www.ufsm.br/revistadireito)

O professor de Direito de Internet e Mídia na Universidade de Sussex, no Reino Unido, Christopher Marsden, é conhecido por ser um tradicional defensor da neutralidade da rede, e escreveu em sua obra *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution* que garantia de acesso do usuário à Internet com a Neutralidade de Rede possui dois elementos: um “positivo”, com maior qualidade de serviço, correspondendo a preços maiores, desde que fossem estabelecidos de forma justa e igualitária; e “negativo”, com a prática de degradação intencional do serviço pelo(s) provedor(es) de acesso, com consumidores que tentassem obter vantagem em suas conexões<sup>7</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o disposto no artigo 9º, da Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”, ou seja, corolário do princípio da isonomia na transmissão de pacotes de dados sem qualquer tipo de distinção.

### **3. O MARCO CIVIL DA INTERNET**

A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres par o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (art. 1º).

O artigo 2º, da lei 12.965/2014 traz expressamente que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I – o reconhecimento da escala mundial da rede; II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III – a pluralidade e a diversidade; IV – a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI – a finalidade social da rede”.

E como princípios o artigo 3º da lei 12.965/2014 elencou os seguintes:

*“I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;*

*II – proteção da privacidade;*

---

<sup>7</sup> MARS DEN, Christopher. *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution*. Bloomsbury Publishing, 2010.

*III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;*

*IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;*

*V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;*

*VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;*

*VII – preservação da natureza participativa da rede;*

*VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.”*

Os incisos I e IV são os que nos interessam na análise deste artigo, pois tratam sobre a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (inciso I) e preservação e garantia da neutralidade de rede (inciso IV).

#### **4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A Constituição Federal de 1988 protege expressamente a liberdade de expressão, a liberdade de informação, de imprensa e a manifestação do pensamento – intelectual, artístico, científico etc.:

*“(…) Art. 5º. (...)*

*IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

*(...)*

*IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença;*

*(...)*

*XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”*

*“(…) Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

*§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

*§ 2ª É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.*

Como muito bem delineado pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, *“as liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. Existe interesse público no seu exercício, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”*.<sup>8</sup>

E ainda, na mesma decisão, o Ministro Roberto Barroso da Suprema Corte faz menção à decisão do STF na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 130, que teve a relatoria do Ministro Ayres Britto<sup>9</sup>, de onde se extrai:

*“(…) Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”.*

E mais, do que se extrai do acórdão da ADPF 130 da Suprema Corte:

*“(…) Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público.”*

A liberdade de expressão é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. A jurisprudência da Suprema Corte é firme quanto a questão da liberdade de expressão e do pensamento:

*“(…) A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica” (HC 83125, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ07-11-2003 PP-00093 EMENT VOL-02131-03 PP-00552).*

Nas palavras do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco, *“a liberdade de expressão*

---

<sup>8</sup> STF. Reclamação 18638/CE. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>9</sup> “Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência” – disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhe.asp?idconteudo=107402>

é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”<sup>10</sup>.

E ainda de acordo com o renomado jurista, “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”.

#### 4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO - DECLARAÇÃO E CONVENÇÃO DAS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

Registramos ainda que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, dispõe expressamente que:

*“1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

*2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*

*a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*

*b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*

*3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*

*4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.*

*5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”<sup>11</sup>.*

<sup>10</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

<sup>11</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos. <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>

E o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário:

*“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”<sup>12</sup>.*

## **5. A NEUTRALIDADE DE REDE TRAZ UMA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PLENA PARA O USO DA INTERNET NO BRASIL?**

Como visto em capítulo anterior, a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe como fundamento o respeito à liberdade de expressão (art. 2º), e como um de seus princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação pensamento, nos termos da Constituição Federal (art. 3º).

Diante do que se analisou até aqui, seria o caso de se questionar se a neutralidade de rede (art. 9º e segs. da Lei Federal 12.965/2014) trouxe uma liberdade de expressão plena para o uso da internet no Brasil?

Como disposto no artigo 3º da lei 12.965/2014, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação, nos termos da Constituição Federal: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”.

A Constituição Federal de 1988 garante expressamente a liberdade de expressão, mas, como ensina a doutrina, há limites previstos na própria Carta Constitucional quando haja colisão com outros princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status*.

O jurista Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensina que “o constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir om

---

<sup>12</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>

*anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II)<sup>13</sup>.*

Pelo que se vê, a Constituição Federal de 1988 ao passo que garante o livre direito à liberdade de expressão, também garante ao indivíduo o direito à preservação da imagem e da honra (CF/88, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação).

Nessa esteira de pensamento o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é necessário o equilíbrio entre os direitos fundamentais, não podendo a liberdade de expressão ser utilizada para a prática de atos ilícitos (HC 82424)<sup>14</sup>.

Ou seja, quando há conflito com outros princípios e/ou direitos que tenham

<sup>13</sup> Op. cit., p. 270.

<sup>14</sup> “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontestados como o holocausto, consubstanciadas na pretensão inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente ao judeus, que configura ao ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada. (HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ de 9.03.2004).

o mesmo *status* da liberdade de expressão, surgem limites, que estão previstos na própria Constituição Federal.

## **6. INTERNET E LIBERDADE DE EXPRESSÃO – POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Questões envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e outros princípios e direitos na Internet têm chegado ao Poder Judiciário, que tem tratado do debate em diversas decisões, como, por exemplo, no julgamento de Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1384-43.2010.6.00.0000, onde o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ao apreciar o recurso entendeu que:

*“(...)a internet se diferencia dos veículos de comunicação impressos por não sofrer as consequências dos desgastes naturais que esmaecem e tornam esquecidos os jornais e revistas. E mais: os mecanismos existentes permitem constante interação e atualização do conteúdo e não exigem enormes espaços físicos dos usuários para a conservação de material impresso.*

*Assim, eventual transgressão perpetrada pela internet implica em constante e permanente ofensa ao direito, a reclamar, se for o caso, a sua pronta suspensão. Tal medida é possível, passo a assim compreender, não só na representação (Lei 9.504/197, art. 96) em que há a identificação do usuário, como também por meio de ação cautelar ajuizada contra quem detém as informações capazes de identificar o responsável”.*

E ainda no Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 1384-43:

*“(...) Em se tratando de ação cautelar, a hipótese não se confunde com condenação do provedor de hospedagem ou de acesso pelo conteúdo irregular. O que há é a provocação do Poder Judiciário para, diante de alegada irregularidade obter-se decisão fundamentada que autorize a quebra da relação de confidencialidade e privacidade que rege a relação entre o provedor de serviços e o usuário final.”*

Além disso, quando eventualmente surgirem discussões sobre violação de princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status* da liberdade de expressão, os artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro (Lei Federal 10.406, de 10.01.2012) são expressos ao dispor que:

*“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Nessa linha de pensamento o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão da retirada de página da rede mundial de computadores entendendo que *“se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta”*<sup>15</sup>.

É importante destacar que a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe artigos próprios para tratar da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

*“(…) Seção III*

*Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*

*Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.*

*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*

<sup>15</sup> “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL.

1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ.

2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 1021987/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009)

*respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.*

*§ 3 As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.*

*§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.*

*Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.*

*Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.*

*Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.*

*Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido».*

O artigo 19 da Lei Federal 12.965/2014 é claro ao dispor que 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”.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) matéria tratando sobre a aplicação do artigo 19 da Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) já foi decidida no sentido de entender como “necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL – Universal Resource Locator”, com o entendimento de que “não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo”<sup>16</sup>.

É importante destacar que no Supremo Tribunal Federal já há dois Recursos Extraordinários com Repercussão Geral tratando sobre a questão da colisão entre liberdade de expressão e de informação *versus* direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> “RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL “ORKUT”. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor.

2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ.

3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal).

4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator.

5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo.

6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

7. Recurso especial provido.”

(REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

<sup>17</sup> “RE 1037396 RG / SP

Relator: Min. DIAS TOFFOLI

## 7. CONCLUSÃO

A Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) trouxe para o ordenamento jurídico pátrio o princípio da neutralidade de rede e reforçou em seu texto o já consagrado constitucionalmente princípio da liberdade de expressão, visando uma liberdade no fluxo de informações e um menor controle estatal.

Como cediço, a liberdade de expressão já é um princípio garantido constitucionalmente, e a lei do Marco Civil da Internet veio reforçar essa ideia, principalmente em razão das novas mídias introduzidas na sociedade moderna com a Internet.

Diante do que estudamos, entendemos que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, sendo-lhe impostos os limites apenas quando houver conflito com outros princípios e/ou direitos alçados ao mesmo *status*

Acreditamos que a divulgação da informação, da cultura e do conhecimento devem ser levadas a todos os brasileiros, indistintamente, principalmente pela dimensão continental de nosso país, e, muito mais ainda, pela falta de acesso que muitas comunidades ainda têm para buscar o conhecimento.

Para isso é de fundamental importância a preservação e garantia da neutralidade de rede introduzida pela Lei Federal 12.965/2014 em nosso ordenamento jurídico, bem como o respeito aos princípios de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (art. 3º, I, da Lei Federal 12.965/14), além de todos os demais princípios: proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis

---

EMENTA: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida.”

“ARE 660861 RG / MG - MINAS GERAIS

Relator: Min. LUIZ FUX

GOOGLE - REDES SOCIAIS - SITES DE RELACIONAMENTO - PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET - CONTEÚDO OFENSIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.”

com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; preservação da natureza participativa da rede; e liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet<sup>18</sup>.

Os princípios da neutralidade de rede e de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento introduzidos pela Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) são de fundamental importância para os avanços tecnológicos do país, bem como a uma nova cultura de respeito cada vez maior ao princípio constitucional da liberdade de expressão – agora e em escala cada vez maior no universo digital.

Oxalá a neutralidade de rede e a liberdade de expressão auxiliem efetivamente na diminuição do enorme fosso de exclusão digital que ainda existe em nosso país, trazendo mais conhecimento, informação e cultura a todos os cidadãos brasileiros!

## **8. REFERÊNCIAS**

BRASIL. Código Civil. Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei Federal 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renova, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardos, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>

---

<sup>18</sup> Art. 3º, da Lei Federal 12.965, de 23.04.2014.

JUNIOR. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88. [www.ufsm.br/revistadireito](http://www.ufsm.br/revistadireito)

MARSDEN, Christopher. Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution. Bloomsbury. Academic Publishing. 2010.

MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Portal do STF - Supremo Tribunal Federal. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Portal do STJ - Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)

## ANEXO

**Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.

Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I  
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;
- VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

- I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

## CAPÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

- I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou
- II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

### CAPÍTULO III DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

#### Seção I Da Neutralidade de Rede

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no **caput** deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

## Seção II

### Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o **caput** sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

#### Subseção I

#### Da Guarda de Registros de Conexão

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no **caput**.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no **caput**.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

#### Subseção II

#### Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Conexão

Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

### Subseção III

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no **caput** a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no **caput**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Art. 17. Ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei, a opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

### Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

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.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos

disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

#### Seção IV

##### Da Requisição Judicial de Registros

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar sigredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

CAPÍTULO IV  
DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;

II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;

III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;

IV - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade;

V - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;

VI - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;

VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;

VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet;

IX - promoção da cultura e da cidadania; e

X - prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos.

Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar:

I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.

#### CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no **caput**, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

Art. 30. A defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

Art. 32. Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 23 de abril de 2014; 193ª da Independência e 126ª da República.

DILMA ROUSSEFF

*José Eduardo Cardozo*

*Miriam Belchior*

*Paulo Bernardo Silva*

*Clélio Campolina Diniz*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.4.2014



---

# LINEAMENTOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

---

André R. C. Fontes\*

**Resumo:** O artigo trata da concorrência no regime da Constituição de 1988 e as premissas fundamentais de competição entre os agentes econômicos e suas relações com a noção de monopólio e consumidor.

**Palavras-chave:** mercado; monopólio; consumidor.

**Abstract:** This article deals with the competition in the 1988 Constitution and the fundamental assumptions among the economic agents and their relations with the notion of monopoly and consumer.

**Keywords:** monopoly; consumerwords: market; monopoly; consumer.

O conceito de mercado é necessariamente plúrimo ou plurisubjetivo, ou seja, pressupõe a existência de mais de um agente econômico no cenário de competição – não existe mercado de um único agente econômico. O funcionamento da economia de mercado depende da *decisão* do consumidor e das empresas, independentes e normalmente competidores entre elas, que determinam qual coisa e quando consumir (consumidor) e qual coisa e como produzir (fabricante), sobre a base de uma mesma convivência.

O mercado representa o mecanismo organizativo por meio do qual as decisões de produção e aquelas de consumo são tomadas, em consideração entre elas e reciprocamente coordenadas, de modo que resulta claramente que sejam endereçadas às utilizações preferidas pelos consumidores.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Relembre-se que o contexto atual difere do que era presente na ordem constitucional anterior, distanciado de qualquer visão concorrencial e no qual vigorava a figura cartorial das cartas-patentes das companhias de petróleo e postos de gasolina (*rectius*: postos de serviços).

O regime democrático adotado pelo Estado brasileiro com a nova ordem constitucional, inaugurada pela Carta de 1988, é marcado por uma preocupação legítima com a livre concorrência, a qual possui previsão expressa no inciso IV do artigo 170 do texto constitucional, tendo como um dos pilares a Ordem Econômica na Constituição da República. Tal princípio, contudo, deve ser conjugado com os demais princípios lá enumerados, como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, dentre outros. É com base nesse quadro principiológico, que se deve entender o regime do monopólio como uma exceção à regra da livre iniciativa, nas hipóteses específicas conferidas pela Carta Magna:

*a) liberdade de empreender – de modo que todos podem exercer atividades empresariais de sua escolha.*

*b) liberdade de explorar – de modo que todo empresário deve conduzir seu negócio como bem entender;*

*c) liberdade de concorrência – de modo que todo empresário deve se utilizar dos meios que julgar próprios para chegar ao seu cliente.*

Desse modo, à livre concorrência, assim entendida como princípio geral da atividade econômica, não deve ser reservado um tratamento meramente formal, de modo a afastar indevidamente a sua efetividade plena e substancial, sem que isso represente, no entanto, a completa desconsideração, por exemplo, da propriedade intelectual, a quem também foi assegurada proteção pelo texto constitucional (artigo 5º, XXIX). Aplicam-se, assim, os ensinamentos do Eminent autor João da Gama Cerqueira, quanto aos círculos de abrangência da propriedade intelectual e da concorrência, esse último de extensão mais ampla, de forma que aquilo que não for pertinente à propriedade intelectual insere-se no âmbito de proteção da concorrência.

Frise-se que, no contexto contemporâneo, dois são os sistemas de concorrência: a noção norte-americana, que preza pela maior quantidade de agentes econômicos e que genuinamente está baseada na irrestrita liberdade da concorrência; ao lado da noção européia, que permite a ponderação dessa

liberdade em nome da proteção que reserva ao consumidor. Por conseguinte, a noção de concorrência brasileira representa um *tertium genus*, resultante da soma daquelas primeiras duas, e que não são excludentes em nosso país, pois visa ao equilíbrio da liberdade da concorrência e da proteção ao consumidor.

Podem ser assim classificados o que se poderia chamar de dois grandes sistemas concorrenciais:

- a) o sistema de *concorrência-condição*;
- b) o sistema de *concorrência-meio*.

O primeiro, o da *concorrência-condição*, é nitidamente de inspiração norte-americana e é pautado na premissa de pluralidade de ajustes econômicos, sem o qual não haverá concorrência alguma.

A liberdade de concorrência é considerada como o vetor essencial do progresso econômico. A concorrência é condição indispensável de uma economia equilibrada. Todo componente anti-concorrencial deve ser severamente reprimido.

O segundo, o da *concorrência-meio*, é de corte europeu e está fundado no finalismo do bem-estar dos consumidores que, se atendidos, tornará a multiplicidade de agentes econômicos, algo reputado desnecessário.

Essa teoria é de inspiração europeia e, nesse sentido, a concorrência é um meio privilegiado de assegurar o progresso econômico, mas não existiria somente esse – o da concorrência. É que o Direito da Concorrência deve proteger a concorrência, mas, igualmente, os concorrentes e consumidores. A concorrência não seria mais do um meio, dentre outros, de realizar o progresso econômico e de construir um mercado adequado às situações concretas. Dessa forma, nem toda prática anti-concorrencial é reprimida, de modo que haveria exceções possíveis se tais práticas anti-concorrenciais produzissem algum efeito benéfico.

O regime brasileiro é um terceiro gênero porque:

- a) exigiria vários concorrentes.
- b) privilegiaria a proteção do consumidor.

No contexto jurídico brasileiro, com base na configuração conferida pelo

legislador constituinte, a ideia de Defesa do Consumidor é inerente à noção de concorrência, que, por sua vez, é inerente à atividade econômica. Assim é que a Ordem Econômica brasileira tem fundamento necessário na livre iniciativa e na valoração do trabalho, podendo ser considerada como verdadeira sociedade capitalista *intervencionista* (*in casu*, a intervenção do Estado em favor da concorrência - a chamada intervenção concorrencial), em que eventuais abusos cometidos pelos agentes econômicos justificam a atuação dos entes estatais a fim de assegurar o devido equilíbrio do mercado e observância dos mencionados princípios constitucionais. A literatura nacional já reconhece em nosso País as relações do consumidor com a concorrência. Vide, por todos, Heloísa Carpena de Amorim, em *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

No Direito Brasileiro, o papel da concorrência é:

- a) proteção do concorrente;
- b) proteção do mercado;
- c) proteção do consumidor.

Sabe-se que a propriedade intelectual é concebida para resguardar determinados interesses e não criar um ambiente de monopólio, o qual, como já dito, contraria os princípios constitucionais que norteiam a Ordem Econômica e encontra-se tipificado como infração à ordem econômica (antigo artigo 20 da Lei nº 8.884-94, atual artigo 36 da Lei nº 12.529-2011). Desse modo, não é demais repisar que os conceitos enumerados no artigo 170 da Constituição da República devem ser conjugados e analisados numa só perspectiva, de modo que a propriedade intelectual, a livre concorrência e a defesa do consumidor guardem posição de equilíbrio e não ocasionem uma necessária exclusão de um pelo outro.

O mercado de cada produto deve levar em consideração:

- a) o *empreendedor*, como principal sujeito do Direito da Concorrência;
- b) os *consumidores*, como principais beneficiários do Direito da Concorrência.

É necessário lembrar que, no Brasil, somente a Constituição da República estabelece *numerus clausus* das atividades monopolistas. E esse rol constitucional não pode ser alargado por lei ou por sentença – é o princípio da taxatividade constitucional dos monopólios.

---

# *ATO PROCESSUALIZADO E AÇÃO ANULATÓRIA (ART. 966, §4º, CPC)*

---

*Cássio Benvenuto de Castro - Juiz de Direito no RS<sup>1</sup>*

**Resumo:** O Código de Processo Civil previu a ação anulatória de ato processualizado, no art. 966, 4º, do CPC. Logo, é necessário delimitar a estrutura e a funcionalidade dessa espécie jurídica, que está encerrada no texto da lei. A partir dessa precisão dogmática, possível identificar as implicações processuais da ação anulatória, uma demanda peculiar cuja topologia heterotópica reclama atenção operativa. Ainda mais, tratando-se de uma época em que é crescente o emprego de meios alternativos para a solução de litígios – como a mediação, a conciliação, dentre outros.

**Palavras-chave:** processo civil; ato processualizado; ação anulatória; efeitos

**PROCEDURAL ACT AND INVALIDATION CLAIM. (ART. 966, §4º, CPC)**

**Abstract:** The Procedural Civil Code established the invalidation action to dispute about a procedural act, in the article 966, 4º. Therefore, it is necessary delimit the structure and functionality of procedural act and this special characteristics, which is on the text of the law. From this dogmatic precision, it is possible to identify the procedural implications of the invalidation action, a peculiar demand whose demands operational attention. Even more, in a time when there is growing the administrative dispute resolutions - such as mediation, conciliation, among others, the point is the analysis of this issues.

**Keywords:** procedure law; procedural act; invalidation claim; effects

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS

## INTRODUÇÃO

O fato jurídico é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”<sup>2</sup>.

Os exemplos de fatos jurídicos, no sentido amplo, podem ser visualizados no nascimento, na morte, no casamento, no contrato e no testamento, entre tantos outros. Um rol a depreender que os fatos jurídicos consistem em fatos da vida nos quais a incidência da norma jurídica implica diferentes consequências. Justamente, o critério que particulariza a classificação está na *maior ou na menor escala* de atuação da vontade humana no preenchimento do suporte fático eleito, abstratamente, pela norma jurídica<sup>34</sup>.

A subdivisão do gênero fato jurídico, em espécies, utiliza o critério da vontade colocada no núcleo do suporte fático abstrato delimitado pela norma. Daí resultam o fato jurídico no sentido estrito, o ato jurídico no sentido estrito<sup>5</sup>, e o negócio jurídico – as categorias que trafegam da menor à maior influência da vontade humana como elemento-chave no suporte fático em abstrato. Um fenômeno da teoria do direito, que acontece tanto no direito material como no direito processual.

Não por acaso, o CPC estabelece, no art. 966, §4º:

---

<sup>2</sup> Prefácio do ensaio Teoria dos fatos jurídicos processuais, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

<sup>3</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 184.

<sup>4</sup> Impossível, metodologicamente, reexaminar toda uma terminologia utilizada pela teoria geral do direito e, inclusive, pela lógica jurídica. A noção do fato jurídico pertence à propedêutica de qualquer estudo jurídico. Logo, comentar com naturalidade esquemas como o “suporte fático” (conjunto de fatos) ou o “preceito” (programa consequencial da norma) subentende a pré-compreensão e o caldo de cultura do leitor.

<sup>5</sup> A categoria do ato jurídico no sentido largo é gênero ao qual pertence o ato jurídico stricto sensu e o negócio jurídico. De sua feita, o ato-fato jurídico se situa a médio termo entre o fato jurídico e o ato jurídico – como um entre-lugares. Vale dizer que as presentes linhas apenas recapitulam o leitor sobre a matéria, que merece ser pormenorizada na bibliografia citada.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Na espécie *fato jurídico stricto sensu* se localizam os acontecimentos que independem da vontade humana no núcleo do suporte fático, a exemplo da morte e do nascimento<sup>6</sup>. A norma jurídica não permite espaço à vontade humana no cerne do suporte fático abstrato, à medida que ocorrendo os eventos previstos, automaticamente, incide a norma e as suas consequências. Nesse ponto, tais fatos não interessam ao estudo.

De maneira diferente acontece no cerne do suporte fático abstrato que a norma estabelece para os *atos jurídicos* e para os *negócios jurídicos*, aos quais o elemento vontade humana é decisivo<sup>7</sup>. Aqui não se tratam de eventos alheios à vontade.

Por sua feita, a diferença entre os atos jurídicos e os negócios jurídicos compete ao “espaço de jogo”, ou melhor, à escala de influência que a vontade humana pode preencher – os atos jurídicos constituem atos da vontade humana dirigida a determinada finalidade, na qual não se permite aposição de circunstâncias acidentais (condição, termo, encargo), uma vez que a própria norma jurídica incidente define todos os efeitos atribuídos; em contrapartida, o negócio jurídico aprofunda o *grau* de intervenção da vontade humana, consoante a previsão abstrata prevista pelo sistema normativo<sup>8</sup>, chegando a se permitir que os sujeitos

<sup>6</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 187.

<sup>7</sup> Pontes de Miranda salienta que “os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 446.

<sup>8</sup> Saliento que tanto os efeitos do ato jurídico como os efeitos do negócio jurídico são oriundos de preceitos pautados pela norma jurídica. Os efeitos dos fatos jurídicos em sentido amplo são determinados pela norma jurídica. Ou seja, não é tecnicamente aconselhável dizer que a vontade humana pode definir os efeitos ou as finalidades de um negócio jurídico. O direito é uma ciência normativa por natureza e, assim, preordena um esquema de normas e de possibilidades nas quais a própria norma proporciona aos sujeitos, como uma discricção, proibição, ou imposição. Pontes de Miranda expressa que no ato jurídico a “vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha e escolhido. Toda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edição de normas jurídicas pelas pessoas”. Ao raciocínio-base pontiano, em poucas palavras, resumo o seguinte elemento de conexão inerente ao mundo jurídico: relação de condicionalidade jurídica. No ato jurídico a condicionalidade chega ao extremo, determinando todas as consequências atribuídas a determinado suporte fático; no negócio jurídico, a condicionalidade permite alguma discricção, de maneira que os sujeitos podem adequar determinados efeitos nos limites à pauta normativa, de antemão colocada como alternativa. Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 447.

da relação jurídica disponham sobre os efeitos do negócio (as circunstâncias do fato jurídico em sentido amplo) – a condição, o termo e o encargo.

O mistério reside no plano da eficácia. O plano da eficácia dos *atos jurídicos* é pautado totalmente pela norma jurídica, enquanto o plano da eficácia dos *negócios jurídicos* é pautado parcialmente pela norma jurídica, na medida em que os efeitos dos negócios podem ser de alguma forma manejados pela vontade dos sujeitos.

A doutrina<sup>9</sup> esclarece que “a distinção básica entre atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos está em que, nestes, a lei deixa à autonomia privada uma margem de liberdade, dentro de cujos limites podem os sujeitos criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões e ações. No negócio jurídico, existe sempre uma margem de autonomia privada que a lei reserva aos particulares, possibilitando-lhes estabelecer uma determinada forma de autorregulamento de seus próprios interesses e ações para o futuro, de tal modo que o ato e suas consequências jurídicas são determinados pela vontade, ou, se nem sempre por um ato volitivo expresso, ao menos em decorrência daquela margem de autonomia que a lei reserva aos participantes do ato. Nos atos jurídicos *stricto sensu*, ao contrário, os efeitos que os atos humanos hão de produzir estão determinados diretamente pela lei, não obstante possa haver uma classe de atos que não são negociais em que a vontade do agente se manifeste e tenha relevância”<sup>10</sup>.

A lembrança sobre as espécies de fatos jurídicos (sentido amplo) permite sistematizar que, dentre os atos jurídicos *stricto sensu*, temos situações como o casamento, a revogação de um mandato, bem como a aceitação da herança. Nesses casos, a própria norma jurídica define toda a sorte dos efeitos imputados ao suporte fático realizado, sendo inviável sua vinculação a variações eficaciais (vale dizer, é impossível *negociar* sobre esses atos os aspectos como a condição, o termo ou o encargo). Em contrapartida, aceitável que os sujeitos combinem a colocação de elementos acidentais (circunstâncias) – condição, termo, encargo – no negócio jurídico, qualificando o seu momento eficaz, à medida que o

<sup>9</sup> A doutrina estrangeira também efetua a distinção, apesar de quedar no lapso da “finalidade”: “La moderna dottrina distingue ulteriormente gli atti giuridici in atti giuridici in senso stretto, consistenti in mere condotte umane materiali, operanti sul mondo esterno, che i loro autori vogliono in sé e per sé, indipendentemente dagli effetti che il diritto ad esse ricollega; e negozi giuridici, consistenti, secondo la prevalente opinione, in manifestazioni di volontà direttamente produttive di conseguenze giuridiche (poichè nel negozio giuridico non sempre l’agente si rappresenta l’effetto previsto dal diritto, sembra essere sufficiente che la volontà si diriga ad un fine pratico). Ver DONDINA, Mario. Atti processuali (civili e penali). Novissimo digesto italiano, I. Torino: UTET, 1957, p. 1519.

<sup>10</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da Silva. Curso de processo civil, vol. 1, Processo de conhecimento, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196-7.

sistema normativo permite verdadeiras faculdades aos negociantes, vide o exemplo do contrato.

A depender do núcleo do suporte fático abstrato, previsto na norma jurídica, segundo o *grau* de valorização do elemento vontade humana<sup>11</sup>, é possível identificar as subespécies de fatos jurídicos: o fato jurídico *stricto sensu*, o ato jurídico *stricto sensu* e, para o que interessa o texto, o negócio jurídico. Esses dois últimos é que agora interessam, porque eles é que perpassam o plano da validade e da eficácia. Quanto ao fato jurídico no sentido estrito, à medida que dispensa a vontade humana em seu núcleo, não se fala em plano da validade, apenas no plano da existência, e disso advém um interesse secundário à dissertação.

Uma classificação análoga também pode ser utilizada no processo civil<sup>12</sup>, desde que adequada às peculiaridades do rigor formal do processo.

Basta imaginar, por exemplo, que a morte de uma parte, além de fato jurídico no sentido estrito, da mesma forma é um fato jurídico processual, que acarreta a suspensão do processo e a habilitação da sucessão do falecido. Densificando a linha de visada, segundo o critério da vontade humana como elemento nuclear do suporte fático previsto em abstrato pela norma jurídica, o ato jurídico (sentido largo) processual é a manifestação de vontade humana que tende a criar, a modificar, a conservar ou a extinguir o processo, sejam os atos dos agentes estatais (juiz e auxiliares), como o das partes e dos intervenientes.

Qualquer classificação se arrisca na eleição das próprias prioridades.

Portanto, a chave desse momento não é elaborar uma sistematização de todos

<sup>11</sup> Aqui, a questão do “autorregramento” da vontade, quando os sujeitos podem dispor em maior ou menor autonomia com as alternativas que o plano das normas lhes faculta. Saliento que autorregrar a vontade é a possibilidade de preencher em concreto o conteúdo da norma jurídica, de acordo com o “espaço de jogo” que ela mesma permite à vontade dos sujeitos. Além de a norma permitir contratar, ou não, ela define alguns termos do negócio e deixa em aberto aos interesses dos sujeitos outros tantos interesses. Esse panorama, em sentido amplo, consiste na autonomia da vontade, no autorregramento da vontade. Diferente é a autonomia privada, que significa a produção de efeitos jurídicos a partir do que tenha sido negociado. Pontes de Miranda critica a terminologia “privada”, porque excluiria a autonomia em direito “público” – com efeito, também existem questões autorregráveis e que produzem efeitos no direito público. Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 54 e 56.

<sup>12</sup> Com propriedade, a doutrina estrangeira refere que a lógica da teoria do fato jurídico é utilizada no processo, por uma questão de método: “Considerato che la teoria generale degli atti giuridici contiene in definitiva la enunciazione di un metodo, attraverso il quale è dato di procedere ad una più accurata analisi del contenuto di ogni attività lecita od illecita, ne consegue che tale metodo deve essere applicabile ad ogni ramo del diritto, salve le integrazioni e varianti rese indispensabili dalle particolari caratteristiche di ogni singolo ramo”. Ver DONDINA, Mario. Atti processuali (civili e penali). Novissimo digesto italiano, I. Torino: UTET, 1957, p. 1520.

os critérios<sup>13</sup> que levam às diversas classificações dos fatos jurídicos no processo, mas chamar a atenção para o critério que utiliza o *cerne do suporte fático* para dividir os fatos jurídicos, à semelhança do que ocorre no direito material – ou seja, segundo a maior ou menor escala da vontade no suporte fático abstratamente previsto, os fatos processuais em sentido amplo também podem se subdividir nas espécies: (a) fatos jurídicos processuais no sentido estrito, como a morte de uma das partes ou o falecimento do advogado; (b) os atos jurídicos processuais, como a intimação e a penhora; e (c) os negócios<sup>14</sup> jurídicos processuais, que já existiam no *CPC/73*, a exemplo do acordo para fixação do foro de eleição (art. 111), da convenção para a redistribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), do negócio para a dilatação de prazo impróprio (art. 181), da convenção para suspensão do processo (arts. 265 e 792), da escolha da liquidação por arbitramento (art. 475C, I), e agora vem expressos no art. 190 do CPC.

Todavia, o ensaio não aprofunda a análise dos atos ou dos negócios processuais no sentido estrito. As reflexões possuem um foco: atos de direito

<sup>13</sup> A título de exemplo, brevemente, os fatos jurídicos do processo podem ser classificados por *critérios* como o utilizado pelo sujeito que o pratica, pela fase procedimental em que ocorre, ou pela função desempenhada, entre outros. A questão não é qual o melhor ou pior critério, mas a utilização prática que se pode extrair de cada qual. Por isso, explorei o critério da “vontade” no cerne do suporte fático eleito abstratamente pela norma.

<sup>14</sup> Em vista do rigor formal do processo, é discutível a possibilidade de existirem negócios jurídicos processuais. A doutrina apresenta divergências. Didier Jr. e Pedro Nogueira o admitem expressamente, classificam os fatos jurídicos processuais em fatos, atos e negócios processuais, chegando a elencar os atos-fatos processuais. Ver DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 61 e seguintes. Contra, rejeitando a categoria de negócio jurídico processual, ver Calmon de Passos (Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 69). Dinamarco chega a escrever que o ato processual é voluntário por excelência e que essa vontade antecede o ato concreto externalizado no processo. “Isso não significa que os efeitos do ato processual sejam sempre todos aqueles, apenas aqueles e precisamente aqueles programados pelo sujeito que o realiza. A vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos e os atos processuais não tem essa qualificação. Eles produzirão os efeitos desejados pelo agente se assim a lei autorizar e produzirão efeitos não-desejados, se isso for disposto pela lei. De todo modo, algum efeito produzem sobre o processo, com ou sem a vontade do agente de produzi-lo. Os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade”. (Instituições de direito processual civil, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 472). No mesmo sentido da negativa, ver MARDER, Alexandre Salgado. Das invalidades no direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45/6. Particularmente, além dos negócios jurídicos do direito material que são internalizados no processo e formam a quintessência do ato processualizado, penso que é possível um negócio jurídico processual propriamente dito – como exemplos, imagino a convenção para estipulação do ônus da prova, o acordo para a fixação do foro de eleição e o pacto para a flexibilização de um prazo processual não peremptório. A título de “ação anulatória”, necessário manter o foco naquilo que comentei na introdução, o dogma da absoluta divisão dualista e a instrumental aproximação entre os planos do direito-processo no atual quadrante constitucional. Com efeito, apesar do rigor formal do processo, o dualismo permite identificar negócios jurídicos processuais. Agora, esses negócios processuais, que são bastante raros e pontuais, não se confundem com um negócio do direito material e que é internalizado no processo para dispensar o processo, o que consiste no ato processualizado. Nesse último, a ponte entre o processo e o direito material é evidente, e o ponto de partida é o direito material – e por isso parece tão difícil ao processualista a visualização, porque apenas como ponto de chegada ocorre o efeito no processo.

material que são colocados para dentro do processo – daí se falar na categoria de atos processualizados, cujo fundamento positivo está no art. 966, §4, do CPC, e não no art. 190 do CPC.

Com efeito, nem todos os atos praticados *no* processo consistem em atos processuais em sentido estrito. Desde o momento em que inserido *no* processo, pelo simples fato da processualização, um ato jurídico acaba se transformando em um ato *do*<sup>15</sup> processo.

Todavia, o gênero ato *do* processo não quer dizer *ato processual típico* ou *ato processual propriamente dito*.

Um ato processual típico é apenas uma das espécies em que se subdivide o gênero atos *do* processo. A outra espécie, que compõe esse mesmo gênero, é a do ato processualizado.

A distinção é fundamental.

A doutrina consolidou uma série de requisitos que encerra a definição de ato processual típico. O predicado de ato *processual* se especializa por intermédio de um conjunto de características que se coordenam entre si. Em um primeiro momento, possível admitir que diversas teorias se entrecroquem para disputar a prevalência. Acontece que as diferentes correntes não se excluem reciprocamente, mas possibilitam uma coordenação funcional.

O art. 966, §4º, do CPC permite uma aproximação do tema, que perpassa na caracterização do ato processualizado até culminar na “ação anulatória” do ato processualizado. Daí a necessidade de uma precisa conceituação.

## 1 A CARACTERIZAÇÃO DO ATO PROCESSUALIZADO NO CONFRONTO COM O ATO PROCESSUAL

As quatro principais orientações sobre a definição de um ato processual típico (ou propriamente dito) são as seguintes: (a) a teoria “eficacial”, que reputa ato

---

<sup>15</sup> Levando a extremos científicos, atos “do” processo não seria uma terminologia mais precisa. Como será examinado, o ato processualizado é um conjunto de um ato ou negócio jurídico do direito material que, ocasionalmente, é colocado “no” processo. Ou seja, tal ato ou negócio não pertence “ao” processo, não é “do” processo, mas é apenas emprestado ao seu regime interno do processo, o que consiste na sua processualização. Uma questão meramente acadêmica.

processual o que apresenta condições de *produzir efeitos no processo*, ou seja, o que interessa para essa corrente é o valor do ato jurídico para o processo; (b) a teoria “subjetiva”, porque denomina ato processual aquele praticado pelos *sujeitos da relação processual*; (c) a teoria da “sede”, a mais utilizada, que define o ato processual em virtude do local onde tenha sido praticado o ato, uma questão de topologia; (d) e a teoria da “integração”, que entende ser um ato processual o ato jurídico praticado no procedimento, pelos sujeitos que atuam no processo. Isoladamente consideradas, cada uma dessas correntes ensejou crítica.

A teoria subjetiva, que define o ato processual como o ato jurídico praticado estritamente pelos sujeitos de uma relação jurídica (item *b*), trabalha com uma metodologia orgânica, pois fundada no dogma do processo enquanto uma “relação jurídica”. Essa corrente, adotada por Chiovenda<sup>16</sup>, retira da definição de ato processual alguns dos sujeitos intervenientes que não são as partes, o juiz, ou os atores secundários<sup>17</sup> (auxiliares da justiça e advogados). Por exemplo, um ato jurídico pertinente à intervenção do assistente simples, ou mesmo um ato praticado por ele ou até pelo Ministério Público na condição de fiscal da lei, não consiste em um ato processual. Uma tese que despreza o fato de o processo ser um conjunto de atos interligados, todos conjurados em uma unidade procedimental e direcionados à finalidade do devido processo legal, que é o provimento que entrega a prestação jurisdicional<sup>18</sup>. A teoria subjetiva retorna à estática do processo civil como relação jurídica processual.

Calmon de Passos provoca: “Vincular aos sujeitos da relação processual a processualidade do ato é levar em conta menos do que a realidade impõe seja considerado. A atividade processual (aquela que se desenvolve no processo e pelo direito processual é regulada) não é atividade apenas dos sujeitos da relação processual, sim de todos quantos exercitam no processo, a qualquer título, direitos, poderes, faculdades, funções ou atendem a deveres e obrigações que lhes foram por lei atribuídos”<sup>19</sup>.

A teoria da sede, que se utiliza do critério topológico ou geográfico para

---

<sup>16</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. III. Trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2010, p. 21/2.

<sup>17</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198.

<sup>18</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44.

<sup>19</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 45.

individualizar o ato processual (item c), por si só, também não resolve plenamente a questão. Existem determinados atos ou negócios jurídicos que, embora *outsiders*, mesmo celebrados fora ou antes do processo iniciar, produzem *efeitos* diretos no processo. Basta imaginar uma convenção para redistribuição do ônus da prova (art. 333, § único, a contrário senso). Esses atos ou negócios jurídicos possuem significativo valor para o processo, influenciam diretamente o provimento que resulta ao cabo do procedimento, logo, possuem fundamento bastante para afastar uma aceitação completa da teoria da sede.

O critério da “sede” é assaz utilizado como um critério da “processualização”, o que implica uma confusão do ato processual típico com o ato processualizado. Ressalto se tratarem de espécies do gênero atos *do* processo, mas que cada qual apresenta uma individualidade deveras particular. Óbvio que a teoria da “sede”, defendida por Satta<sup>20</sup>, é a mais persuasiva para caracterizar o ato processual. Por uma lógica fundada na ubiquidade, é muito convincente dizer que tudo o que toca o processo é um ato “processualizado” e que essa “processualização” é sinônima de ato processual.

Uma perigosa falácia.

A nota da “processualidade” não é argumento suficiente para excluir da definição de ato processual a outra espécie – a categoria do ato processualizado. A teoria de Satta deixa as coisas sem uma solução. Isso é retrato de não aproximar o direito ao processo, ou melhor, o equívoco talvez seja laborar com um dualismo absoluto e não dissolver uma barreira que por séculos separou o processo do direito material, tudo em prol da tutela.

A teoria da eficácia<sup>21</sup> define o ato processual pelo critério da possibilidade de o ato jurídico produzir efeitos imediatos no processo (item a). A caracterização não reside somente na localização ou geografia do ato jurídico, mas no seu *valor* para o processo. Portanto, mesmo quando realizado fora do processo, pela relevância dos efeitos dele emanados, um ato jurídico pode ser considerado ato processual como, por exemplo, a convenção para a eleição do foro e a preclusão lógica do recurso pela aquiescência com o provimento sentencial.

Capitaneada por Carnelutti<sup>22</sup>, essa corrente não explica a diferença entre o

---

<sup>20</sup> SATTÀ, Salvatore. Direito processual civil, vol. I. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 228/9.

<sup>21</sup> Ovídio, op. cit., p. 196.

<sup>22</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil, vol. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 477.

ato processual típico e o ato processualizado. Apesar de ocasional ao processo, também é possível dizer que o ato processualizado produza efeitos no processo. Tais efeitos seriam diretos à própria vida do processo. O autor cita como atos *não processuais* a renúncia ao direito e o reconhecimento do pedido sem, contudo, definir o motivo da diferença entre os efeitos produzidos por esses atos e os efeitos produzidos pelos atos que ele considera processuais. Ou seja, o aspecto da *processualidade*, que ele caracteriza como o “valor para o processo”, não é muito nítido de maneira a permitir uma subdivisão da classe atos do processo em ato processual e ato processualizado. Mais um reflexo do dualismo exacerbado inerente à escola sistemática italiana.

Até aqui, quando aplicadas isoladamente, as teorias que definem o ato processual parecem não superarem todas as críticas. Um exame coordenado das escolas se torna intuitivo, o que de alguma maneira é a fortuna da teoria da integração.

Em primeiro lugar, fácil assinalar que um ato processual é dotado de processualidade, pois integra um procedimento. Pelo simples fato dessa inserção, o ato processual produz efeitos sobre o procedimento e sobre o processo, e em função dele é que deve ser praticado pelos sujeitos que ocupam as posições jurídicas, exercem direitos, faculdades, cumprem deveres, ou se protegem contra ônus, no decorrer do procedimento.

Calmon de Passos resume: “O ato, para ser entendido como ato processual, não somente deve ser um ato integrante do conjunto de atos que constituem o processo e com eficácia para o processo, mas também uma terceira exigência se deve somar às duas precedentes – sendo ato do processo e com efeitos no ou para o processo, ele também deve ser ato que só no processo pode ser praticado. Donde conceituar o *ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado*”<sup>23</sup>.

O ato processual no sentido estrito (ou ato processual típico: o ato processual propriamente dito) consiste no ato jurídico regulamentado pelas normas do processo civil, pelo rigor formal do processo e, em linha de princípio dogmático<sup>24</sup>,

---

<sup>23</sup> Op. cit., p. 43.

<sup>24</sup> O processo civil é um campo do rigor formal. Apesar de seus atos serem colocados no cenário do “tipo” e da “tipicidade”, isso não afasta por completo um espaço de jogo à vontade. Somente ocorre que, a depender do “grau” de formalismo, o espaço de jogo é mais ou menos restrito. A colocação de uma conduta no processo

não<sup>25</sup> se submete a tratamento especificamente elaborado para outras espécies de atos jurídicos. Assim, a teoria da integração parece ser a mais abrangente, a que resolve a maioria dos problemas, quando considera o ato processual como o ato jurídico praticado pelos sujeitos não de uma relação processual, mas o ato dos sujeitos do processo e que atuam no decorrer do procedimento (item *d*).

A teoria da integração utiliza uma leitura amplificada<sup>26</sup>, resumida por Fazzalari: “a disciplina de cada um dos atos é assinalada em função do ato enquanto componente de um processo. Ela, por um lado, determina a colocação e o papel de cada ato na série e, por outro lado, disciplina validade e eficácia do ato em conexão com toda a série”<sup>27</sup>.

Se o ato processual é um partícula (ou um átomo) do procedimento, coerente dizer que, sem o ato processual, jamais poderia existir um procedimento. Uma questão de antonomásia. Como o processo é uma espécie do gênero procedimento, óbvio que sem um ato processual também não existe um processo jurisdicional. Daí a referência que a série de atos processuais de maneira lógica e cronológica é *instrumental* ao procedimento e ao processo. Desde o ato inicial da demanda, ao largo do desenvolvimento do procedimento, até o momento do provimento final, o ato processual consiste em uma figura típica, da essência mesmo dessa sucessividade.

Quando atrela o ato processual ao procedimento, natural pensar no ato processual como um “ato próprio do processo e com finalidades processuais”<sup>28</sup>. A

---

não retira a essência dos atos humanos – a vontade –, uma ideia que consiste em um vetusto dogma. O clássico axioma do liberalismo que, em nome da “garantia da forma”, retirava qualquer lembrança da autonomia da vontade do cenário processual, não merece uma conservação absoluta na atualidade. A mensagem do formalismo ou da tipicidade merece reparos contemporâneos, primeiro, para diferenciar o que é do processo para com o que “está” eventualmente no processo – é o caso do ato processualizado; em segundo lugar, para lembrar que mesmo o que é do processo, como o ato processual típico e, dentre os quais, o ato postulatório, pode apresentar vícios no aspecto da vontade e merece correção, seja no plano eficaz (do provimento final) ou pela via rescisória. O ordenamento oferece medidas para tanto. O tipo e a tipicidade, enfim, o rigor formal não mais possui o argumento de autoridade de afastar por completo a questão da vontade no processo civil.

<sup>25</sup> Idem, p. 49.

<sup>26</sup> Fazzalari não apenas refere que o ato processual seria o ato do procedimento. Isso consistiria interpretar o texto do autor de maneira açodada. Na verdade, Fazzalari agenda o fenômeno ato processual-procedimento como átomo-molécula e, nesses termos, reflete toda a sorte de efeitos, estruturas e fundamentos, que decorrem desse dinamismo. A hermenêutica utilizada é normativa, como assaz ocorre na ciência do direito, mas uma normatividade coetânea ao dinamismo do processo, e não matéria-importação do direito material.

<sup>27</sup> FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 127.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 282.

definição de Fazzalari, embora tenha sido batizada como a teoria da “integração”<sup>29</sup>, parece que não se utiliza apenas do critério da mera colocação do ato processual no procedimento, da inserção do ato processual no processo. Uma hermenêutica desse quilate acabaria por equiparar a teoria da integração à teoria da sede, apoucando o sentido multifacetado que Fazzalari subentende.

A definição formulada por Fazzalari, acima transcrita, permite identificar a utilização dos conceitos “função”, “disciplina”, e “validade e eficácia”, para caracterizar os atos processuais ligados em série, em procedimento. Uma teoria nitidamente normativa. O que isso afirma?

Fazzalari ratifica que o ato processual consiste em um ato jurídico cujo fundamento é extraído das normas do direito processual civil. Logo, a estrutura do ato processual atende à tipicidade que, por sua vez, é inerente ao respectivo efeito que tal ato pretende atingir no processo, ou seja, o ato atende ao rigor formal do processo. Para produzir efeitos no processo (e fora dele, enquanto resultado da atividade), necessário que o ato processual obedeça à funcionalidade definida pelo formalismo processual. O processo é o local em que o ato processual pode, deve, ou em função do qual o ato é praticado, sendo que assim desencadeia, impulsiona, instrui, ou de alguma maneira aparece ao largo da série normativamente prevista. Quando de sua reprodução em cadeia, o ato processual é um átomo que possibilita com que o procedimento chegue ao final, seja resultando em um provimento ou na satisfação real do direito. Ou seja, o ato processual pode produzir efeitos “endo” ou “extraprocessualmente”.

A teoria da integração não ostenta uma visão isolada, mas coordena os diversos aspectos de uma dinâmica, na verdade, a teoria normativa que Fazzalari adota é predis põe uma sucessão de normas, atos e posições jurídicas, assim consolidando a nota do “movimento” ao processo, como um procedimento em contraditório. O ato processual possui uma finalidade, uma estrutura, e uma fonte normativa peculiares, o que surpreende uma definição tridimensional.

Uma definição que tende a acompanhar dinamicidade do processo.

O quadro salienta:

---

<sup>29</sup> SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 171.

ato processual no sentido estrito (ou típico)	fonte normativa	direito processual civil
	estrutura	tipicidade inerente ao formalismo processual, nos termos da finalidade principal do efeito que o ato é preordenado a atingir
	finalidade	desencadear, impulsionar, instruir, e de todas as formas normativamente previstas, preordenar o procedimento para que ele chegue até o ato final, seja com o provimento ou com outra forma para a satisfação material do direito, produzindo efeitos dentro e fora do processo

A definição de Fazzalari não aparece como um hiato doutrinário<sup>30</sup>.

Embora sem explicitar uma sincera *tridimensionalidade*, Mario Dondina deixa a descoberta a articulação entre fonte, estrutura e funcionalidade, quando define o ato processual como *“una condotta volontaria, esplicita, secondo le modalità statuite dalla legge processuale, da uno o più soggetti, anche in tempi successivi, nell’esercizio di una potestà, dovere, diritto soggettivo, facoltà o mandato processuali, e diretta ad influire sulla costituzione, svolgimento, modificazione ed estinzione del processo”*<sup>31</sup>.

A teoria da integração, ou melhor, a coordenação das diversas correntes doutrinárias para definir o ato processual típico oferece uma maior abrangência ao problema. Entretanto, dizer que é aplicável o regime ou os fundamentos de direito público ao ato processual não o afasta completamente do ato processualizado.

A definição do ato processualizado reclama um raciocínio de semelhante envergadura, com um exercício de coordenação das influências que caracterizam tal espécie de ato “do” processo, para assim instrumentalizar uma aproximação entre os planos do direito e do processo, com a superação do dualismo

<sup>30</sup> Mario Dondina deixa em aberto a questão do ato processualizado. De outro lado, Vittorio Denti parece não o desconectar da figura dos negócios processuais propriamente ditos, embora utilize uma definição que conjuga fatores, ora denominada definição tridimensional: “Il problema, quindi, si risolve attraverso una corretta ricostruzione della fattispecie dell’atto nei suoi elementi costitutivi, necessari e sufficienti per la produzione dell’effetto”. Ver DENTI, Vittorio. *Negozi processuale*. Enciclopedia del diritto, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 138.

<sup>31</sup> Mario Dondina, op. cit., p. 1519.

exacerbado. Pensar somente no regime jurídico do direito material como um plano incomunicável ao processo, bem como pensar somente nos efeitos diretos ou secundários<sup>32</sup> que um ato produz no processo, é mecanismo isolacionista que não permite a diferenciação entre o ato processual e o ato processualizado.

A caracterização do ato processualizado, como também ensejou em relação ao ato processual, implica recortes de complexidade.

Com efeito, está assentado que o processo é o habitat do ato processual. Dentre esses atos processuais, o formalismo do processo permite certo espaço de jogo à autonomia da vontade, ou seja, faculta a prática de negócios processuais (art. 190). Para evitar confusão com os atos processualizados, a feição dos negócios processuais propriamente ditos merece uma identificação precisa, e por isso que não se perdeu tempo quando da explicação da teoria do fato jurídico aplicável no processo, mas, sobretudo, pretendi demonstrar que, embora tal caracterização, isso não pode ser confundido como o ato processualizado.

Saliento que os negócios *processuais* permanecem no plano do processo<sup>33</sup>. Apesar de apresentarem flexibilidade negocial, a sua fonte normativa é a lei processual, a estrutura atende ao rigor formal do processo, e os efeitos diretos produzidos tocam ao processo civil. Fonte, estrutura e função peculiares, como acontece no acordo para a redistribuição do ônus da prova, no acordo para dilação de prazo processual não peremptório, ou no acordo para eleição de um foro para o julgamento<sup>34</sup>. O presente parágrafo requer releitura.

---

<sup>32</sup> REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil, tomo I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1957, p. 188.

<sup>33</sup> O negócio jurídico processual propriamente dito consiste em uma convenção sobre aspectos tipicamente processuais. Aqui deve ser compreendida a dicotomia entre direito processual e direito material, porque os sujeitos acertam operações estranhas ao estrito objeto do processo, como no exemplo do acordo para eleição do foro competente (art. 111 do CPC), na convenção que disponha sobre o ônus da prova (art. 333, § único), ou no adiamento de algum prazo não peremptório (art. 181). Evidente que esses negócios jurídicos acarretam consequências instrutórias e motivacionais, temporais, ou até competenciais, ao desdobramento do processo e, de alguma maneira, podem influenciar a sorte ou na maneira como seria decidido o objeto do processo. A condicionalidade não é apenas jurídica, mas, uma lei da própria natureza. O problema não é sobre o influenciar ou não, mas o “como” influenciar e o “grau” de influência que o negócio processual pode despertar. Porque uma coisa é dizer que o negócio processual transferiu a demanda para a competência de um juiz que decidirá a questão diferente daqueloutro, ou que o ônus da prova sobrecarregou uma parte negligente, ou que ao tempo da decisão sobreveio um entendimento jurisprudencial que fulminou a pretensão. Outra coisa bem diferente é avistar que o negócio jurídico que toca o objeto do processo altera a margem do decidível – como acontece no ato processualizado e não acontece no ato processual –, à medida que dispensa o próprio julgamento.

<sup>34</sup> Os negócios processuais no sentido estrito permitem a colocação de determinações inexas (cláusulas de termo ou condição) para os autorregularem.

De outro lado, o ato processualizado internaliza, ao processo, um negócio jurídico, mas *não um negócio jurídico tipicamente processual*.

Justamente nisso, a importância em identificar o diálogo entre os planos do direito e do processo, o interesse na relação dinâmica entre o dualismo exacerbado e a relativização desse dualismo.

O negócio processual pertence ao processo, é um produto vivo do dualismo, faceta da autonomia do processo civil. Porém, o ato processualizado (seja um ato jurídico ou um negócio – ambos, de direito material) refletem a relativização do dualismo, uma instrumentalização na qual um negócio jurídico do direito material efetua um corte entre os planos do direito e do processo, para surtir efeitos, também, nesse último.

Não é a sede do ato processual ou do ato processualizado, ou mesmo uma organização estrutural, que separa as espécies. Não é a *processualização* ou a procedimentalização que diferencia um ato processual de um ato processualizado. A *processualização*, justamente, é o que os aproxima. A diferença entre ato processual e ato processualizado reside em uma convergência multifatorial, pois é necessário visualizar a fonte normativa de onde o negócio jurídico retira a sua força, a funcionalidade desempenhada pelo negócio jurídico e, conseqüentemente, a estrutura que ele passará a assumir.

Nesses termos, os atos processualizados são os atos ou os negócios jurídicos praticados pelas partes, *nos termos do direito material* (geralmente o direito civil), mas, que são colocados para dentro do processo por um ato processual típico e geralmente *transparente*, porque de alguma forma se referem ao desdobramento do objeto do processo.

O habitat natural do ato jurídico ou do negócio jurídico, que está na essência do ato processualizado, é o direito material e, apenas para produzir efeitos no processo, é que ele será internalizado *no* processo. Não é a simples processualização<sup>35</sup> que se encarrega de qualificar um ato jurídico como ato processual, todavia, uma sorte conjugada de fatores. A processualização (estrutura) é apenas um fator, que deve ser somado à fonte normativa (regime) da essência e à função desempenhada.

---

<sup>35</sup> Instituições de direito processual civil, vol. III. Trad. 2ª ed. Italiana por J. Guimaraes Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 20.

Um exemplo talvez facilite.

A transação sobre o objeto do processo *não* pode ser considerada um ato ou negócio processual propriamente dito. Para diferenciar a transação de um ato ou negócio processual, no pior das hipóteses, ela pode ser reputada um ato ou fato “extraprocessual”<sup>36</sup>. Agora, desde que inserida no processo, a transação assume a nota da processualidade, daí fica difícil defender a terminologia “extraprocessual” manuseada por Mario Dondina.

O que deve ser percebido é a natureza jurídica contratual da transação. Na essência, a transação é um contrato do direito civil (arts. 840 e seguintes do CC/02), através do qual, mediante concessões mútuas, a transação termina ou até previne um litígio, assim extinguindo ou evitando o processo jurisdicional<sup>37</sup>. Ou seja, o contrato transação altera a normalidade do desenrolar da atividade jurisdicional. Na ocasião de ser internalizada ao processo judicial, é certo que a transação passa a ostentar uma executividade análoga à de uma sentença. Em termos satisfativos, de tutela do direito, transação e sentença alcançam efeitos análogos (art. 487 do CPC).

Todavia, em termos normativos, a transação afasta a necessidade de uma decisão, pois, desde o momento em que celebrada entre as partes, torna dispensável que um terceiro imparcial julgue a questão. A transação sobre o objeto do processo é antípoda a um julgamento sobre o objeto do processo.

Quando inserida, no processo, e se abrangente de todo o objeto do processo, a transação é homologada e, a partir disso, possui a força de um título executivo judicial.

Agora, homologar não é o mesmo que decidir. Uma sentença homologatória somente processualiza, jurisdicionaliza, enfim, judicializa a transação, e lhe confere a nota de imperatividade, pela chancela oficial. *No processo*, os efeitos da transação são ratificados pelos efeitos da sentença que a homologa. Daí se falar em processualidade *indireta*<sup>38</sup> da transação, que é um ato processualizado: o seu

---

<sup>36</sup> Mario Dondina, op. cit., p. 1519.

<sup>37</sup> A espécie “processo” não é estritamente da Jurisdição, como salienta Fazzalari, com explícita remessa a Benvenuti, nos escritos citados. Também existe processo, por exemplo, nos processos administrativos, nos quais o provimento pode surtir efeitos no patrimônio jurídico do sujeito postulante, e a relação para com a Administração, assim, deve ser paritária e simétrica. Da mesma forma que existe processo em relações extrajurisdicionais entre particulares, basta imaginar a hipótese de uma corporação ou sociedade processualizar a exclusão de um integrante ou sócio, permitindo o contraditório e a ampla defesa para tanto. Mais fácil ressaltar que existe processo na jurisdição voluntária, atualmente, essa conclusão parece evidente.

<sup>38</sup> Não chega a ser completamente correto falar em processualização indireta, reflexa ou mediata. Ora, a

habitat normativo, o seu regime jurídico, a sua natureza jurídica é ditada pelo direito material, pois a transação é um contrato; os efeitos produzidos no processo não deixam de serem efeitos diretos, mas em alguma maneira mediatizados pela necessidade do ato processual típico que internaliza a transação no processo.

A questão da processualização dos negócios jurídicos do direito material chega a ser observada pela doutrina<sup>39</sup> abalizada sem, contudo, uma plena tomada de diferenças entre o ato processualizado e o ato processual. A teoria da integração é assaz utilizada apenas para justificar uma processualidade “eventual”: “Outros atos ou fatos jurídicos, não integrantes da cadeia procedimental, podem eventualmente comparecer no processo e nele surtir efeitos. Esses atos ou fatos jurídicos mostram-se, contudo, irrelevantes para o desenvolvimento normal do processo, pois, mesmo que não ocorram, o processo deverá seguir o curso previsto em lei e assim chegar ao seu fim.

Não podem, assim, ser considerados estritamente de caráter processual; não são atos processuais, sendo apenas atos ou fatos processualizados. Se esses atos ou fatos são levados ao processo pela parte ou partes, o juiz deve levá-los em consideração, pois passam a ser atos e fatos jurídicos processualizados e se integram ao procedimento”<sup>40</sup>.

O aspecto de o ato processualizado *não integrar o que de comum acontece na cadeia procedimental*, como se fosse um indesejado parasita, não soluciona o problema. Até poderia parecer que o procedimento seria um feixe de normas, que sempre viria prontinho da fábrica, em *abstrato*, totalmente alheio ao direito material. Uma leitura que distancia o procedimento e a sua espécie, o processo, do direito material que os impregnam.

---

colocação do negócio jurídico do direito material no processo ocorre de maneira direta. O negócio é fincado no processo para afastar a necessidade do processo. Ocorre é que o negócio existe para tutelar o direito dos sujeitos e o processo, em sua inteireza, é um instrumento para possibilitar essa missão. Mesmo que para tanto, o melhor que existe para o interesse das partes seja a dispensa do próprio processo, como um efeito da celebração do negócio do direito material. Uma questão de semântica.

<sup>39</sup> A doutrina critica a falta de estudos sobre o tema e chega a formular um esboço sobre a vontade nas convenções processuais formuladas pelas partes. Todavia, não acerta uma distinção entre uma convenção processual e um ato processualizado. A ausência de diferenciação se deve ao fato do autor não reputar o processo um procedimento em contraditório. Tratar o processo como uma relação jurídica coloca todos os atos “do” processo na mesma categoria de ato processual. Não sobra espaço para o ato processualizado. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87 e seguintes.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de processo civil, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 282-3.

O processo e o procedimento vivem para o direito material que, sem aqueles, também não sobreviveria. De qualquer maneira, impende ressaltar que o ato processualizado não consiste em escândalo ao procedimento<sup>41</sup>, em um desvio de rota, pois o a processualização do negócio jurídico do direito material acaba por integrar o ato processualizado ao procedimento.

Em analogia, basta imaginar a figura do terceiro (segundo o CPC: denúncia da lide, nomeação à autoria, dentre outros). O que acontece quando um terceiro intervém no processo? A admissão do terceiro, no processo, automaticamente o transforma em parte. O terceiro “toma a parte no processo”. Um fenômeno que também identifiquei no ato processualizado. À medida que processualizado, uma vez inserido no processo, o ato ou o negócio do direito material passa a integrar um procedimento, pois adentra na série concatenada de atos, normas e posições jurídicas. É como se retirado o elo de uma corrente – outro elo acaba ocupando o seu lugar. A colocação de uma figura que, inicialmente, não era prevista no procedimento não é motivo suficiente para caracterizar tal ato como sendo um ato processualizado, ao invés de um ato processual típico.

O procedimento continua sendo praticamente o mesmo quando *adiantado ou quando postergado* o evento “provimento”, quando colocado um ato processualizado em um “procedimento”. Se o ato inicial (demanda) e o ato final (provimento) integram o procedimento, mudando o interstício ou o tempo entre um e outro, acaba não se alterando a natureza do procedimento em si mesmo, que continua sendo um procedimento, apesar da consorte do ato processualizado<sup>42</sup>.

No mesmo sentido, a variação do procedimento por intermédio da prática de inesperados atos processuais – por exemplo, os “não atos” ou “omissões” –, não resulta em desnaturar o procedimento.

---

<sup>41</sup> A doutrina majoritária acaba vinculando o ato processual ao procedimento, uma influência significativa de Fazzalari. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93. O ensaio salienta o papel da vontade nos atos processuais, inclusive, deixando aparente uma opção por aceitar a espécie dos negócios processuais ou convenções processuais das partes sobre a matéria processual. O que é de grande relevo para a época em que fora escrito, tempos em que predominava um dualismo estrito. Porém, não chega a distinguir o ato processual do ato processualizado.

<sup>42</sup> Os atos processualizados obstaculizam a rotina do processo (não do procedimento). Com ou sem o ato processualizado, o procedimento chegará até o seu ato final previsível, o provimento judicial. O que se altera, na verdade, é a necessidade ou a qualidade do provimento em si mesma, porque ao invés de um julgamento, haverá uma homologação ou, pelo menos, a retaliação do objeto do processo (independente da fase em que esteja, conhecimento ou execução). A alteração acontece sobre a margem do decidível.

O novelo normativo que organiza a sequência prevê as consequências, inclusive, para as omissões (como a contumácia, o silêncio, etc), porque a sucessividade dos acontecimentos é implacável na complexidade do procedimento. As técnicas é que variam, como a preclusão. Paula Costa e Silva<sup>43</sup> afirma que o “processo chegará sempre ao resultado final, mesmo que, em concreto, os actos pensados pelo legislador não sejam praticados. Na sua expressão mínima, o processo pode ser simplesmente composto por dois actos, quando não haja sequer citação do réu, ou por três actos, sempre que, entre a propositura da acção e a sentença final, o réu seja citado, entrando em revelia absoluta e operante”<sup>4445</sup>.

Na verdade, o ato processualizado altera o esquema básico da dialética abstratamente prevista para garantir o *contraditório*.

O ato processualizado, assim, modifica a estrutura do processo, é *acidental ao processo, e não ao procedimento*. Observe-se que existe uma gangorra: quanto mais cresce a autonomia privada, que pode proporcionar às partes a tutela do direito com base nas normas do direito material, mediante um contrato, em pleno processo, mais acaba diminuindo a necessidade da utilização do processo para, por intermédio da tutela jurisdicional, entregar às partes a tutela do direito.

<sup>43</sup> O grande pecado da tese da Paula Costa e Silva, que não a permitiu identificar a diferença entre os negócios processuais (que são espécies de atos processuais típicos) e os negócios do direito material colocados no processo para afetarem o contraditório (atos processualizados) se deve à respectiva compreensão da natureza jurídica do processo. Inicialmente, a autora rejeita a tese da relação jurídica e da situação jurídica, e coloca o processo como um fenómeno dinâmico em sequência de atos. Agora, a autora não diferencia nitidamente o processo do procedimento, praticamente acaba os tratando como sinônimos e, inclusive, chega a dizer que o procedimento administrativo somente não é processo porque não existe a “imparcialidade” – ou seja, ela despreza o modal qualificado pelo contraditório e retorna à velha máxima da estraneidade, quiçá, neutralidade. Deveras, o contraditório é a medida essencial para a definição do processo: o processo é o procedimento em contraditório. Ver SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 126/8.

<sup>44</sup> SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 120.

<sup>45</sup> Mais adiante, Paula Costa e Silva aparentemente se contradiz, ao dizer que os negócios jurídicos do processo não pertencem à cadeia procedimental: “Não tendo existência necessária, os negócios não podem ser previstos enquanto actos regulares da cadeia paradigmática estabelecida pelo legislador, uma vez que esta apenas prevê a sequência que permitirá chegar à decisão final”. A contradição é apenas aparente. O percuciente leitor não se deixará enganar e identificará o endereço da falta: a autora utiliza o paradigma que a todo o processo deve haver uma “decisão”, esquecendo que o negócio jurídico internalizado no processo, justamente, dispensa o julgamento ou decisão e reclama, assim, a “homologação”. Essas espécies de sentenças – não de decisões – não acarretam uma quebra do procedimento. O procedimento continua em sua continuidade-padrão, o que se altera é o processo, porque afetado o coeficiente reitor do contraditório substancial. Ver SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, p. 173.

Um esquema sobre a racionalidade do ato processualizado elabora essa gangorra dialética:

Ato processualizado	
fundamento constitucional está na autonomia privada	fundamento constitucional está no dever de tutela pelo processo jurisdicional
a metodologia da convergência utiliza uma solução prevista pelo direito material para resultar no ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CRFB)	a metodologia do contraditório utiliza os meios preordenados pelo processo para resultar na coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, da CRFB)
quando aumenta o poder da autorregulação ↑	a consequência é a proporcional diminuição da necessidade de heterocomposição ↓
a finalidade de todos os meios jurídicos é a entrega da tutela do direito	

A autonomia privada dispensa o processo, chega a ser um reflexo da maturidade civil de um povo. O processo é necessário para solucionar contendas que exasperam a autorregulação. Portanto, o ato processualizado é *acidental ao processo*, sendo incorreto dizer que é acidental ao procedimento. O procedimento é sucessão de atos concretos e, retirado um ato, outro aparece em seu lugar nessa série, o que não deixa de ser previsível ao seu fio condutor.

O ato processualizado interfere na força do contraditório, na necessidade do processo enquanto organograma dialético e simétrico. A autonomia privada dos sujeitos parciais, no interior do processo, não violenta o devido processo legal?

Duas ordens de ideias respondem que não.

Em primeiro lugar, assim como qualquer direito fundamental, o contraditório não é uma norma absoluta e irretorquível, pois, no plano concreto, pode ser relativizado quando em confronto com outros direitos de semelhante envergadura. Em segundo lugar (e como decorrência mesmo dessa primeira percepção), os direitos fundamentais merecem uma análise conjunta ou dinâmica, porque salvaguardar um direito ao aniquilamento dos outros direitos é o mesmo que não garantir muita coisa.

O dever de tutela ilustra todo o panorama constitucional. Logo, o contraditório, a coisa julgada, o devido processo legal, entre os demais direitos fundamentais de cunho processual, devem ser interpretados e concretizados com a mesma

preocupação que preenche o ato jurídico perfeito, um direito fundamental que aparentemente está esquecido, mas cuja força normativa está bem prevista no art. 5º, XXXVI, da CRFB. A autonomia privada – seja fora ou dentro do processo – não violenta o devido processo legal. Pelo contrário, transforma um processo *tout court* em processo justo, confere um conteúdo modal qualificado<sup>46</sup>, em concreto, ao que abstratamente era percebido como devido.

Vale dizer que a autonomia privada explicitada pelo ato processualizado não altera o contraditório no sentido abstrato, mas apenas o relativiza o contraditório no sentido de movimento, no sentido de combatividade real, porque o ato processualizado subentende a *convergência* – uma antípoda ao litígio. A questão é que o negócio jurídico processualizado retira o litígio, o fundamento para o contraditório.

A importância jurídica do ato processualizado, para o processo, é produzir efeitos diretos sobre a *necessidade do contraditório*. A relativização da dialética simétrica e paritária organizada pelo contraditório, na prática, pode ser de alguma forma mitigada pela *convergência* das partes, por intermédio da autonomia privada. Por decorrência, o ato processualizado afeta a sobrevivência do processo, da decisão e da própria coisa julgada material.

O sentido *dinâmico* da norma do contraditório<sup>47</sup> é que pode ser relativizado, quando o processo experimenta os argumentos e contra-argumentos dos sujeitos parciais. O contraditório-movimento é que realmente pode ser elasticado na prática da intersubjetividade do processo, um contraditório que denomino “substantial ou real”<sup>48</sup>, por questão de fundamento dele mesmo. Melhor dizer que

<sup>46</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Teoria e prática da tutela, cit., p. 131.

<sup>47</sup> O contraditório é uma metodologia de duas frentes: uma frente que coloca em contraposição as partes reciprocamente, permitindo um diálogo franco e paritário para que cada qual defenda seu interesse; e outra frente que coloca ambas as partes em posição de direcionar seus argumentos perante o órgão julgador, promovendo de maneira persuasiva e demonstrativa aquilo que elas reputam verídico, na tentativa de fazer valer a sua verdade para o terceiro imparcial. Um princípio cujo motor é uma metodologia multifuncional.

<sup>48</sup> Todo o processo estabelece em abstrato um esquema dialético, que consiste no contraditório formal. Por “formal”, não subentendo um predicado equivalente à igualdade formal do liberalismo clássico, mas um contraditório fundado em uma paridade de armas que contemple mesmo a realidade social e os fatores concretos dos sujeitos em possível debate. Agora, o contraditório formal atua no plano das normas, no plano deontológico, do que é ideal para a manutenção da justiça, do que é previsto em abstrato. Densificando esse arquétipo, é necessário o contraditório real ou substantial, que repercute os termos daquéloutro, só que no plano da combatividade, na própria dinâmica ínsita ao processo civil. Esse contraditório substantial pode ser mitigado ou relativizado, de alguma forma modificado, oportunidade em que diminui a nota da litigiosidade ou da necessidade do processo para crescer a influência da autonomia privada, todas as quais direcionadas à tutela do direito: tudo reflexo do processo justo no plano da vida das pessoas, ora elasticado pelo ato jurídico perfeito. Uma percepção dos esquemas do processo em abstrato e em concreto não causa surpresa, basta ver FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 821 e seguintes.

é a falta de fundamento, então por ocasião da convergência entre as vontades. O esquema dialético permanece assegurado em sua latência, o que pertence à base democrática do direito processual civil.

Imperioso constatar que é a *quantidade* do contraditório, o seu coeficiente de combatividade real, que se torna relativizável pela autonomia privada. Não é a *qualidade* ou o *ser* do contraditório que se altera<sup>49</sup>, não é o esquema do processo como um ambiente dialético, quando analisado o processo em termos abstratos.

A formidável *heureca* do ato processualizado é compreender que a sua colocação no processo altera a *marginem do decidível*. O ato processualizado de alguma forma modifica a própria *necessidade de uma decisão*. Deveras, quando é necessária uma decisão?

A decisão é imprescindível nas ocasiões em que existem litígios latentes ou evidentes e, para os resolver, como o provimento interferirá no patrimônio jurídico de um dos sujeitos, é necessário um contraditório real e combativo, com a ampla defesa, para a solução do debate por intermédio da heterocomposição. A letra da Constituição subentende que o contraditório requer um litígio, quando estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

O dinamismo do processo enseja a definição do ato processualizado com o norte em sua funcionalidade, à medida que a autonomia privada afeta o coeficiente do contraditório e a decorrente desnecessidade de uma decisão. A dialética que estrutura o procedimento para se transformar em um processo, segundo Fazzalari, consiste “nella partecipazione dei destinatari degli effetti

---

<sup>49</sup> Fazzalari deixa implícita essa categorização de “grau” de contraditório, quando comenta que o esquema dialético está sempre presente no processo de jurisdição voluntária: “Il conflitto di interessi (o sul modo di valutare un interesse) potrà costituire la ragione per cui la norma fa solgere un’attività mediante processo, ma, intanto si può parlare di processo, in quanto si Constantino, ex positivo iure, la struttura e lo svolgimento dialettico sopra illustrati. In assenza di tale struttura, è vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto d’interessi: dov’è assente il contraddittorio, cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi, ivi non c’è processo. Così, mentre è di certo possibile cogliere l’impiego del processo nella giurisdizione volontaria quante volte la norma disponga il contraddittorio, non sembra, invece, teoricamente lecito configurare un processo di volontaria giurisdizione senza contraddittorio”. A porta do contraditório e do esquema dialético-formal que o garante no sentido forte está aberta na jurisdição voluntária, em maior ou menor “grau”, nos termos da elasticidade das normas que regulamentam esse quadro da jurisdição. O teor da litigiosidade, o princípio da demanda, o comportamento das partes, e a cognição exigida do juiz como terceiro imparcial, são fatores que influenciarão a “medição” desse contraditório, para a estabilização da matéria colocada em juízo através de duas formas: como um ato jurídico perfeito ou como uma coisa julgada – hipótese em que existe a homologação ou o julgamento. Situações que serão aprofundadas abaixo. Ver FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano, vol. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1073.

dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione dell'atto); nella rilevanza delle medesime per l'autore dell'atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati<sup>50</sup>. A convergência é antípoda ao contraditório e torna dispensável o processo mesmo.

Não defendo um apequenamento do contraditório *abstracto* tampouco da ampla defesa, pois se tratam de preciosas salvaguardas do devido processo legal, hoje compreendido como direito fundamental que principia e enfeixa os demais princípios processuais previstos na Constituição<sup>51</sup>. Ninguém pode ser privado da liberdade e de seus bens sem um processo justo e adequado, e o processo justo<sup>52</sup> é uma “condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça”<sup>53</sup>, cuja *margin* do *decidível* se reforça valorativamente com espeque no *background* axiológico da Constituição, mormente na dignidade da pessoa humana.

Todavia, pensar em dignidade remete à civilidade das pessoas, o que implica em um diálogo pendular entre o *contraditório-litígio* e a *autonomia privada-negócio*. Ao invés do debate entre as partes, o debate é entre a maneira de as partes exercerem o seu direito. Nesses termos, quanto mais autonomia as pessoas tiverem para celebrar acordos, quanto maior a real força normativa da autonomia privada, de outro lado, é menor a necessidade da intervenção da Jurisdição para resolver litígios, pelo instrumento de uma decisão que se imutabiliza na coisa julgada. A gangorra do raciocínio trafega entre o seguinte: litígio supõe disputa e o acordo subentende convergência, duas *metodologias* antípodas.

Ambas devem conduzir para o norte verticalizado pela tutela do direito.

<sup>50</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). Enciclopedia del diritto, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

<sup>51</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 196.

<sup>52</sup> A justiça do processo exige uma coloração axiológica, com o reencontro das finalidades constitucionalmente válidas e o reforço da estrutura que reforça deontologicamente a colaboração dos sujeitos na dialética policêntrica. Não basta um processo, mas que ele seja um processo justo, “con il richiamo alla <giustizia> del processo si intende sottolineare che non è sufficiente l’osservanza formale delle regole processuali, ma occorre recuperare l’aspetto etico, oltre che logico, del processo, a cominciare dal comportamento leale delle parti”. Ver PICARDI, Nicola. Manuale del processo civile. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 235.

<sup>53</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 201.

A questão que remanesce é até que ponto o contraditório pode ser relativizado? Qual o limite da flexibilização do contraditório por ocasião do acordo das partes?

Tal medida é diretamente proporcional à igualdade material das partes, à natureza do objeto do processo e o seu caráter social. Necessário atentar à verificação da natureza social ou meramente privada do seu objeto em análise (antigamente se denominava interesse “público” ou “privado”).

No atual quadrante, todos os direitos tutelados possuem uma conotação de “público”, do contrário, não seriam sequer tutelados. O que os diferencia é o “grau” de importância entre o que se denomina “público e privado”, na verdade, o grau de disponibilidade.

Mesmo em se tratando de *coisa pública*, pode haver disposição.

Por exemplo, a Administração pode até dispor do seu patrimônio, desde que exista uma previsão legal específica para tanto (art. 17 e seguintes da Lei 8.666/93). Em contrapartida, no direito privado, uma doação sem encargos dispensa formalidades, na hipótese de beneficiar um incapaz (art. 543 do CC). Seja o regime do direito público ou o regime do direito privado, existem requisitos para a disponibilidade em diferentes “graus”<sup>54</sup>, fatores que acabam por modificar as formas dos negócios. O rigor formal é uma predisposição que o direito coloca para sopesar a situação de paridade ou simetria que os sujeitos ostentem, a fim de poderem negociar o patrimônio com uma suficiência ética e equilíbrio que preencha os objetivos sociais da Constituição (art. 3º).

A forma deve atender a um valor.

A disposição de direitos, a celebração de convenções sobre o objeto do processo, que resulta na desnecessidade do contraditório e do processo, não obedece a uma formal nota do público-privado. Sejam os sujeitos de relações em direito público, ou sejam os sujeitos de relações em direito privado, o que vai influenciar é o “grau” de disponibilidade que afeta a forma para negociar os interesses ou o patrimônio. Em um sistema normativo como o jurídico, existem diferenças entre os compartimentos (entre direito administrativo e direito civil),

---

<sup>54</sup> O regime de imputação utilizado pela ciência jurídica dispõe as suas matérias-primas sobre diferentes “graus” de organizatividade. Expressamente, Kelsen rejeita (p. 402, nota de rodapé da Teoria pura do direito) a ideia de uma “graduação” da coisa jurídica, todavia, implicitamente, ele trabalha com exemplos e agenda referências que denotam um acerto da tese de um escalonamento em “graus”. Basta observar quando o autor comenta a teoria do órgão para com a pessoa jurídica e os “graus” da violação “ultra vires”, bem como na oportunidade em que relaciona a representação legal e a voluntária (em especial, p. 180 e 205/7, do Teoria pura do direito). Ver KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

bem como ocorrem diversidades dentro de uma mesma disciplina do direito (quando comparados diversos contratos ou diversas situações que um mesmo contrato pode assumir, como no caso da doação do direito civil). Realidade que denota a definição do antigo “caráter público” ou “indisponível” ser um aspecto normativamente pautado pelo “grau” de disposição em um ambiente ético e obediente ao *background* constitucional (a questão da igualdade substancial).

O mesmo se reflete no contraditório: não é o caráter público do processo que o torna imutável, mas o *grau* de variação da disponibilidade do objeto do processo, colorido pela natureza social da questão e que depende da isonomia material<sup>55</sup> dos sujeitos, que, realmente, pautam a possibilidade da disposição. Quando maior a disparidade jurídica dos sujeitos (porque reúne aspectos econômicos, sociais, e que de alguma forma tocam ao ambiente do processo), menor a possibilidade da disposição do contraditório e da margem do decidível. Um regime de compensação<sup>56</sup> que instrumentaliza o contraditório pela lente da igualdade material e pelo caráter social do direito em análise. Isso tudo porque, como será visto, a homologação do acordo não julga nada; quem julga não homologa, quem homologa não julga.

No entanto, existe uma questão de direito *prévia* à homologação.

*Antes de homologar, o juiz deve analisar a igualdade material dos sujeitos e o caráter social do objeto do processo.*

Um aporte ressaltado até para o negócio processual típico (art. 190, § único, CPC).

Isso não consiste em julgar, mas é ponderar o peso dos interesses em momento *precedente* à concessão de eficácia processual à convenção das partes sobre o objeto do processo. Todo o juízo supõe uma pré-compreensão. O ato de homologar, embora não julgue o objeto do processo, possui um juízo, que está presente nessa questão *prévia* à homologação propriamente dita. A interpretação é sempre devedora da compreensão, logo, antes de homologar, o juiz deve compreender ou ponderar a paridade substancial da convergência.

<sup>55</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 209 e seguintes.

<sup>56</sup> Esse regime de compensação é de maneira implícita avistada por Nicola Picardi, quando comenta a necessidade do contraditório forte – uma “força” que não possui dimensão exata –, mas que possui uma função de manutenção da igualdade das partes, uma razão social qualificada. “Il contraddittorio in senso forte ha un funzione compensativa delle ineguaglianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed uguaglianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato l’<ordine isonômico>”. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 234.

A proposta não fere a perspectiva vertical ou assimétrica do processo civil, apenas lhe ratifica um matiz colaboracionista. Quando as partes negociam sobre o objeto do processo, o negócio jurídico do direito material, que é inserido no processo civil, apenas afeta a posição que elas, ao mesmo tempo, ocupam em relação ao julgador. Entre as partes, o contraditório está sempre presente, ou melhor, *o contraditório se transforma em uma convergência*, porque as partes estão mais próximas que nunca, através da bem sucedida negociação intersubjetiva. Um fenômeno que empresta solução de civilidade e não despreza a jurisdição ou o processo, tampouco os remete à natureza de remédios de segunda ordem, mas preserva a feição específica da tutela do direito.

Pelo exposto, os atos processualizados possuem uma existência “acidental”<sup>57</sup> ao processo, no sentido de não serem necessários ao deslinde natural até ao advento da decisão. O mais correto seria os denominar ato “procedimentalizado”<sup>58</sup>, porque ele se insere no procedimento e produz o efeito de retirar a necessidade de um processo e de uma decisão.

O ato processualizado aparece para de alguma forma barrar, frenar, ou obstaculizar o contraditório, que qualifica o procedimento como um processo. Assim, afeta a necessidade de uma decisão e retira, conseqüentemente, a imutabilização pela coisa julgada (o diálogo que resulta em decisão é o que se imutabilizaria, dispensado o primeiro, queda o conseqüente).

Intuitivo concluir que o processo jurisdicional sobrevive sem os atos processualizados. O trâmite natural de um processo inicia com uma demanda, trafega no desenvolvimento com o contraditório e culmina na decisão. Essa é a regra geral das coisas. O ato processualizado aparece no processo para trazer convergência e retirar o seu antípoda, a necessidade do contraditório, o que na prática pode ser compreendido como a disposição do objeto<sup>59</sup> do processo – porque não existe processo sem o contraditório.

De outro lado, se o processo sobrevive sem o ato processualizado – que lhe é

---

<sup>57</sup> Sem utilizar a denominação “ato processualizado”, considerando-o como um negócio processual (o que é um equívoco), Vittorio Denti chega a referir uma transação ou uma conciliação (negócios jurídicos processualizados) não produzem efeitos para o processo, mas são relevantes para o processo. Ver DENTI, Vittorio. *Negoziio processuale*. Enciclopedia del diritto, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 141.

<sup>58</sup> Por questão de fixação do conteúdo, o texto permanece utilizando a terminologia “ato processualizado”, apesar de tecnicamente ser mais correto o nome “ato procedimentalizado”.

<sup>59</sup> Na prática, o ato processualizado retira o processo de cena. Academicamente, é questionável se a disposição recai sobre o processo mesmo, sua estrutura qualificada pelo contraditório, ou sobre o objeto do processo. Particularmente, mais palatável falar que os sujeitos disponham de um objeto. Um objeto consistiria em uma coisa passível de disposição. Nossa lente kantiana indicaria tal raciocínio. No entanto, geralmente, a convenção sequer toca no objeto do processo, mas de alguma forma altera a necessidade do contraditório. A questão é das mais complexas. É tênue e, certamente, despertará profícua discussão.

*acidental –, o processo não subsiste sem a prática dos atos processuais típicos, que atuam como verdadeiros átomos daquele habitat ou todo maior.*

Para o estudo da “ação anulatória” não interessam os atos processuais típicos. Sua análise é de *obiter dictum*. O art. 966, §4º, CPC, reclama a compreensão do ato processualizado, porquanto observam a essência do ato ou negócio jurídico do direito material, cotejando-o perante o sistema de nulidades do direito material.

O ato processualizado é o *objeto*<sup>60</sup> da “ação anulatória”.

A internalização de um ato ou negócio do direito material para dentro do procedimento é efetuada por um ato processual típico, um ato de “processualização” (procedimentalização). Geralmente, esse ato processual de internalização apenas encobre negócio jurídico do direito material e o conjunto disso resulta no ato processualizado – ato ou negócio subjacente + ato processual típico –, e assim retira a necessidade do contraditório e abrevia ou elastece a solução da causa<sup>61</sup>.

O ato processualizado encerra uma solução do objeto do processo por intermédio da autocomposição. Até certo ponto é verdadeira a regra geral que identifica o ato processualizado com a disposição do direito, o que está muito bem estabelecido no art. 966, §4º, do CPC. À doutrina, cabe sedimentar os contornos do ato processualizado, sua fonte normativa, estrutura e funcionalidade, para afastar reducionismos pragmáticos.

<sup>60</sup> A noção é fundamental: no plano do direito material, são analisados os atos e negócios jurídicos praticados pelas partes. Tais fenômenos de direito material, pela função que desempenham no processo, são trazidos para o interior do procedimento. O *link* de conexão entre o plano material e o processo se realiza por um ato processual típico e geralmente transparente, responsável pela colocação daqueles atos e negócios no interior do processo. Daí resulta a aparente confusão: sempre haverá um ato processual típico – seja ele bem visível, ou transparente em termos de efeitos, como na grande maioria das hipóteses, porque esses últimos possuem a singela finalidade de internalizar o ato ou o negócio jurídico praticado pelas partes no plano do direito material.

<sup>61</sup> Serem “irrelevantes ao atingimento da eventual atividade decisória” significa que os atos processualizados abreviam o processo. O ato processualizado abrevia uma latente ou evidente litigiosidade, que seria pressuposta da decisão, do julgamento, consoante será analisado. Daí referir que a essência do objeto da ação anulatória é um ato regulamentado pelo direito material: basta observar a transação, a renúncia o direito, o reconhecimento do pedido – situações que extinguem o processo, mas não exigem o julgamento do mérito, apesar de “resolverem” o mérito. Parece açodada a referência de José Rubens Costa quando escreve que “atos da parte expostos à ação anulatória serão todos os que não conduzam à solução de qualquer conflito, os praticados na jurisdição voluntária, no processo cautelar, os de desistência da ação de conhecimento ou de execução, os de substituição de tutores, curadores, arrematação, adjudicação, remição, etc.” Com efeito, diz o ditado que “o que não tem solução, solucionado está” – ou seja, o ato processualizado não retira a solução do processo, entretanto, abrevia a solução, arrefecendo o contraditório e de alguma forma, na prática, correspondendo a uma disposição do processo e da necessidade de uma decisão e da coisa julgada. Afinal, o ato processualizado é um “ato jurídico perfeito” e isso tem a mesma envergadura de direito fundamental equivalente à coisa julgada. Ver Ação desconstitutiva de ato processual, *Revista Forense*, n. 383, p. 194.

## **2. OS EFEITOS DA PROCESSUALIZAÇÃO E A QUESTÃO DA INVALIDAÇÃO DO ATO PROCESSUALIZADO (AÇÃO ANULATÓRIA)**

O ato processualizado possui uma função específica no processo, porquanto limitando o coeficiente do contraditório em virtude da convergência dos sujeitos parciais. O ato processualizado é expressão da autonomia privada no ambiente processual.

A tutela do direito agradece – a tutela não trata de meros “direitos subjetivos”, antes considera o “interesse” como produto de posições jurídicas, e que reflete uma multifatorialidade de possibilidades satisfativas.

O ato processualizado possui uma funcionalidade, uma estrutura, e uma forma de execução ou cumprimento do ato ou negócio subjacente, totalmente diversa da realidade conceitual do título executivo extrajudicial. A função, para o processo, é *quebrar* o contraditório e, por decorrência, arrefecer o litígio processual, mesmo; a estrutura consiste em um ato ou negócio jurídico do direito material + o ato institucional; e a modalidade legislativamente eleita para a execução do ato processualizado é como se fora um título executivo judicial (art. 487), porque celebrado no interior do processo.

Com a lente focada na possibilidade de instrumentalizar as relações entre direito e processo, por intermédio do dualismo moderado, ressaltar que a (a) fonte normativa do ato processualizado é o direito material. Através de um corte longitudinal na essência do ato processualizado, observar que a sua (b) estrutura é complexa, porque reúne um ato ou negócio jurídico do direito material + um ato processual geralmente invisível. Tudo isso – fonte normativa e estrutura – são muito mais consequências que pressupostos da (c) finalidade ou função desempenhada pelo ato processualizado, que é a função de realizar a tutela do direito dos sujeitos parciais do processo, com a força da autonomia privada, e, por decorrência, dispensar a necessidade do contraditório e do processo, enquanto métodos para resolver um litígio e se recrudescerem pelo método da coisa julgada.

A transição lógica e cronológica entre o plano do direito material e o plano processual formula a síntese do ato processualizado:

ato processualizado	fonte normativa	direito material
	estrutura	ato ou negócio jurídico do direito material + ato processual típico (geralmente invisível, mas que às vezes produz efeito aparentemente típico da tutela jurisdicional)
	finalidade	a tutela dos direitos dos sujeitos parciais do processo que, por atingirem tal escopo por intermédio da convergência, passam a dispensar o contraditório e o processo (métodos para a solução de litígio)

Os fatores se coordenam mutuamente para formar o ato processualizado, uma *quintessência*, com efeitos sobre o *direito material* e sobre o *processo*.

A lente da interpretação é o instrumentalismo entre o plano do direito material e o plano processual.

Um dualismo denominado moderado.

A teoria geral do direito e o seu capítulo da teoria do fato jurídico implicam efeitos no plano do direito processual civil. Os fatos, atos<sup>62</sup> e negócios jurídicos processuais, todos no sentido estrito, são realidades conceituais que também ultrapassam os planos da existência, da validade e da eficácia na ciência do processo.

A nota diferencial é que o processo civil se organiza por intermédio de um qualificado formalismo de direito público, sobremaneira precavido da eventualidade do arbítrio, ao mesmo tempo em que garante a liberdade aos sujeitos processuais. Disso advém a necessidade de o fato processual *típico* obedecer a requisitos específicos: sujeito, objeto e formas definidas pelas regras próprias do processo civil.

A diferenciação entre o fato ou ato processual e o ato processualizado é fundamental para que seja estabelecido, por consequência, os diferentes regimes de invalidades aplicado a cada espécie desses atos *do* processo.

<sup>62</sup> Inclusive, existe a defesa dos atos-fatos jurídicos no certame processual, consoante Didier Jr. e Pedro Nogueira, op. cit., passim.

Com efeito, se a essência o ato processualizado é preenchido por um ato ou negócio jurídico praticado pelos sujeitos, *nos termos do direito material*, chega a ser intuitivo que o regime de invalidades do ato processualizado também obedece aos ditames do direito material. A internalização ou a processualização do ato ou negócio das partes é acidental ao processo, ocorre para transformar o contraditório em contingência de convergência (e vice-versa).

Portanto, a origem jurídica do ato processualizado não permite que o direito processual pautar a respectiva motivação de invalidade<sup>63</sup>. Em outras palavras, *o ato processualizado perpassa pelos planos da existência, da validade e da eficácia regrados pelo direito material, e não pela existência, validade e eficácia com referência às normas do processo civil*.

Por outro lado, fácil constatar que o direito processual civil rege os planos de existência, da validade e da eficácia, então aplicáveis ao ato processual, o que é inerente à tipicidade desses atos. *O problema da invalidade do ato processual é de outra natureza*, bem diferente do *problema trabalhado quando se fala na invalidade do ato processualizado* – invalidades tipicamente processuais estão previstas nos arts. 246 e seguintes, além de normas esparsas, mas que são normas tipicamente processuais.

Juridicamente inaceitável<sup>64</sup> a aplicação de um sistema de nulidades por outro, porque regidos por princípios específicos. A dinâmica do processo enseja o império do princípio do prejuízo, apenas para citar um aspecto peculiar.

A diferença entre ato processual e ato processualizado permite separar os regimes de invalidade no seguinte esquema:

---

<sup>63</sup> O ato processualizado não prescinde do ato processual típico, ou melhor, depende de um ato processual típico e geralmente transparente para se internalizar no processo. Todavia, para a finalidade demonstrativa, interessante tratar as duas realidades como se antípodas o fossem: ato processual típico *versus* ato processualizado.

<sup>64</sup> TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. Revista dialética de direito processual, n. 29, p. 41.

Ato processual (típico)	Ato processualizado (ato ou negócio jurídico do direito material, praticado pelos sujeitos processuais e internalizado ao processo)
ato jurídico com caracteres qualificados: sede, sujeitos praticantes, efeitos imediatos no procedimento, e habitat essencialmente processual	ato ou negócio jurídico de direito material + ato processual típico, que insere aquele primeiro no <i>locus</i> processual
essencial e instrumental ao processo (imediata ou diretamente processual)	funcional, porém, ocasional ao processo (existência mediata ou indiretamente processual)
regime de invalidades: arts. 276 e seguintes do Código de Processo Civil	regime de invalidade: art. 966, §4º, CPC

O ato processualizado está para o regime de nulidades do direito material (normas do direito civil, administrativo e demais categorias pertinentes), assim como o ato processual típico atende ao regime de nulidades pertinente ao direito processual (regulado pelas normas do Código de Processo Civil e legislação afim).

Calmon de Passos resume: “Somente os atos jurídicos de direito material comportam o exame da conformidade ou não entre a vontade interna e a vontade manifestada, entre a intenção e a declaração. Os atos que no processo parecem permitir tal exame, como a transação, em verdade são atos de direito material, com efeitos nitidamente substanciais, comportando a invalidação por ação direta e pelos meio próprios à invalidação dos atos jurídicos em geral. Eles são invalidados fora do processo, como atos de direito material, nos seus efeitos de direito material. Tais atos não são processuais, sim conteúdo de atos processuais”<sup>65</sup>.

Imperioso atentar que o ato processualizado se internaliza no processo por intermédio de um ato processual típico, e que *geralmente* é transparente. Contudo, existem hipóteses em que esse ato processual de internalização possui efeito e eficácia típica<sup>66</sup> da Jurisdição, como no caso de um acordo sobre

<sup>65</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

<sup>66</sup> Recordo que o dispositivo permite uma dupla ordem de interpretação. Primeiro, que sobre a tutela do direito providenciada pelas próprias partes, seja somado o efeito da tutela jurisdicional que, assim, “decreta” a desconstituição da sociedade conjugal ou o vínculo matrimonial. De outro lado, o sistema normativo permite interpretar que por sobre a tutela do direito acertada pelas partes, a Jurisdição apenas promove a “publicização” da ruptura da relação jurídica, da mesma sorte que ocorre no registro de uma escritura pública para adquirir um imóvel. Tanto que, no caso de o casal não possuir filhos menores, a separação ou divórcio é celebrada diretamente em cartório extrajudicial. Isso não é mera coincidência, mas o sistema normativo

a separação entre os cônjuges que possui um filho menor de idade<sup>67</sup>. Por sobre a convenção das partes, deve haver um provimento jurisdicional que *decreta* a separação ou o divórcio do casal. Saliento que as partes concordam sobre o valor jurídico perseguido, isto é, concordam sobre os termos da tutela do direito e, por questão de política institucional, a ruptura da sociedade conjugal (separação) ou a ruptura do vínculo matrimonial (divórcio) reclama a chancela eficaz da tutela jurisdicional, pois o “decreto” da separação ou do divórcio depende de um ato de autoridade. Um ponto assaz desprezado pelos comentadores.

Por isso a tautologia ao frisar que, apenas “geralmente”, o ato processual típico que efetua a internalização do ato ou negócio jurídico das partes é *transparente ou invisível*, tendo em vista que existem hipóteses nas quais tal ato não é invisível porque empresta a força da tutela jurisdicional para que seja juridicamente possível a tutela do direito.

De qualquer maneira, vale dizer que o ato processual e o ato processualizado não se confundem. Cada uma dessas espécies de atos *do* processo reclama um peculiar regime de invalidades.

Ato processual típico *versus* ato processualizado.

Ambos possuem uma característica fundamental que os aproximam pela superfície sensível – a nota da processualidade.

Qualquer semelhança não é mera coincidência. Daí a importância da vivificação das premissas metodológicas de análise para uma compreensão dos institutos do processo e do respectivo regime de invalidades, seja o aplicável aos atos processuais típicos (arts. 276 e seguintes do CPC), seja o aplicável aos atos processualizados (art. 966, §4º, do CPC).

## CONCLUSÃO

O ato processualizado consiste em um ato ou negócio tipicamente do direito material que é internalizado ao processo. Assim, ele repercute efeitos inerentes ao direito material, e somente pode ser desconstituído consoante as normas do direito material (art. 966, §4º, do CPC).

---

preordenando meios para o atingimento de uma mesma finalidade. A diversidade de interpretações, na prática, não altera a questão do problema da “ação anulatória” e de seu objeto. Agora, é interessantíssima questão, quiçá, não meramente acadêmica.

<sup>67</sup> Vide art. 1.124A do CPC.

O Código de Processo Civil modificou a topologia do instituto, porém, manteve-se a essência, apenas elencando, expressamente, a figura do negócio jurídico processual – que é fenômeno diverso.

Tudo sopesado, é necessária a expressa menção normativa sobre o ato processualizado e sobre a ação anulatória, nos termos do direito material. Embora tal categorização seja heterotópica – norma de direito material colocada no bojo do CPC.

## REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil, vol. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. III. Trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2010.
- COSTA, José Rubens. Ação desconstitutiva de ato processual, Revista Forense, n. 383.
- DENTI, Vittorio. Negozio processuale. Enciclopedia del diritto, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978.
- DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003,
- DONDINA, Mario. Atti processuali (civili e penali). Novissimo digesto italiano, I. Torino: UTET, 1957.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- \_\_\_\_\_. Procedimento e processo (teoria generale). Enciclopedia del diritto, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.
- \_\_\_\_\_. Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano, vol. XIII, Torinese, 1957.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- MARDER, Alexandre Salgado. Das invalidades no direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Tomo III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de processo civil, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICARDI, Nicola. Manuale del processo civile. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil, tomo I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1957.
- SATTA, Salvatore. Direito processual civil, vol. I. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Curso de processo civil, vol. 1, Processo de conhecimento, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. Revista dialética de direito processual, n. 29.

---

# *RIO SOB INTERVENÇÃO FEDERAL: “ARRANJO INSTITUCIONAL” PARA GARANTIR LEI E ORDEM?*

---

*Cesar Caldeira*<sup>1</sup>

**Resumo:** Esta análise de política aborda a formação da agenda do novo pacto federativo, que propiciou um “arranjo institucional” realizado sem reforma da Constituição de 2018. Feito com base em espécies normativas emergenciais e urgentes como o decreto de intervenção na área de segurança pública e medidas provisórias que asseguram “créditos extraordinários” para financiar as atividades do GIF e a implantação da SNSP. Esclarece ainda como este processo decisório acelerado se legitimou no sistema constitucional, com a *parceria de setores militares* e forte apoio do Congresso Nacional. Assim aflora a questão simultaneamente complexa e ambígua da “segurança interna” na Federação, com a atuação *ampliada* de militares ante as ameaças das organizações criminosas de repercussão nacional e internacional.

**Palavras-chave:** Crime organizado. “Arranjo institucional”. Novo papel da União. Análise de política.

**Abstract:** This policy analysis approaches the agenda setting of a new federal pact, that turned effective na “institutional arrangement”, realized without a Constitutional reform. Approved on the basis of emergencial and urgente norms, like the decree of federal intervention in the área of public security, provisional measures that allowed for “extraordinary credits” to finance the GIF e and the creation of the SNSP. The paper explains how this fast decision-making process gained legitimacy in the Constitutional system, with the partenership of military sectors and with strong support in the Congress. So

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre pela Yale Law School (New Haven, Connecticut, EUA). Prof. Associado IV da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Mestrado em Direito e Políticas Públicas UNIRIO, Rio de Janeiro, Brasil. Pesquisa com apoio FAPERJ.

also emerges the the complex and ambiguous question of new and broader functions for the military fighting threats from national and transnational criminal organizations.

**Keywords:** Organized Crime, “Institutional Arrangement”, New Role of the Union. Policy Analysis.

## INTRODUÇÃO

A intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, decretada na sexta-feira, dia 16 de fevereiro de 2018, pelo presidente Michel Temer (PMDB-SP), objetiva “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” (CF, art. 34, III). Com a aparente anuência do governador Luiz Fernando Pezão (PMDB-RJ), esta medida excepcional, emergencial e temporária prevista na Constituição Federal aplica-se somente à área de segurança pública fluminense. O Interventor nomeado general Walter Souza Braga Netto permanece como comandante Militar do Leste (CML), com suas atribuições coordenar as atividades do Exército brasileiro nos estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro. O Interventor está subordinado apenas ao Presidente da República, durante a vigência da intervenção prevista até o dia 31 de dezembro de 2018 (Decreto Nº 9.288). Este dispositivo é aplicado pela primeira vez durante a vigência da Constituição de 1988 e, em consequência, dúvidas e polêmicas políticas e jurídicas irrompem, em parte, também devido às disputas das eleições gerais de outubro.

O efetivo ponto de partida desta pesquisa reside, porém, no reconhecimento do intenso uso e vigência de um conjunto de *normas temporárias e excepcionais* que se aplicam no estado do Rio de Janeiro. Na área econômica fiscal estão em vigor o Plano de Recuperação Fiscal (Decreto Nº 9.109, de 27 de julho de 2017)<sup>2</sup> e o decreto de calamidade financeira na administração pública (Lei n. 7.483/2016). Na área de segurança pública foram aplicados três decretos de Garantia da Lei e da Ordem (GLOs) desde fevereiro de 2017, além da inusitada intervenção federal. E, acrescenta-se, que o governador Pezão e o vice-governador Francisco Dornelles (PP-RJ) estão com seus mandatos eletivos cassados por abuso de poder político e econômico na campanha eleitoral de 2014, com os recursos esgotados perante o Tribunal Regional Eleitoral do Rio desde abril de 2017 (TRE-RJ, 2017, p.23-27).

---

<sup>2</sup> O Plano de Recuperação Fiscal (PRF) negociado com a União, por prazo inicial de três anos, é monitorado pelo Conselho de Supervisão, composto de representantes do Ministério da Fazenda e do Tribunal de Contas da União (TCU).

Porém, continuam a governar enquanto apelam ao Superior Tribunal Eleitoral<sup>3</sup> (MOURA; PUPO, 2018).

Considerando este peculiar contexto normativo e político fluminense – abordado como “problema perverso”<sup>4</sup> - se descreve, na primeira parte do artigo, o ciclo deliberativo no plano federal de aprovação da intervenção. Destaca-se protagonismo do Presidente, enquanto ator institucional, com o uso do decreto de intervenção e das medidas provisórias, inclusive para abrir crédito extraordinário para financiar as ações no Estado do Rio de Janeiro. O processo decisório evidencia o apoio do Congresso Nacional na formação da nova agenda de segurança pública. Dos bastidores do executivo federal à aprovação, com substancial apoio no Congresso Nacional, a decisão legal da intervenção federal se efetivou em menos de uma semana após o Carnaval de 2018. A análise visa esclarecer como este processo decisório acelerado se legitimou no sistema constitucional, com a parceria de setores militares. Dessa maneira, aflora a questão simultaneamente complexa e ambígua da “segurança interna” na Federação, com a atuação *ampliada* de militares ante as ameaças das organizações criminosas e do descontrole institucional, *como a corrupção policial nos estados*, de repercussão nacional e internacional. Em termos comparativos atuais consiste num padrão de mudanças assemelhadas aquelas em andamento no México em 2017 (Lei de Segurança Interna) e na Argentina (com o decreto do presidente Mauricio Macri de 27 de julho de 2018).

Nesta análise o episódio da intervenção federal é interpretado como uma *hipótese* de “*ruptura pactuada*” para superar o “colapso da concepção constitucional de 1988 em matéria de segurança pública” (JUNGMANN, 2018, p. 26) *sem reforma constitucional*. O foco *não* está, portanto, na avaliação da implementação das ações de combate à violência urbana ou criminalidade de rua (street crime) com policiamento em cinco meses. A perspectiva usada verifica se, e como, a intervenção federal *reagiu às organizações criminosas*. Existe precedente nestas iniciativas: de 1992 até 2017, 41% das operações das Forças Armadas no Rio se destinaram ao combate ao crime organizado (AGÊNCIA ESTADO, 2018).

O objetivo do artigo é mais amplo. Pretende verificar se o Decreto Nº 9.288

---

<sup>3</sup> O procurador-geral eleitoral, Humberto Jacques, defendeu a cassação da chapa e pediu para que novas eleições diretas fossem realizadas no Rio.

<sup>4</sup> Um problema social complexo para o qual não existe um método simples e evidente para obter uma solução adequada.

abriu uma “janela de oportunidade”<sup>5</sup> para gerar um “arranjo institucional”, com efetivo e contínuo apoio político, que *federaliza* as articulações na área de segurança pública. Por isso, a análise de política (policy analysis) apresenta três questões sobre as repercussões políticas e institucionais *nacionais* dessa intervenção federal no Rio, realizada concomitantemente com uma prolongada Operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Primeira: a intervenção federal constitui um momento raro e especial para o lançamento de um “arranjo institucional” estável que modifica as diretrizes da política de segurança pública *no âmbito da federação – uma “política de Estado?* Segunda: o “marco institucional” que vem sendo construído até julho de 2018 representa ruptura importante ou desvio significativo em relação a alternativas postas na agenda política anterior à intervenção federal? Terceira: quais serão as funções das Forças Armadas em sua atuação na segurança *interna* após esta missão de gestora de reorganização e de capacitação dos órgãos de segurança pública no Rio? Em outras palavras, a intervenção fluminense será única ou é provável que seja reproduzida em outros estados com graves crises na área de segurança pública?

Na segunda parte, desvenda-se o significado de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”, expressão ambígua, a partir dos objetivos, metas, e justificativas oficiais, enfatizando seus efeitos no *pacto federativo* e nas *relações civis/militares*. A atenção recai sobre a concepção de “ordem pública” afirmada como *objetivos* da política de *segurança*. A pesquisa indica que após a aprovação da decisão da intervenção federal, surge um *processo de resolução de problemas* “mal estruturados” (SIMON, 1997, p.128-129) que demandam dos decisores sua representação delimitada em *questões específicas*. Nesta etapa são selecionadas alternativas político-administrativas – cursos de ação a serem executados. Inúmeras polêmicas surgem, principalmente, no âmbito do estado federado sobre os limites e controles dessas ações. É ainda nesta fase que se divulga o Plano Estratégico da Intervenção Federal entregue ao Presidente da República no dia 20 de julho. O documento enuncia, afinal, o “diagnóstico” estratégico e elenca, por exemplo, “as ameaças”. Por que num modelo decisório burocrático militar, centralizado num Gabinete de Intervenção Federal sob ordens de um poderoso Interventor, este plano leva cinco meses para ser divulgado? Os militares estiveram em 17 GLOs desde 2010 no Rio, o que supõe um acúmulo de informações e experiência prática com a desordem no estado.

---

<sup>5</sup> A expressão vem de John Kingdon (2003) cujo modelo de Múltiplos Fluxos é usado para a análise da formação da agenda e seleção de alternativas de políticas públicas.

Nas entrevistas públicas iniciais, o Interventor Braga Netto apresentou um gráfico (arquitetura de comando e controle e relações institucionais) que enfatizava a concentração de poder decisório durante a intervenção federal. No nível político, recursos econômicos e financeiros seriam assegurados pelo governo do Estado do Rio para o pagamento de salários e despesas de custeio das forças de segurança. Este aspecto político e financeiro é, de fato, crucial para não descontentar um setor corporativo de grande capacidade reivindicativa e de paralisações (motins). No final de 2017, o governo estadual criou o Fundo Estadual de Investimento e Ações de Segurança Pública (Fised), que recebeu o primeiro aporte de recursos (90 milhões de reais) em agosto de 2018 (SCHMIDT, 2018).<sup>6</sup>

Outro ator relevante é o presidente Temer que editou duas medidas provisórias para garantir a aprovação de recursos - R\$1.2 bilhão - para o Gabinete da Intervenção Federal (GIF). E para criar, além do cargo do Interventor, mais 38 cargos em comissão de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) e 28 funções comissionadas. Apesar da urgência dessas iniciativas para a estruturação institucional, os senadores somente aprovaram as medidas em 11 de julho de 2018, cerca de cinco meses após o decreto da intervenção federal.

Na moldagem do novo arranjo institucional, Raul Jungmann sobressai como importante “empreendedor de política”, aquele que busca a junção dos fluxos da política, dos problemas e das soluções. Ex-ministro da Defesa de Temer, desde maio de 2016, foi deputado pelo PPS-PE e atuou com destaque no governo Fernando Henrique Cardoso entre 1996-2002. Dez dias após a decretação da intervenção federal, Jungmann assumiu a Secretaria Extraordinária de Segurança Pública, gerada também por medida provisória. Com esta alteração, pela primeira vez desde 1999, um militar assumiu o Ministério da Defesa, o general da reserva do Exército Joaquim Silva e Luna<sup>7</sup>, com o apoio do ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), general Sérgio Etchegoyen.

Em 10 de julho de 2018 foi aprovado o Ministério da Segurança Pública (Lei 13.690). Inicialmente parecia um desmembramento do Ministério da Justiça. Porém traz inovações que direcionam o novo “arranjo institucional” em elaboração. Caberá ao Ministério *coordenar a integração com os outros entes federativos* (Distrito Federal, estados e municípios) nessa área, além de

---

<sup>6</sup> Do total, cerca de R\$ 70 milhões são destinados à Secretaria de Segurança e visam a garantir mais policiais nas ruas, adquirir equipamentos e arcar com despesas contratuais e de manutenção.

<sup>7</sup> O general Silva e Luna foi efetivado no dia 13 de junho, após atuar interinamente desde fevereiro de 2018.

planejar e administrar a política penitenciária nacional. Também está prevista a criação do Instituto Nacional de Estudos sobre Segurança Pública (Inesp), com natureza jurídica de fundação pública. A lei estabelece missões modernizadoras e profissionalizantes nas políticas públicas de segurança (Lei 13.690, art. 68-A, incisos IV–VII) que visam a integração das entidades federativas através de planos e programas. Isto tudo é indispensável para a prevenção e o combate a organizações criminosas.

Por fim, nesta introdução ao *conjunto de modificações institucionais* recentes, acentua-se a aprovação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP): a Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018. Visa integrar os órgãos de segurança pública, como as Polícias Federal, Rodoviária Federal e estaduais, as secretarias de segurança e as guardas municipais, para que atuem de forma cooperativa, sistêmica e harmônica. O protagonismo da União encontra-se no centro do SUSP. O art. 3º indica: Compete à União estabelecer a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer suas respectivas políticas, observadas as diretrizes da política nacional, especialmente para análise e enfrentamento dos riscos à harmonia da convivência social, com destaque às situações de emergência e aos crimes interestaduais e transnacionais. O princípio do interesse preponderante é *nacional*, pois se adequada ao enfrentamento da criminalidade que opera do território local ao global, e no espaço virtual, como tráfico ilícito na *deepweb*.

A hipótese interpretativa apresentada nesta análise de política supõe que os graves problemas de *segurança pública*, em particular aqueles *associados às atividades das organizações criminosas*, inclusive de dentro de penitenciárias de segurança máxima, e aos *mercados ilícitos*, estão na mira do novo “arranjo institucional”. Ou seja, deste *conjunto de disposições legais, medidas e iniciativas políticas governamentais*, como, por exemplo, o uso do mecanismo constitucional da “intervenção federal” na área de segurança pública, a criação do Ministério da Segurança Pública, a criação do SUSP, o Plano Estratégico da Intervenção, pacote de leis da “Comissão de Juristas” contra organizações criminosas (PL 10372/18) encaminhadas em 8 de maio ao Congresso Nacional. Tal arranjo, efetivado sem reforma constitucional, consolidaria a União como a entidade federativa dominante, com funções de integradora e de gestora na matéria. Seria, portanto, uma *tendência de superação das crenças e ideias*, muito arraigadas na cultura das polícias militares e civis estaduais e dos governadores, que *os problemas da criminalidade seriam de responsabilidade preponderante dos estados da federação*.

E que somente em crises graves, em atos que evidenciam a solidariedade do governo federal, seria benvinda a iniciativa ou “ingerência” na criminalidade que acontece nos estados federados.

Eis a pergunta que oferece o mapa da pesquisa. Por que, quando, com quais instrumentos legais de urgência, e com quais efeitos estaria em andamento a construção de um “arranjo institucional” que afasta provisoriamente resistências corporativas e estabelece normativamente a (re) articulação do pacto federativo, alterando as relações tradicionais das instituições da área de segurança pública e das Forças Armadas?

## **I. DECISÃO PRESIDENCIAL, APOIO DO CONGRESSO E JUSTIFICATIVAS DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO RIO: A FORMAÇÃO DA AGENDA GOVERNAMENTAL FEDERAL**

Interesses e mecanismos institucionais concorreram para a inédita decisão da decretação da intervenção federal através do Decreto Nº 9.288. Primeiro, destaque-se a peculiaridade política-jurídica desta intervenção federal.

Do ponto de vista constitucional, cabe ao Presidente da República, com base no art. 84, caput, inciso X da Constituição, decretar de ofício, de maneira espontânea, a intervenção na hipótese do art. 34, III (defesa da ordem pública). É considerado um ato político administrativo de competência presidencial. A decisão entra vigor na data da publicação do decreto. É um procedimento constitucional que oferece grande protagonismo ao Presidente que apenas ouvirá em caráter consultivo o Conselho da República (CF art. 90, I) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, §1º, II). No Conselho da Defesa Nacional, onde tem assento os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, houve aprovação do decreto por unanimidade. E no Conselho da República dois deputados da oposição se abstiveram.

A minoria parlamentar imediatamente tentou mudar a arena decisória e *judicializar a questão política*. O deputado Ivan Valente (PSOL-SP) ingressou com um mandado de segurança, com pedido de liminar, para suspender a votação do Decreto Nº 9.288 na Câmara dos Deputados. O relator da matéria, Min. Celso de Mello do STF, não acolheu o pedido e fundamentou a decisão de não interferência judicial da forma seguinte:

*O Presidente da República, nesse particular contexto, ao lançar mão da extraordinária prerrogativa que lhe defere a ordem constitucional, age mediante estrita avaliação discricionária da situação que se lhe apresenta e que se submete, por isso mesmo, ao seu exclusivo juízo político, revelando-se, por tal razão, insuscetível de apreciação, quanto à oportunidade, à necessidade, à utilidade ou à conveniência dessa extraordinária medida, pelo Poder Judiciário (BRASIL, MS 35537 MC/DF, p. 5)*

Houve outro, quase simultâneo, questionamento judicial no STF (ADI 5.915<sup>8</sup>) sobre o fato destas consultas aos referidos Conselhos ocorrerem na manhã de segunda-feira 19 de fevereiro, após a publicação do Decreto Nº 9.288. Há polêmica doutrinária sobre a exigência de consulta prévia. Gilmar Mendes entende que esta não cabe se for “caso de evidente urgência” (MENDES, 2017, p. 859). Porém, o Autor cita Ricardo Lewandowsky e Alexandre de Moraes – atualmente ministros do STF – que em obras doutrinárias lecionaram que o decreto estaria condicionado a esta prévia consulta. (ADI 5.915, p. 16). O Autor da ação (PSOL) argumentou ainda que o Conselho da República (CF art. 89, VII) não tinha sua composição atual, quatro dos seis membros da sociedade civil, o que retiraria por completo sua legitimidade. O relator da ADI 5.915 é o Ministro Lewandowski.

Assim como no caso das medidas provisórias (CF, art.62), a principal espécie legislativa usada para impor ao Congresso sua agenda legislativa em termos de conteúdo e prazos, o Presidente teve assegurado com decreto interventivo um instrumento de *urgência* para ingerência na autonomia dos estados federados e para interrupção da tramitação de emendas constitucionais. É uma circunstância política relevante que a PEC da Reforma da Previdência (PEC 287/2016) estivesse agendada, segundo o ministro da Secretaria de Governo Carlos Marun (MDB-RS) para começar a discussão no plenário da Câmara no dia 20 de fevereiro, mesmo se não se confirmassem ainda os 308 votos indispensáveis para sua aprovação (CARAM, 2018)<sup>9</sup>.

De fato, o Congresso Nacional aprovou o decreto da intervenção federal na terça-feira dia 20 de fevereiro em sessões extraordinárias nas duas casas. Na Câmara do Deputados, a medida obteve 340 votos a favor, 72 contra e uma abstenção. A base parlamentar governista articulou-se rapidamente em apoio à intervenção num fim de semana quando havia um prazo de dez dias para a votação. Os partidos da oposição ao governo Temer, PT, PSOL e PC do B

---

<sup>8</sup> Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi ajuizada no dia 13 de março de 2018. Na semana seguinte quatro organizações não governamentais pediram ao STF ingresso como amicus curiae na ADI 5.915.

<sup>9</sup> Desinformação política divulgada no dia 15 de fevereiro, quando as reuniões no Rio e em Brasília já estavam orquestradas para a decretar a intervenção federal.

apresentaram os votos contrários. O PDT, partido do candidato à presidente Ciro Gomes que criticou o decreto, apoiou a intervenção (15 votos de deputados presentes de uma bancada com 21 parlamentares). O candidato a presidente Jair Bolsonaro (PSL-RJ) criticou o decreto, no entanto votou a favor. Dos 46 deputados do Rio de Janeiro, 35 votaram a favor e 4 estiveram ausentes. O presidente da Câmara Rodrigo Maia não votou devido ao cargo que ocupa, porém se pronunciou a favor do decreto. Nove legendas que orientaram seus deputados a votar a favor do parecer da deputada relatora Laura Carneiro (MDB-RJ) tiveram ao menos um voto que não seguiu a orientação da liderança.

No Senado Federal, foram 55 votos a favor, 13 contra e uma abstenção. Todos os senadores dos sete partidos da base do governo Temer, votaram a favor da intervenção. O único senador da REDE votou contra, junto dos os partidos da oposição (PT e PCdo B).

Os resultados das votações mostram *forte apoio congressual* ao polêmico decreto de intervenção federal num ano de eleições gerais, no qual o presidente Temer parecia politicamente enfraquecido no Congresso e alvo de grande impopularidade social, conforme indicavam as pesquisas de opinião. Por que os congressistas votaram dessa maneira para legitimar mudanças os órgãos de segurança e suas orientações num estado federado?

Na época da votação da chamada PEC do Teto dos Gastos a situação política estava também muito polarizada e havia maior mobilização da minoria parlamentar e dos movimentos sociais. No entanto, a Câmara aprovou o novo regime fiscal, em dois turnos, respectivamente por 366 votos a 111 (1º turno) em 11/10/2016 e com 359 votos a 116 (2º turno) em 26/10/2016. No Senado Federal, o texto agora nomeado PEC 55/2016 obteve aprovação em 29 de novembro, em primeiro turno, com 61 votos favoráveis e 14 contrários. E por 53 a favor e 16 contrários, em segundo turno, em 13 de dezembro de 2016. Esta consistiu na mais importante reforma apoiada pela coalizão política formada durante a mobilização parlamentar pró-impeachment da presidente Dilma Rousseff. É preciso refletir sobre a rearticulação dessa maioria política parlamentar face a agenda política de reformas na área de segurança pública.

Ainda que se atente para o trâmite menos dificultoso do Decreto Nº 9.288, a contagem dos votos revela que a iniciativa do governo Temer obteve um montante de votos de deputados e senadores suficientes para, em tese, aprovar

uma Emenda à Constituição. O procedimento legislativo de aprovação do decreto da intervenção segue o art. 47 da CF, que prevê maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa (ou seja, 257 deputados e 41 senadores presentes). Na votação do decreto de intervenção federal no Rio, que teve início na segunda-feira às 19 horas na Câmara, com obstrução da oposição (PT, PSOL e PC do B), a base governista obteve 340 votos de um total de 413 deputados presentes com direito a voto. Ainda na terça-feira, entre os 69 senadores votantes, 55 foram favoráveis. Esses números elevados de votos estão associados ao desenlace institucional latente na intervenção federal na área de segurança pública, via novo arranjo de participação das Forças Armadas?

Segundo aspecto controvertido na discussão do Congresso: qual seria o conjunto de recursos financeiros que a União deveria, ou poderia, se destinar ao apoio à execução das metas da intervenção federal. E qual o papel institucional do *governo do Rio* no recebimento e distribuição desses novos recursos. As respostas a essas indagações são essenciais para a efetivação financeira de qualquer (re) articulação do pacto federativo.

O decreto de intervenção impõe somente que o Interventor federal poderá requisitar todos os recursos estaduais afetos à segurança pública (Decreto Nº 9.288, art. 4º). A relatora, deputada Laura Carneiro, sugeriu que o presidente Temer editasse medida provisória, ou enviasse um projeto de lei orçamentária, que cobrisse os gastos da intervenção. No seu parecer a relatora indica que o orçamento da área de segurança em 2018, é de R\$8 bilhões, sendo que desse valor, 96% se destina ao pagamento de pessoal, 2.7% para custeio e apenas 1.3% para investimento. Na sustentação oral de seu parecer a relatora argumentou:

*Assim, para o ano de 2018, o valor destinado a custeio equivale a algo em torno de R\$ 216 milhões, enquanto o valor para investimentos é de aproximadamente R\$ 104 milhões. Se calcularmos que a intervenção federal terá a duração de 10 meses, chegamos ao ínfimo valor proporcional de R\$ 180 milhões para custear toda a logística das operações a serem realizadas durante a intervenção federal e ao valor de R\$ 87 milhões para garantir seus investimentos. Ora, é evidente que, sem o aporte significativo de recursos federais, a intervenção federal não conseguirá atingir minimamente os seus objetivos (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2018).*

A questão do pagamento das despesas do Estado do Rio durante a intervenção federal estava, portanto, posta com dramaticidade política. O Estado do Rio foi o

que mais reduziu gastos com segurança pública desde 2015. Em três anos houve um corte de R\$ 888 milhões, já atualizados pela inflação, uma queda de 9%. de acordo com dados da Secretaria do Tesouro Nacional (DIAS, CARNEIRO, 2018).

A expectativa irrealista era que a União devesse, ou pudesse, repassar de recursos face às limitações das normas e princípios da Administração Pública, em particular as regras de responsabilidade fiscal. Exemplo claro: a demanda feita por um decreto complementar que transferisse todas as despesas com pagamento de pessoal da segurança do Rio à União durante a intervenção (PAINEL, 2018). Do ponto de vista jurídico, é pacífico que a União não pode assumir despesas obrigatórias de caráter continuado de um ente da federação autônomo. Ao contrário da probabilidade de liberação fácil de verbas federais, as restrições orçamentárias e a fiscalização sobre os gastos seriam uma das questões principais do planejamento e execução da intervenção federal (PIRES, 2018).

O aspecto financeiro da intervenção federal esteve sempre *no centro* da discussão no processo decisório, desde a reunião do dia 15 de fevereiro no Palácio Alvorada, que articulou politicamente a edição do decreto presidencial. Compareceram o governador Pezão, os ministros Henrique Meirelles (Fazenda), Moreira Franco (Secretaria Geral), Dyogo Oliveira (Planejamento), Torquato Jardim (Justiça), Raul Jungmann (Defesa) e Sérgio Etchegoyen (Gabinete da Segurança Institucional da Presidência - GSI) e os presidentes da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ), do Senado, Eunício Oliveira (MDB-CE). Porém, somente foi foco de decisão após mais de um mês de vigência do decreto, e quatro dias após o assassinato da vereadora Marielle Franco (PSOL-RJ) e de seu motorista Anderson Gomes em 14 de março.

Em 18 de março revelou-se que um pedido de *crédito extraordinário* seria enviado ao Congresso para obter recursos para as operações da intervenção federal, e da Secretaria Extraordinária de Segurança Pública. Os valores demandados para intervenção seriam encaminhados posteriormente, após a consulta ao Interventor e ao ministro Jungmann. Não havia ainda definição das fontes dentro do Orçamento que seriam remanejadas para estas finalidades.

No primeiro levantamento divulgado, o Interventor constatou que seriam necessários R\$ 3,1 bilhões apenas para quitar dívidas com fornecedores e colocar salários em dia. Esta avaliação era inaceitável para as autoridades da área financeira da União, pois incluíam despesas e dívidas do Estado do Rio de

Janeiro. O ministro Meirelles estimava obter cerca de R\$ 1 bilhão. Esta grande discrepância entre as expectativas sobre o que e quanto incluir na “conta da União”, além das restrições das na Lei de Responsabilidade Fiscal, indica que os atores institucionais precisavam estreitar esta via de socorro financeiro alternativa para estados com graves problemas de defesa da ordem pública. Afinal, o Diário Oficial da União do dia 28 de março publicou a medida provisória 825/2018 que abriu “crédito extraordinário” de R\$1, 2 bilhão para a Presidência da República para despesas da intervenção federal.

Terceiro aspecto a destacar são as *justificativas* da Presidência para obter os recursos escassos. Seguem, três requisitos constitucionais: urgência e relevância (indispensáveis para o uso de MPs) e a imprevisibilidade orçamentária das despesas para o crédito “extraordinário”. Todos três estão na justificação da MP 825/18.

Primeiro: a urgência do crédito baseia-se na necessidade de aquisições de meios (tais como veículos blindados e não blindados, armamento, munição, equipamento individual, material de vigilância, de comando e controle), de contratação de serviços (obras de infraestrutura e adequação, de transporte, de manutenção, entre outros) e de pessoal por tempo determinado para estabelecer condições adequadas para o enfrentamento dos desafios existentes. Além disso, garantir ao Interventor o acompanhamento, controle e a fiscalização das ações implementadas dentro *e fora* do Estado do Rio de Janeiro visando à eficiência, eficácia e efetividade das operações.

Segundo: a relevância justifica-se pela situação de grave dificuldade vivida pela população do Estado do Rio de Janeiro decorrente da crise financeira e da fragilidade da segurança pública estadual, bem como pela determinação direta e expressa do Presidente da República quanto à necessidade de apoiar o Estado, *aprovado pelo Congresso Nacional* quando da promulgação do Decreto Legislativo nº 10, de 20 de fevereiro de 2018.

Terceiro: a imprevisibilidade deste pedido decorre da impossibilidade de antever, para o presente exercício financeiro, o *grave comprometimento da ordem pública*, não havendo, dessa forma, a possibilidade fática e a pertinência de prever a *despesa que deveria ser originalmente de competência do próprio Estado*, e agora será suportada com recursos da União conforme o crédito proposto.

A CF prevê a abertura de créditos extraordinários somente para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna

ou calamidade pública (art. 167, § 3º). O uso abusivo de créditos extraordinários pode gerar um verdadeiro orçamento “paralelo”. E ocorre com frequência. Qual seria a qualificação da situação no Rio diante dessa norma constitucional? Essas dúvidas não impediram a aprovação do pedido de crédito extraordinário na Câmara dos Deputados em 10 de julho e no Senado, no dia seguinte.

Observe-se que quando a MP é enviada ao Congresso os recursos são liberados, antes da sua aprovação legislativa. Os gastos ainda são poucos, segundo divulga-se. Em 18 de julho não teria sido gasto nem 1% dos recursos. A ONG Contas Abertas informa que dos R\$ 1,2 bilhão alocados para a intervenção, só R\$ 719.741,40 foram empenhados (SPONCHIADO; PRADO, 2018). Em nota o Gabinete de Intervenção Federal menciona que existem *49 processos administrativos com total aproximado de R\$ 500 milhões em tramitação referentes a munições, coletes balísticos, pistolas, fuzis, veículos diversos, equipamentos de proteção individual e equipamentos especializados para polícias técnicas. Faltam cerca de cinco meses para o término da intervenção federal, que tem caráter de emergencial. O devido respeito aos procedimentos administrativos não pode frustrar os fins, o que mostra dificuldade no processo decisório regional da missão.*

## II. OBJETIVOS PROCLAMADOS E INTENÇÕES LATENTES: A CONSTRUÇÃO DO “ARRANJO INSTITUCIONAL” NO RIO

O decreto de intervenção federal não apresentou justificativas substantivas para “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” no Estado do Rio de Janeiro. Em cadeia nacional de rádio e televisão, no dia 16 de fevereiro, o presidente Temer se pronunciou: *“Você sabe que o crime organizado quase tomou conta do estado do Rio de Janeiro. É uma metástase que se espalha pelo país e ameaça a tranquilidade de nosso povo.”* (G1 GLOBO, fev 2018). Há ênfase no combate às organizações criminosas quando se refere a estradas como *“vias de transportes de drogas ou roubo de cargas”, presídios como “escritórios do crime organizado” e as praças como seus “salões de festa”. E o controle territorial dos grupos armados: “bairros inteiros sitiados, escolas sob a mira de fuzis, avenidas transformadas em trincheiras”. Entende-se que o domínio dessa criminalidade, em particular as guerras entre as “facções” e as “milícias” é fato público e notório. Tudo isso sem mencionar as elites políticas e empresariais delinquentes investigadas a partir dos desdobramentos da operação Lava Jato*

(por exemplo, a operação Calicute que inaugurou as investigações sobre o ex-governador Sérgio Cabral do PMDB). Ainda em novembro de 2017, três meses antes da intervenção federal, a força-tarefa tinha ajuizado 25 ações penais contra 134 pessoas, sendo que 15 acusações eram contra o ex-governador Sérgio Cabral. O MPF pedia mais de R\$ 2,3 bilhões em reparação pelos danos provocados pela organização criminosa (CAMPOS, 2017).

*Nesta formação da agenda, abre-se uma “janela de oportunidade” para tomar providências face aos “problemas do crime organizado”. O “fluxo” desses problemas já estava presente na discussão social e da mídia fazia anos, sem ter obtido reconhecimento como questão central para o processo político até o governo Temer. Torna-se, então, prioritário devido aos massacres em penitenciárias no norte (Amazonas e Roraima) e nordeste (Rio Grande do Norte) no início de 2017, guerras de facções e milícias no Rio e os desdobramentos da operação Lava Jato, entre outros acontecimentos dramáticos.*

*Em 6 de janeiro de 2017, o então ministro da Justiça Alexandre de Moraes divulgou um Plano Nacional de Segurança Pública com ênfase no combate ao tráfico internacional de drogas e de armas. Seriam três eixos previstos no Plano: atuação conjunta com países vizinhos (fronteiras, inteligência e informação e operações); fiscalização, proteção e operações nas fronteiras; e atuação conjunta com as policiais estaduais (AMARAL, RAMALHO, 2018). A expressão “integração institucional” permanecerá norteando o fluxo das “soluções” (alternativas) que convergem para o fluxo político para a atuação crescente da União na área de segurança pública.*

Em 10 de agosto de 2017, o general Sergio Etchegoyen (GSI) disse “concordar com o comandante-chefe do Exército, general Eduardo Villas-Bôas, de que o crime organizado é hoje a maior ameaça à sociedade brasileira”. Cobrou do Congresso Nacional mudanças na legislação para que os órgãos de segurança pública e de inteligência tenham “meios mais eficazes de atuação”<sup>10</sup>. Esses pronunciamentos no âmbito governo Temer, em que houve a *recepção de vários militares em posições políticas importantes* (FRANCO, ODILLA, 2018), sugere entre as alternativas discutidas estava um “arranjo institucional” inovador no plano da federação que reorientaria, inclusive, as relações em órgãos civis e militares. Exemplo dessas alterações está na aprovação da Lei Nº 13.491 de 13 de outubro de 2017, que altera o Código Penal Militar, para alcançar *apenas militares nas missões de GLOs* que pratiquem crimes dolosos contra a vida de civis. Nesse

---

<sup>10</sup> Etchegoyen aponta o crime organizado como maior ameaça e defende investimento em inteligência.

caso, eles serão julgados na *Justiça Militar Federal*, e não no tribunal do júri (art. 9º, II, +2º, III). Policiais militares continuam a ser julgados pela Justiça Comum nos crimes dolosos contra a vida.

## II.1 Processo decisório do Interventor no plano estadual

Esta análise de política sugere que a escolha do general Braga Netto, que passa a atuar como “governador” na área de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro apresenta novos problemas “mal estruturados”. Primeiro, devido à complexidade dos desafios, carência de informações adequadas e de diagnóstico sobre a criminalidade, além da necessidade de fixar prioridades e metas numa iniciativa governamental federal sem planejamento prévio. Segundo, a excepcionalidade de coexistirem uma GLO e uma missão do Interventor de gerir e reestruturar as forças estaduais de segurança pública. E, terceiro, devido às limitações impostas pelo tempo de vigência da intervenção federal (cerca de dez meses) em ano de eleições estaduais e federais, decisivas inclusive para a *continuidade* das políticas de longo prazo no ano de 2019.

## II.2 Intervenção federal: dependente da trajetória de GLO’s anteriores?

O emprego quase abusivo de GLOs – 46 decretos presidenciais entre 2010 e junho de 2018, segundo o Ministério da Defesa – custou, pelo menos, R\$ 1.671.267.190,17. Estes gastos são muito elevados para operações predominantemente de *reforço* de policiamento com uso massivo e ostensivo de militares armados. O Decreto Nº 3.897 de 24 de agosto de 2001, § 3º prevê o uso das Forças Armadas (FA) como “polícia ostensiva” com a restrição de que tenham sido “esgotados” os instrumentos constitucionais de garantia da ordem pública. O emprego das FA é excepcional e temporário sendo legalmente adequado nos limites de uma situação de restauração do controle policial militar, *se, quando ou enquanto*, as forças dos estados permanecem incapazes de assegurar um “mínimo de ordem pública”. Ultrapassar este limite legal consiste na “policialização” das FA, emprego institucional que deve ser politicamente repudiado e, inclusive, juridicamente questionado.

A intervenção federal no Rio é, por hipótese, dependente da trajetória das 17 GLOs empregadas desde o último ano do segundo governo do Presidente Lula (2010) até o final de junho de 2018 no governo Temer. Em outras palavras, uma

breve retrospectiva histórica pode identificar “soluções” passadas que precisam ser levadas em conta no processo decisório sobre o “arranjo institucional” selecionado.

O levantamento indica que seis GLOs visaram diretamente assegurar um controle mínimo em territórios de fato controlados por grupos armados, como a Operação Arcanjo, as três operações dirigidas para garantir o processo eleitoral no complexo da Maré, a operação de ocupação da Maré durante 14 meses (Operação São Francisco) e a Operação Rio de Janeiro em andamento desde 28 de julho de 2017, que é indicadora do colapso institucional na área de segurança pública. Seis decretos de GLO estão associados aos grandes eventos como Rio + 20, Cúpula do Mercosul, Copa das Confederações, Jornada Mundial da Juventude / visita do Papa, Copa do Mundo de futebol e Jogos Olímpicos. Dois decretos de GLO visam a manutenção da ordem ante a expectativa de protestos sociais: leilão do Campo de Libras e protestos de policiais militares. E aplicação da Operação São Cristovam ao Rio – onde está em andamento uma GLO e intervenção federal – por ocasião do locaute que desabasteceu a população e reduziu fortemente a mobilidade social merece tratamento diferenciado posterior. Eis a rápida caracterização das GLOs com base nas informações do Ministério da Defesa.

1) Operação Arcanjo atuou entre 28 de novembro de 2010 a 09 de julho de 2012, com despesas de R\$ 135.458.800,00 e emprego de 1500 militares nos Complexos do Alemão e da Penha, na cidade do Rio de Janeiro. Objetivo era “pacificação” em áreas dominadas por traficantes pesadamente armados.

2) GLO da Oitava Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20) e 2012, realizada entre 06 a 29 de junho de 2012, com custo de R\$ 157.110.000,00 e objetivo de garantir a segurança do evento.

3) GLO da Cúpula Extraordinária do MERCOSUL, realizada no Rio no 29 de julho de 2012, com a presença de 106 militares e custo de R\$110.000,00.

4) GLO do período pré-eleitoral no RJ, iniciada em 30 de setembro de 2012, com contingente militar de 3.500 militares com gasto de R\$3.000.000,00 para assegurar a regularidade do processo eleitoral nas comunidades da Maré e no Bairro de Campo Grande.

5) Operação Eleições – 2012, realizada em todo o Brasil entre 7 e 28 de outubro de 2012. Custo nacional: R\$30.549.938,00 e emprego de 30.512 militares. No Rio a atuação das forças armadas foi na Zona Oeste e no Complexo da Maré, no Rio

de Janeiro, para assegurar a realização de campanhas políticas dos candidatos a prefeito e a vereador na capital fluminense.

6) Operação Eleições- segundo turno realizada em 03 de dez de 2012. Objetivo: assegurar a regularidade do processo eleitoral nas comunidades da Maré e no Bairro de Campo Grande com despesas de R\$150.000,00 para um efetivo de 164 militares.

7) GLO da Copa das Confederações realizada 10 de junho a 07 de julho de 2013. O jogo final foi realizado no Maracanã. A atuação de 20.900 membros das forças armadas ocorreu nas cidades sede e custo, no total, R\$418.217.305,71.

8) GLO da Jornada Mundial da Juventude / Visita do Papa Francisco a partir de 08 de julho de 2013 no Rio. Efetivo empregado na segurança:12.259. E custo de R\$27.499.322,00.

9) GLO para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas durante o leilão do Campo das Libras, realizado na cidade do Rio de Janeiro em 30 de outubro de 2013, com 1000 militares presentes e gasto de R\$13.789,00.

10) Operação São Francisco, a partir de 5 de abril de 2014 até 30 de junho de 2015, com custo estimado oficialmente de R\$27.090.000,00 e 2900 militares em média por contingente. Em 14 meses de ocupação do Complexo da Maré, área com cerca de 140 mil moradores, as tropas federais realizaram a prisão de 553 adultos e a detenção de 254 menores de idade. Além disso, foram feitas 550 apreensões de drogas e 58 de armas e mais 3.884 munições recolhidas. Na classificação oferecida pelos militares era "guerra irregular, sem fronteiras, com inimigo difuso." (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2015).

11) GLO da Copa do Mundo/FIFA de 2014 em andamento a partir de 24 de maio de 2014 nas cidades sede dos jogos como o Rio, mobilizando 30.434 militares e com o custo estimado de R\$84.940.185,56.

12) Eleições 2014. Operação realizada em todo o Brasil entre 3 e 5 de outubro para dar segurança a votação e apuração eleitoral. Efetivo usado: 42.523 militares. E despesas de R\$19.545.000,00.

13) Jogos Olímpicos e Paralímpicos, a partir de 01 de julho de 2016 no Rio. Empregou 43.461 militares e gastou R\$5.400.000,00.

14) GLO das Eleições Municipais 2016, nos dias 1 e 2 de outubro, em todo País com o uso de 44.237 militares e custo de R\$30.900.000,00.

15) Operação Carioca/2017. Objetivo: preservar da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, especificamente na Via Transolímpica, Av Brasil (entorno da Vila Militar), Cais do Porto, Proximidades do Aeroporto Santos Dumont, Aterro do Flamengo, Copacabana, Ipanema, Leblon, Lagoa, Praia de São Francisco e Praia de Icaraí, em Niterói e Praças do Colubandê e Estephânia de Carvalho, em São Gonçalo. Durou nove dias a partir de 17 de fevereiro de 2017. Empregou 4.268 militares e gastou R\$28.077.756,00.

16) Operação Rio de Janeiro. Começou em 28 de julho de 2017. Objetivo: preservação da ordem pública e incolumidade. Emprega 2.500 em média por fase. O Departamento de Defesa não indicou as despesas. Está em andamento; foi prorrogada até 31 de dezembro de 2018.

17) Operação São Cristovam, realizada após o locaute das empresas transportadoras de carga, que durou 11 dias. Esta GLO durou de 25 de maio a 04 de junho de 2018. Visava a desobstrução das vias públicas federais necessárias a livre circulação de veículos, preservação da ordem pública, proteção de infraestruturas críticas e para o restabelecimento e continuidade do abastecimento de combustíveis e gêneros essenciais. Usou um efetivo de 30.030 e custou R\$ 70.000.000,00.

### **II.3 Objetivos inicialmente afirmados**

Sob pressão evidente de grupos interessados, o Interventor general Braga Netto concedeu uma rápida e superficial entrevista coletiva no dia 27 de fevereiro na qual frisou que: “Nossa missão é recuperar a capacidade operativa dos órgãos de segurança pública e baixar os índices de criminalidade”. O primeiro objetivo seria uma “ação estruturante”, e o segundo, “ação emergencial”. E, acrescentou que o “Rio é um laboratório para o Brasil” (COELHO; MARTINS, 2018). Estava presente o general Richard Nunes, novo secretário de Segurança Pública, cargo que não era ocupado por um militar desde 1999. Ficou esclarecido que durante a intervenção federal não haveria ocupação de áreas, como o Complexo da Maré e do Alemão no passado. Doravante o Interventor firmou um estilo de discricção e reticência quanto a objetivos operacionais, como resultado, as ações determinadas pelo Interventor se tornaram as pistas de quais seriam suas metas.

A primeira localidade alvo das operações, a Vila Kennedy, prenuncia o desgaste que cresceria ao longo dos meses. No dia 4 de março as 1400 militares se dirigiram à favela, retiraram 16 obstáculos, revistaram 720 pessoas, 330 veículos de passeio e 275 motos. No relato oficial da operação constam duas prisões por mandados judiciais realizadas pela Polícia Civil e 12 cartuchos de munição de 12 mm apreendidos. Numa sociedade acostumada ao espetáculo midiático, o impacto foi negativo. E gerou a expectativa que as operações continuariam a ocorrer até uma vitória supostamente expressiva. Em 15 de julho, Vila Kennedy era a segunda área com maior número de tiroteios (120 disparos desde 16 de fevereiro, de acordo com a organização Fogo Cruzado, que levantamentos sobre o assunto (BATISTA, 2018). E o tráfico continuou com a reconstrução sistemática de obstáculos nas ruas.

Existe aqui uma simples observação: a rápida formulação de uma agenda governamental federal, contendo um forte elemento de surpresa e inovação através de legislação com caráter emergencial, não afasta as turbulências e complexidades no processo decisório estadual. O assassinato da vereadora Marielle Franco (PSOL)<sup>11</sup> e seu motorista Anderson Gomes, em pleno centro do Rio na noite de 14 de março, constitui um evento que focaliza a atenção (focusing event) local, regional, nacional e internacional no fluxo dos “problemas”, representando a questão do porque da intervenção. Deu fim à ilusão de controle político-administrativo sobre os acontecimentos sociais e políticos.

Há suspeita de atuação de organizações criminosas (milícias) na execução. A reação social de solidariedade e repúdio ao atentado hediondo foi ampla e imediata, com notável repercussão na mídia e redes sociais. E mais: forte apelo emocional nas campanhas identitárias dos grupos feministas, de LGBT e de pretos. Agravou, em consequência, a polarização política de viés identitário, incluindo grupos evangélicos culturalmente conservadores. Constituiu, assim, um marco na redução da tolerância política e do multiculturalismo.

É indispensável frisar que o deputado federal mais votado no Rio em 2014 foi Jair Bolsonaro (454 mil votos), que nas eleições para presidente em 2018 lançou chapa com o polêmico general da reserva Hamilton Mourão. A vertente política antagônica do deputado estadual do PSOL Marcelo Freixo obteve 1.163.662 votos no segundo turno da disputa pela Prefeitura do Rio em 2016. Porém, a abstenção no segundo turno superou os votos de Freixo, fato político que sugere

---

<sup>11</sup> Ex-assessora parlamentar do deputado estadual Marcelo Freixo durante 10 anos.

a alienação do eleitor frente a este confronto político identitário entre o empresário evangélico, o Bispo Marcelo Crivella e o principal patrocinador da vereadora Marielle. Esta polarização fluminense incentiva a interpretação ambígua da intervenção federal. As organizações não governamentais Justiça Global, Anistia Internacional, Connectas, Human Rights Watch, CESEC e Instituto Iguarapé se manifestaram contra a intervenção federal denunciando seu suposto viés racista e excludente, por antecipar operações violentas em favelas. O Viva Rio pronunciou-se a favor (CHARLEAUX, 2018).

Até o final de julho, as investigações sobre a execução da vereadora Marielle avançaram em relação aos executores da ação, sem definição quanto aos efetivos mandantes e a motivação criminosa. O ministro Raul Jungmann, que chegou a se manifestar sobre o afunilamento das investigações, desde maio mantém silêncio sobre o caso Marielle.

#### **II. 4 A hipótese da “ruptura pactuada” com apoio militar**

O uso excessivo das GLOs sem resultados duradouros de estabilização institucional ou retomada permanente do controle territorial de “facções criminosas” - que estão organizadas nacionalmente e mantém atividades internacionais (como o PCC e o CV) -ou “milícias” evidenciam que os arranjos institucionais dos estados federados, como polícias e penitenciárias, estão em colapso. Mencione-se também que as Forças Armadas são a instituição em que os brasileiros mais confiam (56%), de acordo com o Índice de Confiança na Justiça, elaborado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, no primeiro semestre de 2017. Em contraste a confiança na Polícia caiu 10 pontos percentuais, no período de 2014 a 2017, tendo obtido apenas 26% (RELATÓRIO ICJ BRASIL, 2017)<sup>12</sup>.

As polícias militares constituem, como corporações, um fator importante de *desordem institucional* no Brasil, com suas paralisações ilegais (motins). Segundo o Ministério da Defesa, entre junho de 1992 e junho de 2018, ocorreram 25 greves das PMs, o que corresponde a 19 % dos decretos de GLOs. Apenas de 2014 até junho de 2018, ocorreram seis paralisações das PMs que suscitaram GLOs. Portanto, a prestação de serviços de segurança pública estadual, além de precário e falho, é instável.

---

<sup>12</sup> A confiança nas Forças Armadas caiu de 68%, em 2014, para 56%, em 2017, apresentando uma queda de 12 pontos percentuais.

No Estado do Rio as ocorrências de 2016-17 evidenciam a gravidade do descontrole do executivo sobre a disciplina dos órgãos de segurança. Desde novembro de 2016, o conjunto de medidas austeridade<sup>13</sup> do governador Luiz Fernando Pezão (PMDB-RJ) apresentadas à Assembleia Legislativa, para tentar equilibrar as finanças públicas (CALDEIRA, 2017), motivaram protestos e inclusive a invasão do local. No dia 13 o prédio foi cercado por grades. Dois dias depois, o governador solicitou o apoio da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) na preservação da ordem pública ao então Ministro da Justiça e Cidadania Alexandre de Moraes. Foram destinados 500 homens em reforço para conter os manifestantes ao redor da ALERJ e do Palácio Guanabara, sede do executivo estadual.

Em fevereiro de 2017, a greve ilegal<sup>14</sup> dos policiais militares no Espírito Santo usou como álibi que não podiam trabalhar por conta do protesto dos próprios familiares na frente dos quartéis. Suas demandas corporativas de melhoria salarial não estavam relacionadas a atrasos ou parcelamento de salários. A pedido do governador capixaba o Presidente autorizou uma operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) no dia 6 de fevereiro. Esta operação contou com 3.169 homens das Forças Armadas. O custo para a União foi de R\$ 37,5 milhões, segundo o ministro da Defesa Raul Jungmann. Foram 21 dias sem policiamento militar nas ruas. Após o término da paralisação, o governador Paulo Hartung (PMDB) *reestruturou* o quadro na Polícia Militar no estado.

No Rio de Janeiro, mobilização de familiares de policiais militares começou em frente de um terço dos batalhões da Polícia Militar no dia 10 de fevereiro. As reivindicações eram principalmente de pagamentos *em atraso*: o 13º salário de 2016 e do RAS Olímpico, que é a gratificação que deveria ter sido paga por trabalho durante as Olimpíadas de 2016<sup>15</sup>. O pedido do governador Luiz Fernando Pezão (PMDB-RJ) ao presidente Michel Temer (PMDB) do envio das tropas federais deu origem à Operação Carioca, de nove dias de duração<sup>16</sup>. No dia 14 de fevereiro as manifestações dos familiares dos policiais militares cessaram. Não houve

<sup>13</sup> Entre as medidas previstas estavam a suspensão de reajustes salariais já concedidos, o corte de gratificações pagas a comissionados, aumento do desconto previdenciário de 11% para 14%; o reajuste da tarifa do Bilhete Único de R\$ 6,50 para R\$ 7,50; o desconto de 30% do salário de aposentados; e a redução de 20 para 12 secretarias.

<sup>14</sup> Aos policiais militares se aplicam disposições do art. 142, § 3º, da Constituição da República, por força do disposto no § 1º do art. 42. Ou seja, “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve” (art. 142, § 3º, IV). O Tribunal de Justiça do ES decidiu que o movimento grevista velado era ilegal no dia 7 de fevereiro.

<sup>15</sup> Decreto nº 43.538 de 03 de abril de 2012. Entre outros objetivos, o decreto visava aumentar o policiamento em eventos específicos como a Copa das Confederações, a Jornada Mundial da Juventude e Copa do Mundo e Olimpíadas.

<sup>16</sup> Decreto de 13 de fevereiro de 2017.

paralisação das atividades da PM. O governador prometeu que pagaria naquele dia toda a folha salarial da área de segurança pública.

Outro ponto de tensão política na ocasião era a votação da privatização da CEDAE - Companhia Estadual de Águas e Esgotos – que depois de adiamentos e muitos protestos fora marcada para o dia 20 de fevereiro (CALDEIRA, 2017, p. 146-47). Na segurança do prédio da ALERJ atuaram os PMs e militares da Força Nacional (FNSP). O governador pretendia que o reforço no patrulhamento ostensivo, com nove mil homens das Forças Armadas, durasse 21 dias, alcançando o período de uma semana depois do Carnaval. O procurador-geral de Justiça Militar Jaime Cassio Miranda manifestou-se contrariamente em ofício ao Presidente no dia 17 de fevereiro: “O cenário no Estado solicitando destoa flagrantemente do pressuposto básico para o emprego das FFAA, consistente no colapso ou na falência dos órgãos de segurança pública” (MARIZ, 2017). Não bastaria o receio de aumento de violência devido ao aumento de pessoas durante o Carnaval como argumentava o governador Pezão. Mas o reconhecimento formal do esgotamento dos instrumentos ordinários de manutenção da ordem pública. Sem contemplar esta exigência se corre o risco da banalização do emprego das GLOs e a tendência à “policialização” das Forças Armadas. Este neologismo indica que pode ocorrer uso inadequado ou abusivo do emprego das Forças Armadas em situações determinadas. Isto ocorre em casos em que o chefe do executivo estadual ou o chefe do Estado (presidente da República) perdem capacidade institucional de governar legitimamente, porém subsistem com expedientes políticos temporários que os preservam formalmente nos cargos.

## **II. 5 O Ministro da Defesa Jungmann como “empreendedor de política”**

A Operação Rio de Janeiro, iniciada em 28 de julho de 2017 foi anunciada como diferente das anteriores. Raul Jungmann em seu pronunciamento apontou: “Essa operação visa, e por isso ela principia com inteligência, exatamente, chegar ao crime organizado, às suas cadeias de comando, aos seus meios, para poder então reduzir a sua capacidade operacional, golpear” (JORNAL NACIONAL, 2017). Naquela ocasião parecia haver convergência de propósitos com o Secretário Estadual de Segurança Pública, Roberto Sá:

*As nossas ações serão pautadas pela inteligência e, nesse sentido, a atuação das polícias estaduais também serão primordiais, levando,*

*para esse grupo seletivo que vai atuar na coordenação dessas missões, informações sensíveis e relevantes para o cumprimento da nossa missão, efetuando busca e captura de criminosos que trazem tanto mal à nossa sociedade (JORNAL NACIONAL, 2017).*

Desde então, a chamada “sala de guerra” passa a ser o Comando Militar Leste, onde as forças federais e estaduais buscariam cooperação e integração.

No domingo 17 de setembro de 2017, no terceiro dia do Rock in Rio, um grupo de cerca de 100 traficantes pesadamente armados invadiram a favela da Rocinha, numa ação violenta ordenada de dentro da prisão de Porto Velho, pelo traficante Nem. Não houve reação policial nesse dia provavelmente para não ter impacto no evento internacional roqueiro. Há controvérsia se a inteligência policial tinha conhecimento prévio e detalhado da briga interna dentro da facção criminosa Amigo dos Amigos (ADA). Importa destacar que desde o início de 2017 pedidos de transferência de presos no Rio eram indicadores de repactuação entre as principais facções criminosas fluminenses (ADA, TCP e CV) e o cartel internacional de drogas e armas Primeiro Comando da Capital (PCC), que cobiça instalar-se no Rio de Janeiro. Essa é uma área prioritária

As Forças Armadas realizaram um cerco durante uma semana, a pedido do governador Pezão. Ao explicar a saída das tropas, o Ministro Jungmann disse que o objetivo da ação dos militares na favela era «acabar com a guerra que levava terror aos moradores» (TORRES, 2018). Cabia à polícia prender os traficantes. Os tiroteios na Rocinha não cessaram em 2017 ou 2018. Até o dia 13 de julho de 2018, ocorreram 111 trocas de tiros na Rocinha. Esta data recebeu destaque porque o aplicativo Fogo Cruzado informou que a Região Metropolitana do Rio bateu a marca de 5 mil tiroteios/disparos. Os locais com os maiores registros de tiros foram: Praça Seca (211), Vila Kennedy (151) e Complexo do Alemão (118) (GRELLET, 2018).

A GLO de julho de 2017 que indicava a urgência na partilha de inteligência e esforços operativos conjuntos, teve um episódio de crise política em 31 de outubro de 2017 com declarações do Ministro da Justiça Torquato Jardim. Em entrevista ao Blog do Josias, disse que o governador Pezão e o secretário de segurança Roberto Sá “não controlam a Polícia Militar”.

Nós já tivemos conversas — ora eu sozinho, ora com o Raul Jungmann [ministro da Defesa] e o Sérgio Etchegoyen [chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência] -, conversas duríssimas com o secretário de Segurança do Estado e com governador. Não tem comando (SOUZA, 2017).

Neste depoimento fica a sugestão de retirar a área de segurança pública estadual das autoridades regionais. Pode ser uma das causas próximas da escolha da intervenção federal de 16 de fevereiro de 2018.

A entrevista de Torquato Jardim aponta para duas tendências da criminalidade organizada fluminense. Primeiro, a mudança da milícia, identificada há 10 anos atrás, em uma “narcomilícia”. Este fato se confirmou desde então. Mas há um detalhe curioso na análise. O ministro afirma que os principais chefões do tráfico estão trancafiados em presídios federais. E o crime organizado “deixou de ser vertical. Passou a ser uma operação horizontal, muito mais difícil de controlar”. No entanto, o exemplo da “guerra da Rocinha” comandada de dentro de uma prisão federal exige que se questione continuamente o controle de lideranças, como as do PCC, que mantém comando e controle sobre seus comparsas. Segundo, Torquato Jardim indica que está em andamento uma horizontalização do crime que empodera os capitães e tenentes da polícia. “Aí é onde os comandantes de batalhão passam a ter influência. Não tem um chefão para controlar. Cada um vai ficar dono do seu pedaço. Hoje, os comandantes de batalhão são sócios do crime organizado no Rio” (SOUZA, 2017). E mais: que o comando da PM do Rio decorre de “acerto com deputado estadual e o crime organizado” (SOUZA, 2017).

As autoridades fluminenses repudiaram as declarações do ministro da Justiça, mas Torquato Jardim continuou no cargo e participou do processo decisório da intervenção federal na área de segurança pública.

Apesar das tensões e dos desentendimentos no Comando Militar Leste paradoxalmente ainda se fomentou um “Plano de Segurança para o Rio de Janeiro” discutido durante cerca de 30 dias até 6 de fevereiro de 2018, quando, de fato, foi abandonado.

O pronunciamento mais esclarecedor sobre o desenlace próximo aconteceu em evento promovido pela PM, com apoio da Ong Viva Rio na sede da Firjan no dia 31 de janeiro de 2018. Raul Jungmann disse:

*Este sistema vigente está falido, e o que estamos vivendo hoje é o feito, não apenas da falência, do desenho deste sistema, mas o feito de muitas outras razões. O crime se nacionalizou. Mais que isso, se transnacionalizou. Então, não é no espaço da unidade da Federação que vamos resolver o problema da grande criminalidade (JUNGMANN, 2018).*

Esta seria a idéia central de Jungmann para impulsionar a “intervenção federal” e construir o novo “arranjo institucional”: o reconhecimento dessas organizações criminosas (como facções criminosas e “narcomilícias”), dos presídios como locais de articulação das lideranças e da urgência da participação da União na prevenção e repressão criminal, com a colaboração das Forças Armadas para reestruturar das polícias e as penitenciárias regionais.

## II.6 Pontos de destaque no Plano Estratégico do Gabinete de Intervenção Federal

Entre as peculiaridades da criminalidade organizada no Rio, o documento na pagina 18 destaca as “milícias” e sua capacidade de assujeitamento da população. “Na atualidade, cerca de 11 (onze) municípios da Região Metropolitana do Rio de Janeiro estão sob a influência das milícias, num total de 348 km<sup>2</sup>, o equivalente a um quarto do tamanho da capital, onde vivem aproximadamente 2 dos) milhões de pessoas e os tipos de crimes praticados pouco diferem das atividades perpetradas pelas demais organizações criminosas”. O leitor do jornal *O Globo* reconhece essa matéria publicada numa série intitulada *Franquia do Crime* (2018). O documento constata o grave problema e não o analisa.

Quando o Plano chega aos Objetivos Estratégicos apresenta a seguinte lista: Objetivo (1) Diminuir os Índices de Criminalidade; (2) recuperar a capacidade operativa dos órgãos de segurança pública; (3) articular as instituições dos entes federados; (4) fortalecer o caráter institucional dos órgãos de segurança pública e do sistema prisional; (5) melhorar a qualidade e a gestão do sistema prisional.

Dois pontos merecem atenção. Primeiro: o alvo, a intervenção federal, consiste em reestruturar e capacitar as polícias e os agentes penitenciários. É uma atuação predominantemente política administrativa. Segundo: a atuação das Forças Armadas continua sob a orientação da GLO de julho de 2018. Portanto, são duas missões: reorganizar as forças regionais e, se necessário, atuar pontualmente em operações com poder de polícia.

## CONCLUSÕES

Esta análise de política indicou que através de mecanismos constitucionais de urgência, como o decreto interventivo e medidas provisórias, realizou-se uma tarefa importante: aprovar a intervenção federal na área de segurança pública

no Estado do Rio, com grande apoio Congressional. Esta iniciativa foi se tornando no processo político a “solução” satisfatória para, sem emendar a Constituição Federal, aprovar uma legislação que fazia parte de uma agenda legislativa pré-existente e paralizada (SOUZA, 2015) como o SUSP, a criação de uma Secretaria de Segurança Pública da União, com fundos próprios e capacidade para buscar informações dos estados em troca de repasses, e um novo “arranjo institucional” que viabilize a prevenção e repressão à criminalidade organizada nacional e transnacional e controle de mercados ilícitos.

Por fim, este arranjo institucional prosperou devido à “*ruptura pactuada*” com setores das Forças Armadas e do Ministério da Defesa que estruturaram uma coalizão conservadora, no período pós impeachment da presidente Dilma Rousseff. Esta foi a “janela de oportunidade” para que os “empreendedores de política”, com destaque para Raul Jungmann, fizessem a junção dos “fluxos” políticos, de problemas e soluções previamente discutidas por políticos e especialistas.

Os primeiros cinco meses de atuação do GIF não foram o foco deste artigo. Mas, no futuro, deve-se retornar em particular a um episódio – a paralisação das empresas de transporte cargas que aprofundou a crise econômica, produziu desabastecimento à população, interrompeu aulas em universidades por 11 dias e aprofundou a polarização política num ano de eleições gerais. No caso do Rio de Janeiro, sob intervenção federal e com uma GLO em andamento, esperava-se que a desobstrução das rodovias pelas Forças Armadas fosse imediata face a ilegalidade do movimento. A inação do Interventor mostra limites àqueles que imaginam que a militarização do processo decisório produz soluções rápidas, eficientes e eficazes.

A continuidade da “intervenção federal” nos termos do Decreto Nº 9.288 depende dos resultados eleitorais de outubro de 2018. Em entrevista, os dez candidatos a governador (HERINGER, 2018, p.10-11) afirmam que não são a favor a prorrogação da intervenção Federal. Porém, um novo “arranjo institucional” com protagonismo da União na área de segurança pública dos estados *já se estabeleceu* para enfrentar as grandes organizações criminosas cujos estados federados se mostraram incapazes de desmantelar. Esta é a “análise de política” que precisará ser refeita em 2019.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGENCIA ESTADO. *Notícias R7*. Rio de Janeiro, 2 jan. 2018. Disponível em:<<https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/rio-demanda-mais-exercito-trafico-e-a-principal-causa-02012018>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- AMARAL, Luciana, RAMALHO, Renan. Governo lança plano nacional de segurança pública em meio à crise nos presídios. *G1 Globo*. Brasília, 6 jan 2017. Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/plano-de-seguranca-tera-centros-de-inteligencia-nos-estados-e-no-df-diz-ministro.ghtml>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- BATISTA, Renata. Rio de Janeiro teve mais de 4-mil tiroteios em cinco meses de intervenção. *Estadão*. Rio de Janeiro, 15 jul 2018. Disponível em:<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-teve-mais-de-4-mil-tiroteios-em-cinco-meses-de-intervencao,70002403358>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. DETAQ. Brasília, 19 fev.2018. Disponível em:<<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=006.4.55.O&nuQuarto=60&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=22:56&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=19/02/2018&txApelido=LAURA%20CARNEIRO&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança MS 35537 MC / DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Conjur*, Brasília, 22 fev 2018. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-intervencao.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2018.
- CALDEIRA, Cesar. O estado de calamidade financeira continuada do Rio de Janeiro. *Insight inteligência*, Rio de Janeiro, volume 79, p 128-156, out, nov, dez 2017.
- CAMPOS, Ana Cristina. Lava Jato no Rio já denunciou 134 pessoas e pediu devolução de R\$ 2,3 bilhões. *Agencia Brasil*, 17 nov 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/lava-jato-no-rio-ja-denunciou-134-pessoas-e-pediu-devolucao-de-r-23-bilhoes>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- CARAM, Bernardo. Discussão de reforma da Previdência inicia na terça-feiramesmo sem votos, diz Marun. *G1 Globo*, Rio de Janeiro. Disponível em:<<https://g1.globo.com/politica/noticia/discussao-da-previdencia-comeca-na-terca-feira-mesmo-sem-votos-diz-marun.ghtml>>. Acesso em: 10 ag.2018.
- CHARLEAUX João Paulo. Como a intervenção no Rio divide as ONGs de direitos humanos. *Nexo Jornal*. 10 março 2018. Disponível em:<<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/03/10/Como-a-intervencao-no-Rio-divide-as-ONGs-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- COELHO, Henrique, MARTINS, Marco Antônio. *G1 Rio*. Rio de Janeiro, 27 fev 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/autoridades-detalham-medidas-da-intervencao-federal-o-rio-de-janeiro.ghtml>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- DIAS, Marina, CARNEIRO, Mariana. Governo quer usar tributo sobre salário para pagar intervenção no Rio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 março 2018. Disponível em:<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/03/governo-quer-usar-tributo-sobre-salario-para-pagar-intervencao-no-rio.shtml>>. Acesso em: 21 jul 2018.

## *Rio sob intervenção federal: “arranjo institucional” para garantir lei e ordem?*

---

- FGV. *Relatório ICJBrasil*. São Paulo. 1º semestre de 2017. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/RelatorioICJBrasil\\_1\\_sem\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/RelatorioICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 20 jul 2018.
- FRANCO, Luiza; ODILLA, Fernanda. Como militares ganharam protagonismo inédito no Brasil desde a redemocratização. *BBC Brasil*, São Paulo, 5 jun 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44325522>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- G1 GLOBO. Intervenção federal no estado do Rio de Janeiro foi “construída em diálogo” com o governador. Brasília, 16 fev 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/em-pronunciamento-temer-reitera-que-intervencao-no-rio-foi-construida-em-dialogo-com-pezaoghtml>>. Acesso em: 22 jul 2018.
- G1 GLOBO. Franquia do Crime. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/rio-de-janeiro/2018/franquia-do-crime/>>. Acesso em: 28 jul 2018.
- GRELLET, Fábio. Região metropolitana do Rio já teve 5 mil tiroteios em 2018. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 14 jul 2018. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,regiao-metropolitana-do-rio-ja-teve-5-mil-tiroteios-em-2018,70002401673>>. Acesso em: 28 jul 2018.
- HERINGER, Carolina. O Rio na era pós-UPP. *O Globo*, Caderno País. Rio de Janeiro, 12 ag 2018, p. 10-11.
- JORNAL NACIONAL. Mais de 10 mil militares e policiais reforçam segurança no Rio de Janeiro. *JN*, Rio de Janeiro 28 jul 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/mais-de-10-mil-militares-e-policiais-reforcaram-seguranca-no-rio-de-janeiro.html>>. Acesso em: 28 jul 2018.
- JUNGMANN, Raul. A intervenção no Rio de Janeiro e os desafios da segurança Pública. Brasília, *Interesse Nacional*, nº 41, p.24-33, maio-junho 2018.
- \_\_\_\_\_. Sistema de segurança no país está ‘falido’, diz ministro Raul Jungmann. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 jan 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1954844-sistema-de-seguranca-no-pais-esta-falido-diz-ministro-raul-jungmann.shtml>>. Acesso em: 28 jul 2018.
- MARIZ, Renata. Ministro da Defesa não autoriza a permanência de militares no Rio. *O Globo.com*. Rio de Janeiro, 21 fev 2017. Disponível em: <[https://oglobo.globo.com/rio/ministro-da-defesa-nao-autoriza-permanencia-de-militares-no-rio\\_20960618#ixzz5HNZZeByv](https://oglobo.globo.com/rio/ministro-da-defesa-nao-autoriza-permanencia-de-militares-no-rio_20960618#ixzz5HNZZeByv)>. Acesso em: 1 jun 2018.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2017.
- MOURA, Rafael; PUPO, Amanda. Procurador defende cassação de Pezão. *Estadão*, São Paulo, 4 mai 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procurador-defende-cassacao-de-pezaog>>. Acesso em: 20 jul 2018.
- PAINEL. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 fev 2018. Disponível em: <<https://painel.blogfolha.uol.com.br/2018/02/19/relatora-quer-que-uniao-invista-no-rio-mesmo-apos-o-fim-da-intervencao/>>. Acesso em: 22 jul 2018.

PIRES, Breno. *Estadão*, São Paulo, 21 fev 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-vai-acompanhar-intervencao-federal-norio,70002198594>>. Acesso em: 22 jul 2018.

SCHMIDT, SELMA. Governo do estado repassa R\$ 90 milhões para fundo de segurança. *O Globo*. Rio de Janeiro, 08 ag. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/governo-do-repassa-90-milhoes-para-fundo-de-seguranca-22958615#ixzz5O4RVBMBD>>. Acesso em: 08 ag. 2018.

SIMON, Herbert. *Administrative Behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. New York: The Free Press. 4ª. Edição. 1997.

SOUZA, Josias de. Comando da PM no Rio é acertado com deputado estadual e crime, diz ministro. *UOL Notícias*. Rio de Janeiro, 31 out 2017. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/10/31/comando-da-pm-no-rio-e-acertado-com-deputado-estadual-e-crime-diz-ministro/?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 28 jul 2018.

SOUZA, Robson Sávio Reis. *Quem comanda a segurança pública no Brasil? Atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2015.

SPONCHIADO Bruno, PRADO, Amanda. Intervenção Federal não usou nem um por cento do orçamento. *G1 Globo RJ2*, Rio de Janeiro, 18 jul 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/07/18/intervencao-federal-ainda-nao-usou-nem-1-do-orcamento-disponibilizado-pelo-governo.ghhtml>>. Acesso em: 20 jul 2018.

TORRES, Ana Carolina. Moradores da Rocinha reagem à saída das tropas federais: 'Acabou a paz'. *Extra*. Rio de Janeiro, 29 set 2017. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/moradores-da-rocinha-reagem-saida-das-tropas-federais-acabou-paz-21886351.html>>. Acesso em: 28 jul 2018.

TRE-RJ. Acórdão - embargos de declaração na ação de investigação judicial eleitoral Nº 7299-06.2014.6.19.0000.TRE-RJ Ano 2017, Número 097, Rio de Janeiro, quinta-feira, 6 de abril de 2017.



---

# *EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO: CRÍTICAS À RESTRITIVIDADE DA LEI BRASILEIRA, HISTORICIDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES*

---

*Eduardo J. Guedes Magrani<sup>1</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

Com o desenvolvimento acelerado das novas tecnologias de informação e comunicação, o direito autoral enfrenta hoje profundas transformações e passa por um momento de crise de eficácia transparecendo a necessidade de revisão e reinterpretação dos seus institutos com objetivo de torná-los compatíveis com a nova realidade social que se apresenta.

O direito autoral, à luz desta nova realidade, deve ser entendido não somente como um sistema amplo de incentivo à produção intelectual artístico-literária para garantia dos direitos individuais do autor, mas como garantidor, sobretudo, dos interesses da sociedade. Em consonância com esta premissa, tem crescido internacionalmente um movimento de limitação da proteção autoral, visando assegurar o legítimo acesso do público às produções culturais e científicas da sociedade. Utilizando-se da sigla A2K (“access to knowledge”, em inglês, ou “acesso ao conhecimento”, em português), este movimento que conta com a participação de grupos da sociedade civil, entidades governamentais e milhares de indivíduos simpáticos a este ideal, atua na construção de um arcabouço legal de combate ao exercício abusivo dos direitos autorais e na valorização do interesse público,

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da FGV-RJ e IBMEC-RJ. Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Senior Fellow pela Humboldt University. [eduardomagrani@gmail.com](mailto:eduardomagrani@gmail.com)

para que se chegue a uma situação de equilíbrio entre os interesses autorais e as demandas públicas por acesso ao conhecimento e à informação. Como subsídio, trabalha-se com a idéia de que a função social da propriedade afeta a própria substância do direito de autor, constituindo-se no seu fundamento e na sua justificação. Agregando valor a este movimento e salientando sua relevância no contexto brasileiro, vale mencionar que a *Consumers International*, organização mundial de proteção ao consumidor, publicou recentemente a Lista de Vigilância de Propriedade Intelectual referente ao ano de 2010<sup>2</sup>, apontando o Brasil como o 7º país mais restritivo em direitos autorais, transparecendo uma verdadeira obstacularização da atual LDA ao acesso ao conhecimento e conseqüentemente ao desenvolvimento nacional.<sup>3</sup>

Após esta breve menção à existência do movimento de “acesso ao conhecimento”, vejamos um pouco mais a fundo o que ensejou e potencializou seu desenvolvimento em território nacional e a importância das limitações neste panorama.

A partir do processo de maximização do direito autoral no Brasil, como consequência de interesses internos e comprometimentos internacionais, instaurou-se uma situação de desequilíbrio, desencadeada de forma similar em diversos outros sistemas internacionais, entre a legítima remuneração dos criadores e os interesses da sociedade pautados no acesso ao conhecimento, informação e cultura.

Visando encontrar justamente o equilíbrio entre os interesses a serem tutelados, voltamos nossa atenção para as limitações<sup>4</sup> aos direitos autorais. Largamente reconhecidas como essenciais para o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, as limitações são inerentes à Lei de Direitos Autorais e intimamente ligadas aos fundamentos do próprio direito autoral, representando o verdadeiro ponto crítico do direito autoral contemporâneo.

---

<sup>2</sup> Vide <http://fcforum.net/IPWatchList-2010-cast.pdf>. Acesso em: 12.05.10.

<sup>3</sup> O Brasil foi destaque também na Lista de Vigilância de Propriedade Intelectual do ano de 2009 sendo apontado à época como o 4º pior país do ranking. Ver <[http://www.consumersinternational.org/Shared\\_ASP\\_Files/UploadedFiles/consint/6A0637C1-8C-41BC-A958-77068ECF2932\\_IPWatchList-FINALonline270409.pdf](http://www.consumersinternational.org/Shared_ASP_Files/UploadedFiles/consint/6A0637C1-8C-41BC-A958-77068ECF2932_IPWatchList-FINALonline270409.pdf)>. Acesso em: 10.05.10.

<sup>4</sup> As limitações ou isenções não se confundem com as hipóteses de imunidade em que não há proteção sobre a obra (artigo 8º da LDA). As isenções consistem em autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos. Uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu artigo 46 são interpretadas como constituindo rol taxativo. A figura da imunidade por sua vez afasta determinadas hipóteses de qualquer proteção de caráter autoral tais como: idéias, conceitos, métodos, sistemas, cálculos, entre outros. ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 1ª edição. São Paulo: Ed. Do Brasil, 2002. p. 18.

Com o advento da era digital, as limitações que a LDA elenca, inspiradas pelo rígido sistema continental europeu, tornaram-se insuficientes para abarcar diversos usos considerados legítimos, viabilizados pelo avanço tecnológico<sup>5</sup>. É a partir desta perspectiva de grave descompasso entre as possibilidades e práticas tecnológicas e as normas que regulamentam o direito autoral no Brasil que tentaremos propor um novo equilíbrio, partindo de uma visão menos individualista dos direitos autorais.

Para tanto, sofisticou-se o olhar acerca das limitações, superando a idéia de que o direito autoral seria um direito exclusivamente voltado para o titular dos direitos autorais, dando maior atenção aos outros interesses envolvidos, impedindo que a ênfase no direito dos autores ofusque os direitos que cabem aos outros personagens.<sup>6</sup>

Para uma análise adequada, procura-se mostrar como se desenvolveu o direito autoral no mundo e no Brasil, demonstrando a evolução e funcionamento dos sistemas de limitações segundo as diferentes tradições, de forma a compreender como se chegou ao atual sistema e porque uma perspectiva funcional ajudaria a aprimorá-lo.

Utilizam-se, portanto, as lentes do direito civil-constitucional, adotando-o como metodologia de aplicação das leis infraconstitucionais, de modo a garantir a aplicação das normas constitucionais sobre as relações travadas entre particulares.

A adoção desta metodologia conduz à necessidade de se compreender o rol de limitações constante na legislação autoral à luz dos princípios constitucionais, abrindo caminho assim, para uma interpretação ampliativa das limitações, capaz de melhor garantir o cumprimento da função social do direito autoral. Desta maneira, conduz-se as limitações aos direitos fundamentais, percebendo a necessidade e relevância deste mecanismo de isenções na garantia de direitos como o acesso ao conhecimento (art. 215 CF), o direito à educação (art.205) e à liberdade de expressão (art. 5º, IV), entre diversos outros interesses de ordem social cuja tutela depende muitas vezes de uma correta aplicação do direito autoral.

É através desta perspectiva funcional desempenhada pelo direito autoral e principalmente pelo sistema de limitações<sup>7</sup>, que se pretende investigar os

---

<sup>5</sup> Gandelman, Henrique. De Gutenberg à Internet. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 218.

<sup>6</sup> PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. The nature of copyright: a law of users' rights. Georgia: University of Georgia Press, 1991. p. 3 -4.

<sup>7</sup> Os termos Limitações e Exceções são utilizados indistintamente ao longo do texto. Vale nota, no entanto, o posicionamento de Allan Rocha de Souza que considera inapropriado o termo "exceções" visto que o direito autoral compõe-se tanto de um conteúdo positivo de direito de autor, quanto negativo, caracterizado pelos

interesses e os direitos que devem ser tutelados no caso concreto, utilizando-se das ferramentas constitucionais para que se chegue a um ponto de equilíbrio, alterando o desvio de rota da interpretação clássica da LDA.

## **2. FUNDAMENTOS CLÁSSICOS E CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS AUTORAIS**

### **2.1 A HISTORICIDADE DO DIREITO AUTORAL**

O direito autoral como é hoje conhecido é fruto de um processo histórico. Sua historicidade<sup>8</sup>, entendendo-se como tal o esforço de distanciamento que torna possível o estudo a partir do processo histórico<sup>9</sup>, é não apenas uma forma de entendermos o porquê dos conceitos e institutos, analisando para tanto, o contexto em que surgiram as vedações e autorizações legais, mas, sobretudo, sua compatibilidade ou não com a realidade atual.<sup>10</sup>

O interesse pela historicidade do direito autoral pauta-se no entendimento de que toda norma jurídica espelha a realidade social e jurídica em que foi concebida, razão pela qual se apresenta como um cativante modo de iniciarmos as investigações sobre o tema, salientando não somente o caráter histórico dos institutos, mas o contexto histórico em que foram criados e desenvolvidos no Brasil e no mundo.

Através da noção de que os direitos não são imutáveis podemos considerar que

---

limites ou restrições ao direito de autor, essenciais para a correta composição dos múltiplos interesses em jogo. SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 22.

<sup>8</sup> José Ferrater vincula a noção de historicidade ao historicismo epistemológico para o qual a compreensão da realidade se dá através do histórico. (MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. 4ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2001. p 337). Vale ainda ressaltar a noção de historicidade contida no Dicionário de Filosofia do Direito coordenado pelo jurista Vicente de Paulo Barretto que dispõe: “Desde finais do século XIX, com o amadurecimento do grande saber histórico acumulado por gerações, e também com a continuidade dos debates referentes àquele mesmo saber, formou-se a idéia de uma fundamental historicidade das coisas humanas: não só dos impérios e das dinastias de que tratava a historiografia tradicional, mas também a das idéias, dos valores e do próprio ser humano criador de valores e de idéias.” BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do Direito. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 435.

<sup>9</sup> JAMESON, Fredric. Pós-Modernismo: a Lógica Cultural do Capitalismo Tardio. São Paulo: Ática, 1996. p. 235.

<sup>10</sup> LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil-contemporâneo. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2007. p. 12.

os conceitos e institutos jurídicos não são naturais, inatos ou inerentes à existência humana e à vida em sociedade<sup>11</sup>. Esta perspectiva enseja uma relativização do olhar de forma a individuar o direito em uma determinada época e em uma determinada sociedade<sup>12</sup>. Este olhar é fundamental para a correta compreensão do sistema de limitações ao direito autoral e de sua problemática, sendo ainda pressuposto necessário para a proposição de soluções cabíveis e viáveis.

Indispensável, portanto, a análise da historicidade, tornando oportuno e necessário o trabalho de situarmos os direitos autorais numa perspectiva histórica.

### **2.1.1 Evolução no mundo**

Como se sabe durante muitos séculos as questões hoje compreendidas pelo direito autoral permaneceram sem uma disciplina jurídica, considerando-se o Estatuto da Rainha Ana na Grã-Bretanha, em 1710, como a primeira previsão de tutela do autor, uma vez que concedia ao mesmo um privilégio de reprodução.<sup>13</sup>

Cabe aqui fazermos uma ressalva para a invenção da imprensa no século XV que ensejou a concessão, aos donos dos meios de produção dos livros, do monopólio da comercialização dos títulos que editassem afim de que estes velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente<sup>14</sup>. Tal preocupação surgiu diante da facilitação da obtenção de livros que tiveram seu custo de fabricação diminuído. Enquanto na Antiguidade e Idade Média os casos de contrafações e plágios eram raros, dada a dificuldade de se reproduzir uma obra, resultando quando ocorriam em condenação pela opinião pública (sanção de cunho meramente moral), com a invenção da imprensa, abre-se um novo horizonte para o direito autoral, diante da necessidade de uma efetiva proteção às criações intelectuais e de repressão às suas violações. Este momento é considerado por alguns doutrinadores como o marco embrionário da regulação de um direito autoral.

Analisando, portanto a gênese do direito autoral observa-se que o instituto não nasceu como um direito de propriedade, mas como uma política de governo para concessão de um monopólio bastante restrito voltado para a comercialização

---

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 14.

<sup>12</sup> LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 20ª edição. Rio de Janeiro: JZE, 2006. p. 67.

<sup>13</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 4.

<sup>14</sup> GANDELMAN, Henrique. *Op. Cit.*, p. 30.

temporária de determinadas criações intelectuais. Somente com advento das idéias iluministas e inspiradas nos ideários da Revolução Francesa que os autores começaram a tomar consciência da importância de sua contribuição intelectual e da necessidade de uma efetiva proteção das suas criações.<sup>15</sup>

O Estatuto da Rainha Ana de 1710 inaugura a visão anglo-americana do *copyright* baseada na materialidade do exemplar e na exclusividade da reprodução. A visão anglo-americana contrapõe-se hoje à tradição continental européia, formada ao longo do século XVIII por influência do ideário da Revolução Francesa<sup>16</sup>, denominada sistema continental europeu ou sistema de *droit d'auteur* que se baseia na proteção à personalidade do autor.<sup>17</sup> Embora ambas recorressem à figura do privilégio, o sistema continental europeu centrou a tutela do autor na atividade criadora em si, mais que na materialidade do exemplar.<sup>18</sup>

Estas duas tradições são importantes para entendermos as diferentes limitações aos direitos de autor desenvolvidas a partir tanto do *droit d'auteur* quanto do *copyright* e em seguida compararmos com as limitações e exceções desenvolvidas em nosso país.

Considerando o contexto em que ocorreu a gênese desses dois principais sistemas de estruturação dos direitos de autor, passamos a analisar de forma sucinta a maneira como se internacionalizaram os direitos autorais para que possamos explorar com mais acuidade no capítulo seguinte, o processo de maximização e a problemática das exceções e limitações da atual lei de direitos autorais.

As primeiras leis de direitos autorais conferiam proteção apenas a autores nacionais, impondo muitas vezes formalidades adicionais a autores estrangeiros. Somente no início do século XIX, acordos bilaterais impuseram condições de reciprocidade na proteção a direitos autorais, estendendo a proteção das obras nacionais a países estrangeiros.

Após a concessão francesa de proteção às obras estrangeiras tal qual às nacionais, tornou-se difundido o estabelecimento de acordos bilaterais de proteção às obras autorais. No entanto, malgrado os esforços franceses seria

---

<sup>15</sup> CARBONI, Guilherme. O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. In: REIS, Renata et al.. Propriedade Intelectual: agricultura, software, direito de autor, medicamentos: interfaces e desafios. 1ª edição. Rio de Janeiro, ed. ABIA, 2007. p. 80.

<sup>16</sup> ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 30.

<sup>17</sup> Ibid. p. 28.

<sup>18</sup> Ibid. p. 5.

necessário um alargamento dos princípios históricos e norteadores dos direitos autorais e do *copyright*<sup>19</sup> de forma a minimizar os frequentes conflitos surgidos a partir de acordos bilaterais.

Iniciou-se então na França a redação de uma “lei universal de direitos autorais”, fundada em ideais de direito natural, dando origem a um movimento universalista de direitos autorais, que mais tarde se consolidaria na *Association Littéraire et Artistique Internationale*. Esta associação foi fundamental, pois a partir de seus trabalhos, e após diversas negociações internacionais, chegar-se-ia à assinatura da Convenção de Berna em 1886 que introduziu a notória limitação conhecida como “regra dos três passos”<sup>20</sup> que exerceu fortes influências tanto no direito norte-americano quanto no direito autoral brasileiro.<sup>21</sup> Vale dizer, neste sentido, que algumas das limitações relacionadas à reprodução, encontradas na legislação brasileira, foram diretamente inspiradas nesta Convenção.

A partir da Convenção de Berna, por meio da qual as nações ditas “civilizadas”, propuseram uma regulação mínima geral e internacional<sup>22</sup>, é possível observarmos um movimento de maximização dos direitos autorais através das várias emendas que seguiram ao texto original, cujos reflexos no Brasil serão abordados em momento oportuno.

Se por um lado o discurso de proteção ao autor, como que derivada de um direito natural ou mesmo como extensão da personalidade do mesmo, predominou ao longo de todo o processo de criação e consolidação das regras internacionais de direitos autorais, por outro, tal discurso ocultava interesses estritamente econômicos.<sup>23</sup>

A justificativa para proteção da personalidade e dignidade do autor baseia-se na figura mítica e romantizada do autor que – apesar da natureza inalienável e irrenunciável dos direitos morais – pode e geralmente é substituído por um agente corporativo por meios contratuais.<sup>24</sup> Países como o Brasil que foram expostos por

---

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 33.

<sup>20</sup> A Convenção de Berna reserva às legislações dos países da União em seu artigo 9(2) a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

<sup>21</sup> A Convenção de Berna promulgada pelo Decreto no. 75.699 de 6 de maio de 1975, em seus artigos 9º, 10 e 10 (bis) autoriza os países signatários a estabelecer isenções à incidência da proteção, estabelecendo também, em seu artigo 7º, os prazos para esta proteção.

<sup>22</sup> ABRÃO, Eliane Y. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>23</sup> DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: Who owns the Knowledge Economy?*. New York: The New Press, 2002.

<sup>24</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform.*

um longo tempo à retórica típica da época de Berna e ao estilo *droit d'auteur* estão inclinados a fazer um uso maior de argumentos pautados em uma visão romantizada do autor e em muitos casos, referentes a direitos naturais.

Além da expansão territorial, também uma expansão substancial vale nota. Os direitos autorais, em um primeiro momento, voltados apenas para o material impresso e execução pública de obras dramáticas, foram se ampliando conforme novos veículos de expressão e comunicação surgiram bem como novas modalidades de distribuição e consumo foram inventadas. Demandas pela proteção de formas de expressão menos tangíveis dos que as já existentes levaram a extensão da proteção aos direitos conexos de autor, através de um sistema paralelo. Desta forma, em 1961, foi assinada a Convenção de Roma, que teve como escopo a proteção aos direitos conexos aos de autor, especificamente relacionados à “proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão”.<sup>25</sup>

As convenções internacionais vigentes atualmente em âmbito nacional são: a Convenção Interamericana<sup>26</sup>, a Convenção de Roma<sup>27</sup>, a Convenção de Genebra<sup>28</sup>, a Convenção Universal<sup>29</sup>, a Convenção de Berna e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)<sup>30</sup>. A Convenção de Berna e o Acordo TRIPS constituem os dois estatutos considerados de maior relevância em nossa ordem jurídica, razão pela qual merecem algumas considerações adicionais acerca das respectivas contribuições, em matéria de limitação aos direitos autorais.

A Convenção de Berna introduziu a aludida “regra dos três passos”, incentivando que haja limitação ao direito de autor nas legislações dos países signatários e inovou metodologicamente ao não se vincular à enunciação de casos específicos, garantindo assim uma maior adaptabilidade às novas formas

---

In: SHAVER, Lea (org.). *Access to Knowledge in Brazil: New Research on Intellectual Property, Innovation and Development*. New Haven: Yale Law School Press, 2008. p. 108-109.

<sup>25</sup> COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 1ª edição. São Paulo: FTD, 1998. p. 36.

<sup>26</sup> Promulgada pelo Decreto 26.675 de 18.05.1949.

<sup>27</sup> Em nosso ordenamento jurídico, foi recepcionada pelo Decreto Legislativo n.º 26/1964 e promulgada pelo Decreto n.º 57.125, de 19 de outubro de 1965.

<sup>28</sup> Aprovada pelo Presidente Ernesto Geisel por intermédio do Decreto Legislativo n.º 59, de 30 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n.º 76.906, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República, apesar de ter entrado em vigor em 28 de novembro de 1975.

<sup>29</sup> O Brasil é membro da Convenção Universal, aprovada internamente pelo Decreto Legislativo n.º 55, de 28 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n.º 76.905, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República.

<sup>30</sup> Promulgado pelo Decreto 1.355 de dezembro de 1994.

de reprodução de obras intelectuais. Esta metodologia aplicável ao regime de exceções e limitações exerceu grande influência, sendo adotada, por exemplo, nos dois tratados aprovados no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em 1996.<sup>31</sup>

O Acordo TRIPS, por sua vez, foi o principal responsável pelo fenômeno da “globalização da propriedade intelectual” pelo fato de englobar as Convenções de Paris, de Berna e de Roma, obrigando os países signatários a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de propriedade intelectual.<sup>32</sup> Administrado pela Organização Mundial do Comércio, utilizou-se também da metodologia da “regra dos três passos”, dando especial atenção ao terceiro passo, como forma de tutelar os interesses dos titulares de direitos autorais, tendo em vista sua importância no comércio internacional, no que tange aos bens intelectuais. Outro fator de grande relevância para este tema no que concerne ao TRIPS, consiste no fato deste dispor acerca função social do direito autoral<sup>33</sup> ao reconhecer os objetivos básicos da proteção dos direitos de propriedade intelectual, alicerçando-os no interesse público de promoção do desenvolvimento tecnológico e engrandecimento cultural.

Após esse breve panorama do processo histórico internacional dos direitos de autor, reforçando a tese de que a evolução é condicionada pelas circunstâncias históricas, passamos a abordar de forma sucinta como se deu esse desenvolvimento em nosso país para que possamos tratar mais à frente do processo de maximização do direito autoral no Brasil.

### **2.1.2 Evolução no Brasil**

No Brasil, a história legislativa do direito autoral é bastante conhecida e inicia-se com a Lei de 1827 que criou os cursos jurídicos de Olinda e São Paulo.<sup>34</sup> Logo

---

<sup>31</sup> Tanto o Tratado sobre Direitos Autorais como o Tratado sobre Interpretações e Execuções de Fonogramas se valem da “regra dos três passos” como fator de limitação dos direitos autorais e conexos, respectivamente.

<sup>32</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 287.

<sup>33</sup> O art. 7º do TRIPS assim dispõe: “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico, e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”. Também gozam de relevância as disposições do art. 8º, itens 1 e 2 na medida em que permitem e incentivam os países signatários a: privilegiar setores de importância vital para o país ou privilegiar o interesse público ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico; e a adotar medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual.

<sup>34</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. *Op. cit.*, p.10.

após, o Código Criminal de 1830 inovaria ao estabelecer um direito de reprodução adequado, impondo sanções criminais em casos de reprodução de escritos ou desenhos feitos por cidadãos brasileiros, sem autorização prévia. A tipificação de condutas relacionadas às infrações aos direitos autorais que constava do artigo 261 do referido Código Criminal, revela que tanto o direito de reprodução, quanto seu termo eram originalmente definidos através da lei penal.<sup>35</sup>

Os Artigos 342 a 350 do Código Penal de 1890 deram continuidade à tradição brasileira de legislar sobre direitos autorais através do direito penal sendo o primeiro desenvolvimento legislativo em matéria de direito de autor após a proclamação da república.<sup>36</sup>

A primeira constituição brasileira, a Constituição do Império, de 1824 (Carta-Lei de 25/03/1824), não fazia qualquer menção ao direito de autor. A garantia autoral durante o período do Império advinha das sanções previstas no Código Criminal de 1830. A primeira constituição a garanti-los foi a Constituição de 1891<sup>37</sup>, promulgada dois anos após o nascimento da república em nosso país.<sup>38</sup>

A partir de então, e à exceção da Carta de 1937 (editada sob o regime autoritário do Estado Novo), todas as Constituições brasileiras garantiram os direitos autorais e ainda de forma bastante similar<sup>39</sup>, inclusive a de 1967 e sua Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, que assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, sendo este direito transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixasse. Mudanças de redação mais substanciais e inserção de outros direitos de autor (como o de fiscalização

---

<sup>35</sup> O artigo 261 do Código Penal de 1830 dispunha que uma vez capturados com cópias ilegais, os infratores perderiam todas as cópias para o autor ou seus herdeiros e pagariam uma multa. A conduta criminosa durava enquanto a obra fosse ilegalmente reproduzida durante o tempo de vida do autor ou 10 anos após sua morte caso deixasse herdeiros. Aos tradutores era dado o mesmo status aos dos autores das obras originais. Se as obras fossem adquiridas conjuntamente, a proteção duraria por um período de dez anos.

<sup>36</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit., p.11.

<sup>37</sup> Constituição de 1891, estabelecia em seu Título IV, (“Dos cidadãos brasileiros”), Seção II (“Declaração de direitos”), art. 72, § 26: “Aos autores de obras literarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mechanic. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”.

<sup>38</sup> COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 37.

<sup>39</sup> Constituição de 1934, art. 113, 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”; Constituição de 1946, art. 141, § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar”; Constituição de 1967, art. 153, § 25: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”

de aproveitamento econômico) apenas ocorreram com a Constituição de 1988<sup>40</sup>, apesar de o dispositivo principal ter mantido redação bastante similar à do art. 72, §26 da Constituição de 1891. Com a edição da Constituição de 1988, os direitos autorais encontraram ampla guarida, nos termos dos dispositivos constitucionais acima indicados e nos termos da LDA.

Tardou a regulação civil do direito autoral. A lei nº. 496 de 1898 aprovada pouco tempo depois da Convenção de Berna, alcunhada de “Lei Medeiros e Albuquerque” em homenagem ao autor do projeto, definiu e garantiu os direitos autorais concedendo proteção a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil sendo considerada a primeira lei civil brasileira a tratar especificamente da proteção autoral.<sup>41</sup>

A lei nº. 496 não teve vida muito longa sendo logo revogada pelo Código Civil de 1916, que classificou o direito de autor como bem móvel, fixando o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em cinco anos e regulando outros aspectos sobre a matéria.<sup>42</sup>

Somente em 1973 com a lei nº. 5.988 o Brasil viu publicado um estatuto único e abrangente, sob a proteção dos mandamentos constitucionais, destinado a regular o direito autoral que vigorou até a aprovação da atual Lei de Direitos Autorais nº. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Consciente do descompasso da atual lei de direitos autorais com relação às novas demandas sociais, o Ministério da Cultura iniciou em 2007 um processo de revisão da Lei, realizando uma série de reuniões e seminários com o objetivo de debater a reforma da lei de direitos autorais. O Governo Federal pretende, em breve, levar à consulta pública o anteprojeto de lei elaborado pelo MinC, convidando toda a sociedade para apresentar suas críticas e sugestões. Analisaremos com maior profundidade os benefícios e as defasagens da proposta de revisão, no tocante às limitações aos direitos de autor, ao longo do capítulo três.

---

<sup>40</sup> Constituição de 1988, art. 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; art. 5º, XXVIII: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

<sup>41</sup> Paranaguá, Pedro e Branco, Sergio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 18.

<sup>42</sup> COSTA NETO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 39.

## 2.2 Natureza Jurídica

Poucos assuntos originaram tantas controvérsias sobre direito autoral quanto a conceituação da natureza de tais direitos. A mobilização dos juristas a este respeito vem atravessando os últimos séculos e causando profundas divergências acadêmicas. Não obstante ser um tema controvertido, sua análise é de grande importância para os questionamentos que serão ventilados ao tratarmos da reinterpretação constitucional da LDA.

Sérgio Branco, em esclarecedora síntese aponta a importância de se definir a natureza jurídica: “é a partir das categorias pré-ordenadas que será possível definir as regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Enquanto não se define a natureza jurídica do direito autoral, não é possível se lhe atribuir os efeitos jurídicos adequados”.<sup>43</sup>

Sendo considerado de forma mais pacificada hoje, um ramo autônomo do direito<sup>44</sup>, o direito autoral guarda semelhanças e diferenças com os direitos de propriedade e os direitos da personalidade sem nunca se enquadrar com precisão em qualquer das categorias, ensejando a criação das mais diversas teorias.

O jurista Henry Jessen<sup>45</sup> considera a maioria das teorias como variantes de cinco teorias principais, quais sejam: (i) teoria da propriedade; (ii) teoria da personalidade; (iii) teoria dos bens jurídicos imateriais; (iv) teoria dos direitos sobre bens intelectuais e; (v) teoria dualista – que procura conciliar as teorias anteriores.

Em razão da grande similitude, os direitos autorais são considerados por alguns doutrinadores como um direito de propriedade em si, enquadrando-se na categoria dos direitos reais por meio da qual enfatiza-se seu caráter patrimonial - “teoria da propriedade” -.

Embora tenha sido originalmente classificado em Roma como direito de propriedade imaterial por tratar de direito sobre coisa incorpórea, observou-se posteriormente a evolução do aspecto pessoal especialmente com a construção da teoria dos direitos da personalidade, originando a concepção de que os direitos autorais consubstanciavam direitos sobre a própria pessoa. Assim, a

---

<sup>43</sup> BRANCO, Sergio Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Tese (Mestrado), 2006, p. 43.

<sup>44</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 17.

<sup>45</sup> JESSEN, Henry. Direitos intelectuais dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967.

defesa dos aspectos personalíssimos era considerada por alguns a razão própria do reconhecimento dos direitos.<sup>46</sup> A “teoria da personalidade” enquadra o direito autoral na categoria de direito da personalidade em virtude da garantia dos direitos morais.

A “teoria dos bens jurídicos imateriais” por sua vez, reconhece ao autor um direito absoluto *sui generis* sobre sua obra, de natureza real, coexistindo, mas de forma independente, com o direito da personalidade enquanto a “teoria dos direitos sobre bens intelectuais” centra-se no direito das coisas incorpóreas (obras literárias, artísticas e científicas, patentes de invenção e marcas de comércio).

Além destas classificações existem diversas teorias que combinam estas classificações e certas posições singulares além da teoria que considera os direitos autorais um privilégio para incremento das letras da ciência e das artes.

Não obstante, levando em conta os diferentes fatores e elementos estruturais próprios, fazemos coro com a maioria da doutrina que vem considerando o Direito de Autor como um direito *sui generis*,<sup>47</sup> que não se insere nas classificações supramencionadas uma vez que sua natureza é moral aproximando-o do direito da personalidade podendo, no entanto, produzir efeitos patrimoniais o que o aproxima do direito de propriedade. Em virtude desta natureza híbrida concebida como uma teoria dualista e bastante aclamada pela maioria da doutrina, o Direito Autoral é considerado um direito autônomo.<sup>48</sup>

José Carlos Costa Neto acrescenta:

*A legislação brasileira em vigor, mormente a Lei 5.988/73, embora não defina especificamente o termo “direitos de autor”, adotou, conforme se depreende de sua orientação normativa, a concepção dualista, ou seja, nos direitos de autor coexistem, distintamente (embora interdependentes), direitos morais e direitos patrimoniais, sendo que o primeiro prevaleceria sobre o segundo, em virtude daquele estar relacionado à defesa dos interesses espirituais do criador (intelectual).*

A relevância desta classificação nos leva ao cerne da discussão relativa à possibilidade ou não da aplicação do princípio da função social da propriedade ao direito autoral, que será aprofundada ao longo do capítulo três quando tratarmos da função social como uma possível restrição extrínseca ao direito

---

<sup>46</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 11.

<sup>47</sup> COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 46.

<sup>48</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit., p. 18.

autoral na tentativa de reequilibrar a dualidade de interesses complementando o restrito rol de exceções e limitações.

Muito embora o direito autoral seja considerado pela maioria da doutrina como um direito híbrido<sup>49</sup> não se enquadrando como mencionamos nem à categoria de direito da propriedade unicamente nem à de direito da personalidade, ele está inserido no ordenamento como um ramo específico da propriedade intelectual como reflexo da tradição histórica mencionada anteriormente.

Alguns doutrinadores entendem que a associação do conceito de “propriedade” ao direito autoral e, de forma mais ampla, ao sistema de “propriedade intelectual”, que remonta aos tempos da Revolução Francesa, contribuiu para o reforço das faculdades atribuídas ao autor favorecendo o atual estágio de desequilíbrio que iremos tratar mais à frente.

Para Orlando Gomes, é possível atribuir-se ao direito autoral as peculiaridades atinentes à propriedade<sup>50</sup>, entendendo que a principal diferença reside unicamente no aspecto relativo à perpetuidade.<sup>51</sup> Não obstante, além da limitação temporal existem outras diferenças entre os direitos autorais e os demais direitos de propriedade que devem ser mencionados.

Antônio Chaves<sup>52</sup> aduz que uma das principais diferenças entre o direito autoral e os demais direitos de propriedade material revela-se pelo modo de aquisição originários e derivados. A aquisição é considerada originária pelo fato de surgir apenas quando da criação da obra enquanto os modos de aquisição derivados não possuem perfeita transferência entre cedente e cessionário, uma vez que a obra intelectual não sai completamente da esfera de influência da personalidade de quem a criou, em decorrência da manutenção dos direitos morais.

É ainda Antônio Chaves que evidencia a impossibilidade de se enquadrar o direito autoral unicamente como direito da personalidade ou da propriedade material:<sup>53</sup>

*No que porém mais se distancia o direito autoral da propriedade material é na separação perfeitamente nítida que se estabelece no período*

---

<sup>49</sup> COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 51.

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. Direitos Reais. Cit., p. 85-86.

<sup>51</sup> Conforme artigo 41 da LDA, o titular do direito autoral tem sua propriedade limitada no tempo perdurando por 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

<sup>52</sup> CHAVES, Antônio. Direito de Autor – Princípios Fundamentais. Cit., p. 16.

<sup>53</sup> Ibid., p. 16.

*anterior e posterior à publicação da obra, sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas: patrimoniais exclusivas de publicação, reprodução etc., que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, e de natureza pessoal, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra. Direito especial, como se revela, exige, por isso mesmo, uma regulamentação específica, incompatível com o caráter demasiadamente amplo e genérico dos direitos da personalidade, assim como com os estreitos limites da propriedade material ou patrimonial.*

Além das distinções supramencionadas é mister salientarmos uma diferença básica entre a titularidade de um bem de direito autoral e a titularidade dos demais bens que refere-se à incidência da propriedade sobre o objeto.

Enquanto a aquisição de um bem qualquer permite a seu titular exercer sobre o mesmo todas as faculdades inerentes à propriedade<sup>54</sup>, quais sejam, usar, gozar, dispor e reivindicar, permitindo que o proprietário abandone, aliene ou destrua o bem, no direito autoral o titular tem liberdade no tocante ao uso que faz do bem material em si mas não sobre o bem intelectual acoplado ao bem material.<sup>55</sup>

Esse princípio foi positivado na LDA, em seu artigo 37, que assim dispõe:

*Art. 37: A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.*

Além disso, vale ressaltar que a garantia dos direitos morais impede que o vínculo entre autor e obra deixe de existir.<sup>56</sup> Em virtude disto, ainda que o original da obra seja alienado ou destruído, o autor terá resguardado os seus direitos morais que prevêm, por exemplo, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.<sup>57</sup>

Os direitos morais estão previstos no artigo 6 *bis*, 1, da Convenção de Berna, ao dispor que “independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra

<sup>54</sup> “Sobre o exemplar da obra recai, em princípio, uma propriedade como qualquer outra”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 33.

<sup>55</sup> Gandelman, Henrique. Op. cit., p. 232.

<sup>56</sup> BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 8.

<sup>57</sup> Refere-se ao chamado “direito de paternidade” disposto no art. 24, I, da LDA.

modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação".<sup>58</sup>

Isso posto, há que se criticar a ficção legal da "propriedade" tendo em vista que a natureza do direito autoral engloba mas não se limita a esta concepção. Ademais, sem nos aprofundarmos na discussão acerca da natureza das exceções aos direitos autorais, fazemos coro com parte da doutrina que desconhece a natureza de exceção aos limites impostos ao monopólio autoral, entendendo que todo direito é a resultante de poderes e vinculações.

É neste sentido que conclui Ascensão<sup>59</sup>:

*A vinculação não é exceção, é uma manifestação tão normal como a do poder [...] O direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo direito, tem limites. Os limites, como ocorrência comum, modelam a atribuição realizada. É normalmente através deles que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesse do público em geral.*

O direito autoral é visto ainda hoje como a forma de proteger os autores do público em vez de ser o resultado de uma barganha entre os interesses públicos e privados. A consequência lógica desta interpretação em favor do autor é a pressão para que o rol de limitações seja interpretado no sentido estrito e da maneira mais restritiva possível deixando absolutamente nenhum espaço para os juízes decidirem com base em princípios gerais. Nesta lógica, qualquer controvérsia na interpretação deve ser decidida em favor do autor. Observa-se uma apatia por parte dos juristas e aplicadores do direito frente a esta interpretação, encarada muitas vezes como um dogma adquirindo status de senso comum sem nunca ser questionado.<sup>60</sup>

A lógica da interpretação estrita é normalmente defendida através de duas linhas de raciocínio. A primeira alega que o artigo 4º da Lei 9.610/98 expressamente afirma esta abordagem. Uma crítica deve ser feita, no entanto,

---

<sup>58</sup> Vale lembrar, no entanto, que o Acordo TRIPS não obriga os países signatários a conter uma disposição sobre direitos morais em sua legislação interna, motivo pelo qual países do sistema de *copyright*, como os Estados Unidos, são também signatários da Convenção de Berna sem que qualquer alteração na sua legislação sobre direitos morais tenha sido necessária.

<sup>59</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no direito autoral. Revista Forense. v. 365, jan.-fev. 2003, apud in LEWICKI, Bruno Costa. Op. cit., p. 82.

<sup>60</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 109-111.

pelo fato do Artigo 4º referir-se à interpretação dos contratos de direitos do autor e não à interpretação da lei em si. A segunda linha de argumentação sustenta que a interpretação estrita é logicamente necessária, uma vez que as exceções e limitações lidam - por definição - com exceções à regra geral.

Não obstante, é possível se vislumbrar a questão sobre outra perspectiva ao considerarmos, por exemplo, os direitos de autor como uma exceção à regra de acesso público ao conteúdo e domínio público. Sob este ângulo a proteção autoral é a exceção, posto que finita e limitada,<sup>61</sup> e o domínio público e o acesso livre, a regra, levando a crer que as limitações de uso público deveriam ser interpretadas a partir da perspectiva mais ampla possível. Apesar de ambos os argumentos conterem falhas, a convicção de que as exceções e limitações devem ser interpretadas restritivamente, domina o entendimento da academia tradicional no que tange aos direitos autorais no Brasil.<sup>62</sup>

### **2.3 Bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional**

A partir da sucinta digressão histórica da regulação do direito autoral nos planos nacional e internacional é possível vislumbrarmos a insuficiência de se regular a matéria unicamente pelo Código Civil fazendo com que o direito autoral garantisse guarida em leis específicas e na Carta Magna.

Destarte, com uma regulação que perpassa os ramos do direito público e privado, o direito autoral compreende um sistema normativo que fortalece o quadro contemporâneo marcado pela superação da dicotomia clássica entre estes dois ramos do direito. Embora não haja uma submissão do direito privado ao direito público vislumbra-se a superação do individualismo jurídico aproximando os dois ramos e permitindo uma interpenetração que corresponda à atual realidade social e econômica. Não há que se falar, no entanto, em crise ou declínio das estruturas do direito privado, mas sim de modificação de sua estrutura, alterada através das mudanças sociais.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Para José de Oliveira Ascensão, o direito de autor pode ser essencialmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra (ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 615-616). Embora seja procedente o caráter temporário do direito de autor principalmente no que tange aos direitos patrimoniais, não se deve caracterizar o direito autoral somente sob a perspectiva da exploração econômica da obra, devendo-se levar em conta também os direitos morais do autor.

<sup>62</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Op. cit.*, p. 109-111.

<sup>63</sup> SOUZA, Allan Rocha de. *Op. cit.*, p. 217.

Neste diapasão é fundamental analisarmos o direito autoral como um direito constitucionalmente previsto, encarando como normas diretivas os princípios contidos na normativa constitucional em razão de estarem no ápice do ordenamento jurídico.

O direito do autor encontra seu fundamento constitucional inicialmente no artigo 5º, incisos XXVII e XVIII, que dispõe:

*XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*

*XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:*

*a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;*

*b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;*

Através destes dois incisos verifica-se de pronto a existência de duas regras garantidoras dos direitos autorais sendo uma auto-aplicável (XXVII primeira parte) com fundamento no direito natural, e as demais (XXVII segunda parte e XXVIII) programáticas<sup>64</sup>, cuja eficácia depende de regulamentação mediante lei ordinária.<sup>65</sup> Estas regras garantem em sede constitucional os direitos patrimoniais assegurando aos autores o controle e proveito das obras resultantes de sua criação.

Em razão do conteúdo proprietário destes direitos a proteção autoral patrimonial é reforçada incidentalmente pelo inciso XXII do artigo 5º que garante o direito de propriedade. Vale mencionar que esta garantia abarca o conjunto de toda patrimonialidade independente de incidir ou não sobre bem corpóreo, incorpóreo ou direito real.

---

<sup>64</sup> Normas programáticas conforme salienta Jorge Miranda são aquelas de aplicação diferida e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra. Coimbra Editora, 1990. *apud in* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19 ed. São Paulo: Atlas 2006 p. 9. Para o mestre Gomes Canotilho, as normas programáticas são mais que “simples programas” juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Canotilho sustenta a necessidade de se atribuir a estas normas valor jurídico idêntico ao dos demais preceitos da constituição atribuindo-lhes eficácia vinculativa perante quaisquer órgãos do poder político. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1177.

<sup>65</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: Exceções Impostas Aos Direitos Autorais: Derrogações e Limitações*. 1ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 162.

Em contraposição a este monopólio autoral, encontram abrigo na Carta Magna, princípios como a liberdade de expressão e o acesso à informação, previstos nos incisos IX e XIV do artigo 5º que, juntamente com o artigo 215, formam o fundamento constitucional das limitações ao direito do autor. É mister mencionar contudo, que as limitações aos direitos autorais são tocadas também pelos direitos sociais garantidos constitucionalmente por meio de figuras como o direito à educação, assegurado pela Constituição Federal através dos artigos 6º, 205 e 214, V, bem como por outros dispositivos constitucionais que muitas vezes são deixados de lado quando se tenta sopesar os interesses dicotômicos. É o caso, por exemplo, dos artigos 170 e 216 da Constituição Federal. O artigo 170 ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, sugere a observância dos princípios da propriedade privada, de sua função social e da livre concorrência, transparecendo uma preocupação com os direitos da coletividade e representando especial relevância para a aplicação da função social ao direito autoral da qual trataremos mais à frente. O artigo 216 por sua vez, reitera em seu inciso III, a necessidade de se permitir à coletividade fazer uso cultural destas obras, o que não representa necessariamente um prejuízo à função promocional do direito autoral.

Conscientes, portanto, da supremacia dos ditames constitucionais, sustentamos que devem ser observados tais preceitos no exercício de ponderação entre os dicotômicos interesses autorais e sociais, devendo representar limites extrínsecos aos direitos patrimoniais do autor ao estabelecerem circunstâncias e situações de afastamento destes direitos.

A despeito da visível preocupação do constituinte em relação ao aspecto patrimonial do direito autoral, não há em nosso sistema constitucional abrigo específico para o direito moral do autor. Não obstante, é possível identificar no artigo 5º, inciso X da Constituição, direitos da personalidade protegidos expressamente na Constituição que guardam correlação com os direitos morais do autor. São eles: o direito à imagem, ao nome e à honra. O vínculo pessoal entre o autor e sua obra encontra previsão ainda, no artigo 5º inciso IX da Constituição que dispõe: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A importância de se encarar o direito autoral através da perspectiva civil-constitucional reside na absoluta insuficiência do direito privado para resolver os problemas práticos do cotidiano, servindo as disposições constitucionais como limites externos ao poder atribuído à vontade individual cabendo-lhe respeitar os interesses da coletividade.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão:<sup>66</sup>

*O Direito Autoral não é uma via de sentido único. É um direito de todos, que por regras positivas e negativas concilia todos numa perspectiva de interesse geral.*

Além da supremacia da Constituição, o princípio da unidade do ordenamento jurídico<sup>67</sup> repele a possibilidade de antinomias sugerindo que todo o tecido normativo seja visto à luz dos valores propugnados pela Constituição.

Conforme esclarece Allan Rocha de Souza valendo-se dos ensinamentos de Pietro Perlingieri<sup>68</sup>:

*Pode-se afirmar que a norma constitucional tem uma relevância dupla, funcionando como limite interpretativo e orientadora desta hermenêutica, e também como própria justificativa da norma ordinária, pelo seu dever de harmonização coerente e razoável com a Constituição.*

Como veremos adiante ao tratarmos da reinterpretação constitucional da LDA, somente a partir da interpretação constitucional da lei será possível chegarmos a decisões consoantes com a realidade contemporânea. Percebe-se hoje um distanciamento nocivo entre o direito autoral e o direito constitucional sendo possível ampliar esta crítica, salientado que, a riqueza das interações entre a legislação de direitos autorais e os demais ramos do direito permanece ainda inexplorada.<sup>69</sup> A releitura do direito privado a partir dos preceitos constitucionais<sup>70</sup>, em especial, possui o nobre condão de privilegiar os valores não-patrimoniais do desenvolvimento dos direitos sociais, do acesso ao conhecimento e informação e do acesso à cultura como prioridades na política de desenvolvimento nacional.

---

<sup>66</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fair use” no Direito Autoral. Cit., p.106.

<sup>67</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, julho-setembro de 1993. Número 63.

<sup>68</sup> SOUZA, Allan Rocha de. Op. cit., p. 226.

<sup>69</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 107.

<sup>70</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

### 3. EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DO AUTOR

#### 3.1 As Limitações e Exceções no âmbito internacional

##### 3.1.1 No direito norte-americano

A respeito de limitações aos direitos autorais no direito norte-americano, devemos dar especial atenção ao instituto do *fair use* objetivando abordar criticamente a discussão doutrinária referente à possível incorporação do conceito de *fair use* ao nosso ordenamento com intuito de flexibilizar o rígido sistema brasileiro de exceções e limitações adequando-o à nova “sociedade da informação”<sup>71</sup>.

A doutrina norte-americana do *fair use* guarda grandes semelhanças com a “regra dos três passos” da aludida Convenção de Berna, prevista em seu artigo 9(2), a qual também exerceu forte influência no desenvolvimento das limitações do direito autoral brasileiro, sendo mister ressaltarmos que a despeito de haver influenciado ambos os sistemas, foi absorvida de formas distintas em função das diferentes tradições seguidas por estes dois países.

A “regra dos três passos” ao condicionar a limitação do direito exclusivo de autor a “certos casos especiais” impede a edição de limitações amplas e genéricas, sugerindo que sejam definidas e limitadas. Não obstante, esse entendimento não tem sido interpretado pelos países como um obstáculo à adoção de um tratamento mais amplo e genérico das limitações aos direitos autorais. O entendimento adotado hoje pauta-se na idéia de que é possível estabelecer limitações com base em “princípios gerais” desde que as hipóteses de incidência desses princípios possam ser razoavelmente previstas.<sup>72</sup> É o caso do sistema de *fair use* norte-americano.

O conceito de *fair use*, surgido como direito costumeiro, até ser incorporado ao “Copyright act” em 1976, permite o uso limitado de material protegido por direitos autorais sem que seja necessária prévia autorização dos titulares dos

---

<sup>71</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Direito Autoral. Cit., p. 680.

<sup>72</sup> Como complemento a este entendimento é possível afirmar que a “regra dos três passos” tampouco deve servir de empecilho para a criação de novas limitações com base em políticas públicas devendo ser interpretada como forma de garantir ou ao menos não colidir com direitos fundamentais e demais questões de interesse público.

direitos autorais, desde que o uso seja considerado justo.<sup>73</sup> Para tanto, quatro fatores são levados em consideração:

- O propósito e a natureza do uso;
- A natureza da obra utilizada;
- A quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra;
- As consequências do uso no mercado e seu impacto no valor da obra original.

O primeiro fator refere-se, portanto, ao propósito e natureza do uso, ensejando a verificação da existência ou ausência de indicadores como: fins comerciais e fins educacionais. Vale dizer que, embora a existência de fins comerciais seja um indicador negativo de grande peso, não descaracteriza por si só um uso justo. Da mesma forma, a verificação de fins educacionais e não-lucrativos, não garante por si só a caracterização de um uso justo, como veremos a seguir.

O segundo fator leva o aplicador do direito a se debruçar sobre a natureza da obra protegida, fomentando diferentes tipos de discussões e análises. O primeiro ponto a ser discutido, diz respeito à natureza fática ou imaginativa da obra utilizada. Tendo em vista que idéias e fatos não são protegidos por direito autoral, é natural que nas obras mais fáticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas.<sup>74</sup> Com relação aos demais pontos que devem ser examinados sob as lentes do segundo fator, podemos citar a existência de interesse público em relação ao material utilizado e a constatação do ineditismo da obra. Enquanto o interesse público é visto pela doutrina como um indicador positivo, o ineditismo da obra é alvo de controvérsias. Muitos doutrinadores consideram equivocado analisar o ineditismo da obra sob a égide do segundo fator, uma vez que a própria Seção 107 do Título 17 do *Copyright Act* norte-

---

<sup>73</sup> Dispõe o Copyright Act na seção 107 do seu Título 17: “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: 1. the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; 2. the nature of the copyrighted work; 3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and 4. the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors”.

<sup>74</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fair use” no Direito Autoral. Cit., p. 95.

americano, reserva esta característica fora dos quatro fatores, devendo, segundo eles, ser analisado em separado e não constituindo, à semelhança dos demais fatores, um critério capaz de descaracterizar por si só o uso justo. O segundo fator é considerado, de forma geral, um fator de pouco peso na avaliação final do *fair use*.<sup>75</sup>

O terceiro fator enseja a análise em escala quantitativa e qualitativa da porção utilizada da obra protegida, devendo-se levar em conta o tamanho da obra nova e a relevância do trecho utilizado para ambas as obras.

O quarto e último fator leva em conta o impacto da utilização sobre o valor ou o mercado potencial da obra utilizada, sendo considerado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas como o fator mais influente no resultado final do teste do *fair use*. Com relação a este fator especificamente, vale citar a interpretação da OMPI ao artigo 9.2 da Convenção de Berna, disposta no Guia Interpretativo da Convenção de Berna, publicado em 1978.

De acordo com a interpretação da OMPI, para se avaliar se determinada exceção é ou não válida no âmbito da Convenção de Berna, não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu ou não um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado, tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais. É possível afirmar, a título ilustrativo, que em caso de utilização fundada em interesse público, ainda que haja prejuízo, em alguma medida, ao detentor dos direitos patrimoniais, trata-se de um prejuízo justificado. A aplicação do *fair use* a exemplo da aplicação da “regra dos três passos”, na qual se inspirou, deve atender também à função social do direito de autor, que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público.<sup>76</sup> Estes elementos devem ser levados em consideração ao se ponderar os fatores e mais especificamente ao se examinar o quarto fator.

A ocorrência de um indicador negativo referente a um dos quatro fatores ou ao ineditismo da obra utilizada, não deve ser determinante para desconsideração de um uso justo. Do contrário, os fatores devem ser examinados conjuntamente e o resultado deve advir de um exercício de ponderação entre estes fatores,

---

<sup>75</sup> Vide BEEBE, Barton. “An Empirical Study Of The U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005”, in University of Pennsylvania Law Review vol. 156, nº 03 (jan/08), p. 610-615.

<sup>76</sup> CARBONI, Guilherme (org.). Direitos Autorais e Internet – Propostas Legislativas Para Fomentar o Desenvolvimento e o Acesso ao Conhecimento. In: Série Pensando o Direito nº 3/2009. Brasília. 2009. p. 80.

não se excluindo a consideração de outros fatores adicionais em função das circunstâncias do caso concreto.<sup>77</sup>

Vale mencionar que a figura do *fair use* não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor no direito norte-americano, sendo um teste aplicável, mormente, a situações lacunosas em que não se têm normas específicas, constituindo na verdade uma cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais complementada por especificações positivas, constantes das seções 108 e seguintes do título 17 do *US Code* e por diplomas como o *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 e demais diretrizes (*guidelines*).

No sistema brasileiro, baseado na tradição europeia de *droit d'auteur*, as limitações ao direito autoral são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativo. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra não será admitido. Observa-se desta forma grande diferença em relação ao sistema norte-americano de previsão do *fair use* por meio do qual são estabelecidos critérios a partir dos quais se afere se tal uso viola ou não direitos autorais de acordo com análise do caso concreto.<sup>78</sup>

Como ressalta José de Oliveira Ascensão:

*A todos interessa este confronto, nomeadamente pelo contributo muito importante que o fair use, não obstante a diversidade do sistema de direito em que se integra, pode trazer ao aperfeiçoamento do nosso sistema. A posição de partida é muito superior, porque permite manter vivo o corpo do Direito Autoral, satisfazendo simultaneamente os objectivos culturais e outros que estão indelevelmente na sua origem.*<sup>79</sup>

Demonstrando ser mais maleável que o sistema europeu adaptando-se com maior facilidade aos desafios emergentes<sup>80</sup>, o *fair use* não deixa de ser alvo de críticas. No capítulo três trataremos das críticas e avaliaremos a aplicabilidade deste instituto ao contexto brasileiro.

---

<sup>77</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direitos de Autor e Liberdade de Informação. Coimbra: Almedina, 2008. p. 302.

<sup>78</sup> YANKWICH, Leon R. "What is Fair Use?". The University of Chicago Law Review, Vol. 22, No. 1 (Autumn, 1954), pp. 213-214.

<sup>79</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O *fair use* no direito autoral. Cit., p. 83.

<sup>80</sup> Ibid. p. 95-96.

### 3.1.2 No direito europeu

Enquanto a lei autoral norte-americana estabelece um número restrito de direitos de autor ao mesmo tempo em que os limita por meio do amplo conceito de *fair use*, o sistema europeu, particularmente o continental, estabelece direitos de autor em termos abrangentes e flexíveis limitando-os através de exceções e limitações pontuais e restritas inclusive em sua interpretação, não admitindo o uso de analogias.<sup>81</sup>

Com foco nos direitos da personalidade que caracterizam os sistemas do tipo romanístico, derivados do sistema europeu continental, as leis autorais francesa e alemã focam a proteção, sobretudo nos direitos morais, em termos amplos e abertos. Vale ressaltar que no direito alemão o elemento pessoal destaca-se de tal forma que não se pode alienar nem mesmo os direitos patrimoniais, abertos somente à licença. Na tradição francesa por outro lado, faz-se a distinção entre os direitos morais e patrimoniais, considerando somente os primeiros inalienáveis e irrenunciáveis.

No Reino Unido vislumbra-se a figura do *fair dealing* acolhida por diversos países de tradição *common law*, consistindo em um rol limitado de usos capazes de descaracterizar uma violação a direito de autor. Ao contrário da doutrina norte-americana do *fair use*, muito embora ambas tenham caráter de “defesa”, o conceito de *fair dealing* não se aplica a situações que não se enquadrem nas categorias previstas, sendo considerado portanto menos flexível.

Neste sentido podemos concluir que apesar do *fair dealing* aproximar-se do instituto do *fair use*<sup>82</sup> não representa uma cláusula geral e central aplicável a todos os domínios, sendo importante ressaltarmos que a partir de 1911 o *fair dealing* britânico evoluiu para especificações legislativas aproximando-o do sistema continental europeu enquanto, à guisa de ilustração, o Canadá flexibilizou este instituto jurisprudencialmente, estabelecendo seis critérios para avaliação do uso, reduzindo a diferença existente entre este instituto e o *fair use*.<sup>83</sup>

Em síntese conclui Ascensão:<sup>84</sup>

*O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é*

---

<sup>81</sup> Ibid. p. 93.

<sup>82</sup> YANKWICH, Leon R. Op. cit., p. 213.

<sup>83</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 95.

<sup>84</sup> Ibid. p. 98.

*preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado fair use. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.*

É ilustrativa a discussão acerca do *time shifting*<sup>85</sup> no tratamento do uso privado pelos sistemas norte-americano e continental europeu. O sistema norte-americano demonstrou sua maleabilidade ao admitir tal uso jurisprudencialmente por meio da doutrina do *fair use* enquanto no Reino Unido foi necessário introduzirem uma regra permissiva específica diante da impossibilidade de resolução do caso através da aplicação de princípios gerais.<sup>86</sup>

À exemplo da problemática jurídica fomentada pelo *time shifting*, muito nos preocupa a restrição das potencialidades de aproveitamento dos meios tecnológicos pela sociedade. O Direito Autoral hoje vem sendo considerado por muitos, independentemente do país ou do sistema de limitações, como um inimigo da sociedade da informação transparecendo a necessidade de se criar um quadro jurídico contemplando todos os interesses.

A partir da análise das limitações no panorama internacional e cientes de que o sistema autoral brasileiro teve por fonte inspiradora a tradição continental (em especial a do direito francês), pode-se considerar que a iniciativa de se criar um quadro jurídico contemplando todos os interesses em jogo, pressupõe a descoberta de novos limites adequados às novas tecnologias. Se, pelo contrário, não se criam novos limites ou ainda se restringem os antigos, recorre-se aos limites extrínsecos como forma de compensar a escassez e estreiteza das previsões legais dos países de tradição romanística. Esta tentativa de compensação através dos limites extrínsecos vem ocorrendo de forma cada vez mais acentuada sendo particularmente visível no tocante à intervenção de outros ramos do direito no âmbito do direito autoral.

Apesar do caráter essencialmente nacional das limitações observa-se uma nítida preocupação no âmbito da União Européia em se harmonizar o direito autoral visando remover potenciais obstáculos ao mercado comum.

---

<sup>85</sup> Time Shifting é o termo em inglês referente ao ato de gravar um conteúdo para depois vê-lo ou ouvi-lo num horário mais conveniente.

<sup>86</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 102.

Esta preocupação foi um dos temas abordados pela Diretiva 29/2001 que versa sobre direitos de autor na sociedade da informação. Segue abaixo seu preâmbulo:

*As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos actos sujeitos a restrição têm efeitos negativos directos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das actividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno.*

Esta Diretiva busca harmonizar o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos, segundo uma perspectiva funcional. Entre o sistema de limitações derivado da tradição *droit d'auteur* e do *copyright* existe um "abismo" cuja profundidade impediria uma harmonização comunitária<sup>87</sup>, sendo esta Diretiva, que retoma a cláusula geral da Convenção de Berna<sup>88</sup>, um bom exemplo do esforço europeu para se criar pontes entre os dois sistemas.<sup>89</sup>

A iniciativa de harmonização é alvo de fortes críticas por parte dos autoristas europeus por adotar a estratégia de enumerar exaustivamente as limitações engessando o sistema. Através de uma lógica de exceções e limitações *à la carte*, a Diretiva 29/2001, por exemplo, propõe que os Estados-membros escolham a partir de um rol taxativo pré-definido, quais as que se adaptam às suas tradições nacionais. Há quem sustente, portanto que a Diretiva falha em seu objetivo de harmonização por não ter estabelecido o caráter obrigatório das limitações. Os defensores, por sua vez, tentam afastar a idéia de unificação dos sistemas de limitação, argumentando que o objetivo no caso específico das limitações consiste no esforço de se admitir as diferenças (visto que refletem as necessidades e especificidades de cada povo), colocando-as, no entanto em ordem minimamente harmoniosa.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Op. cit., p. 545-547.

<sup>88</sup> A concretização das exceções fica sujeita à "regra dos três passos" (Convenção de Berna art. 9º, 2; Acordo ADPIC art. 13º e; dois novos tratados da OMPI arts. 10º e 16º respectivamente).

<sup>89</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Op. cit., p. 241-255.

<sup>90</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 256. apud in LEWICKI, Bruno Costa. Op. cit., p. 97.

## 3.2 AS LIMITAÇÕES E EXCEÇÕES NO BRASIL

### 3.2.1 HISTÓRICO DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Analisando o avanço da proteção autoral no Brasil, é possível perceber à semelhança do que ocorreu no âmbito internacional, uma significativa expansão da proteção aos direitos de autor, colocando em situação privilegiada os interesses do titular dos direitos autorais em detrimento dos interesses da coletividade.

Conforme abordamos ao tratar da historicidade do direito autoral brasileiro, a regulação brasileira no tocante à matéria inicia-se com a lei de criação dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo em 1827 a qual atribuiu aos lentes um privilégio de 10 anos sobre os cursos que publicassem<sup>91</sup>.

Em 1831 com a penetração da regulação dos direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Criminal do Império, no título III parte III, ("Crimes contra a propriedade"), artigo 261, criou indiretamente um direito autoral de reprodução a partir de um tipo incriminador que proibia a reprodução, em várias modalidades, de escritos ou estampas feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, não prevendo a proteção a obras estrangeiras.<sup>92</sup> A proteção conferida pela lei durava a vida do autor, e um período de dez anos após a morte deste na existência de herdeiros<sup>93</sup>.

O Código Penal de 1890 continuaria a tradição de se legislar a respeito de direitos autorais por meio do direito penal. O título XII, capítulo V do Código ("Dos crimes Contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Comercial"), estabeleceu em seus artigos 342 a 350 previsões acerca da "violação dos direitos da propriedade litteraria e scientifica"<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> "Art. 7. Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo porém á aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos". proibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periódicos, gazetas, em compêndios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos".

<sup>92</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Tese (Mestrado), 2007. p. 287.

<sup>93</sup> "Art. 261. Imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Penas: Perda de todos os exemplares para o autor ou tradutor, ou seus herdeiros, ou, na falta deles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escritos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, litografar ou introduzir, durará somente por espaço de dez anos".

<sup>94</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. *Op. cit.*, p. 287.

No tocante a estes dispositivos, o Código Penal de 1890, inspirado nos códigos penais da França e de Portugal estabeleceu em seus artigos 342 e 344, direitos autorais sobre leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatórios e quaisquer atos dos poderes legislativo ou executivo da Nação e dos Estados, intensificando a proteção aos direitos autorais, sendo importante mencionar a introdução de uma limitação prevista no parágrafo único do artigo 344<sup>95</sup>. O artigo 345 do referido diploma manteve o prazo de vigência para os direitos de reprodução estabelecidos no Código Criminal do Império: vida mais 10 anos caso haja herdeiros. O artigo 347<sup>96</sup> por sua vez introduziu no ordenamento jurídico pátrio um direito sobre traduções, a partir da proibição de traduções não-autorizadas, introduzindo, contudo uma limitação por meio da qual se permitia fazer citação parcial de qualquer escrito, com o fim de crítica, polêmica, ou ensino.<sup>97</sup> O artigo 348 proibiu a execução ou representação de composições musicais, tragédias, dramas, comédias ou quaisquer outras produções realizadas em teatros ou espetáculos públicos seja qual for sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor<sup>98</sup>. Em complemento, o artigo 350 da lei passou a proibir a reprodução de “qualquer produção artística, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção”. Com base nos dispositivos citados, torna-se clara a abrangência das proibições impostas pelo Código e a amplitude da idéia de obra protegida.<sup>99</sup>

A partir dos diplomas apresentados é possível perceber que a tradição jurídica brasileira no que tange aos direitos autorais como um todo, incluindo-se desta forma o instituto das exceções e limitações, ergueu-se a partir do direito penal. Percebe-se ainda que entre o Código Criminal do Império e o Código Penal de 1890 houve um movimento de expansão da normativa pátria de direitos autorais. Como veremos a seguir, este movimento, impulsionado pela conjuntura

---

<sup>95</sup> Art. 344, parágrafo único: “O privilégio da fazenda publica resultante deste e do art. 342 não importa proibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periódicos, gazetas, em compêndios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos”.

<sup>96</sup> “Art. 347: Traduzir e expor á venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor: Penas - as mesmas do artigo antecedente. Esta prohibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de critica, polemica, ou ensino.”

<sup>97</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p. 71-73.

<sup>98</sup> “Art. 348. Executar, ou fazer representar, em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor: Pena - de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor.”

<sup>99</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. Cit., p. 288.

internacional, potencializou-se influenciando também os diversos diplomas que se seguiram, até os dias de hoje.

A Lei n.º 496, de 1º de agosto de 1898 (Lei Medeiros Albuquerque) reconhecida, como vimos, por ser a primeira legislação civil a conferir proteção aos direitos autorais, estendeu a duração da proteção de direitos de autor e vedou alterações não-autorizadas até mesmo para obras caídas em domínio público ou não abrangidas pela proteção legal, encarando o direito de autor como um privilégio. A proteção passou a durar cinquenta anos após primeiro de janeiro do ano da publicação (art. 3º, 1º), condicionada a proteção a depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos, (art. 13), sob pena do direito perecer.

O direito de o autor fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções também era limitado no tempo, pelo prazo de dez anos (art. 3º, 2º). O artigo 19 da Lei definiu ainda o termo “contrafação” como sendo “todo o atentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor”. Contudo, notório salientarmos a inclusão na Lei Medeiros e Albuquerque do mecanismo do rol de limitações aos direitos autorais, mantido até hoje em forma, a ser abordado com maior profundidade na parte seguinte deste capítulo.

O art. 22 da lei trouxe sete limitações aos direitos autorais, descaracterizando as condutas descritas como contrafação transparecendo uma preocupação com os entraves à liberdade de expressão e educação colocados pelos direitos autorais, embora a disposição legal não especificasse expressamente as razões que fundamentavam tais limitações.

A Lei n.º 2.577, de 17 de janeiro de 1912 estenderia as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque (com exceção da imposição das formalidades do art. 13) a obras editadas no estrangeiro, bastando que se comprovasse o cumprimento das formalidades impostas pelo país de origem (art. 2º).<sup>100</sup>

O Código Civil de 1916 veio a substituir as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque, mas nela nitidamente se inspirou. Os artigos 649 a 673 do Código Civil de 1916 trataram da matéria sob a designação “Propriedade literária, científica e artística”. O direito exclusivo de reprodução das obras literárias, científicas ou artísticas foi assegurado ao autor pelo período de sua vida, mais sessenta anos a herdeiros e cessionários, a contar do dia do falecimento (art. 649).

---

<sup>100</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicolleli. Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88. Cit., p. 290.

A previsão das limitações ficou a cargo do artigo 666 do Código, ao introduzir um rol composto por dez limitações aos direitos de autor.<sup>101</sup>

A controvérsia sobre as formalidades suscitadas pelo Código de 1916, como a necessidade de depósito como pré-requisito para proteção da obra (art. 673), seria solucionada com a Lei n.º 5.988/73, que suplantou as disposições do Código Civil. A lei de 1973 explicitamente eliminou a ambigüidade do artigo 673 do Código Civil de 1916, apesar de manter muito da redação deste, acrescentando em seu art. 17 que o autor da obra “poderá registrá-la”. O prazo de proteção para direitos patrimoniais foi modificado para a vida do autor, acrescido da vida dos sucessores, se filhos, pais ou cônjuge, ou 60 anos no caso dos outros sucessores (art. 42, §§ 1º e 2º). Foi fixado no artigo 45 da Lei um prazo de sessenta anos de duração para os direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas e de arte aplicada, contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente de sua conclusão.<sup>102</sup>

A lei de 1973 seria, como vimos anteriormente, substituída pela Lei 9.610/98 que, juntamente à Lei 9.609/98 cuja proteção é destinada aos programas de computador, formam o corpo normativo infraconstitucional referente aos direitos autorais atualmente vigentes.

Construída a partir da legislação de 1973, a Lei 9.610/98 introduziu modificações relevantes e exemplificativas sob o ponto de vista da maximização da proteção autoral. Como graves restrições feitas, por exemplo, ao sistema de limitações, destacam-se: a vedação à cópia privada de obra na íntegra, restringindo a permissão de cópia privada somente a “pequenos trechos” da obra utilizada; a majoração do prazo de proteção (arts. 41 e 96); a proteção a bases de dados (arts. 87) e; as disposições referentes à violação de TPMs (technological protection measures) e sistemas de DRM (Digital rights management) (art. 107).

É possível afirmar que a lei de 1998, com intuito de harmonizar o direito autoral brasileiro com o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio<sup>103</sup>, acabou indo muito além das exigências necessárias estabelecidas no TRIPS, oferecendo proteção ainda mais ampla aos direitos autorais e restringindo ainda mais as

---

<sup>101</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. Op. cit., p. 290.

<sup>102</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. Op. cit., p. 290.

<sup>103</sup> Segundo Eliane Abrão, diante das “correções de rota internacionais” em matéria de propriedade intelectual, diversas leis especiais foram promulgadas ao redor do mundo, incluindo o Brasil que promulgou uma nova Lei de Direitos Autorais (9610/98), uma nova Lei de programa de computador (9609/98) e uma nova lei de propriedade industrial (9279/96). ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 33.

exceções e limitações existentes.<sup>104</sup> Os exemplos citados evidenciam o espírito maximalista da lei de 1998.

Em resposta a este movimento de maximização da proteção à propriedade intelectual e cientes da inadequação da lei atual aos novos usos e necessidades da sociedade brasileira, começaram a ser ventiladas no Brasil soluções legais e sociais como forma de compensação ao desequilíbrio que se apresenta. Em momento oportuno voltaremos nossa atenção para estes recursos buscando atingir um novo equilíbrio do sistema de proteção autoral. Por hora, analisaremos a problemática das exceções e limitações da atual LDA para que possamos propor soluções eficazes aos problemas apresentados.

### **3.2.2 Problemática das exceções e limitações na atual lei de direitos autorais**

O sistema de limitações expressas ao direito autoral é composto por limites intrínsecos e extrínsecos. Os limites intrínsecos, expressos na LDA, são compostos por limites temporais (também chamados de verticais) e atemporais (ou horizontais). Entende-se por limites temporais aqueles que determinam o prazo de proteção e por atemporais aqueles que independem do transcurso de qualquer prazo e refletem os interesses e necessidades imediatos da coletividade.<sup>105</sup>

A Lei de Direitos Autorais, em seu capítulo IV, sob o título “Das Limitações aos Direitos Autorais”, estabelece expressamente nos artigos 46 a 48 alguns limites atemporais ao monopólio autoral, estabelecendo situações de isenção que dispensam autorização dos titulares, enquanto trata dos limites temporais nos artigos 41 a 45.

Em relação aos limites intrínsecos atemporais pode-se dizer em síntese que se exclui do âmbito da proteção autoral: (i) a reprodução com objetivos informacionais na imprensa, de obras e discursos públicos; (ii) a representação de imagens feitas por encomenda; (iii) a adaptação sem fins lucrativos de obras para os deficientes visuais; (iv) a cópia parcial única, de uso privado, sem fins lucrativos, e feita pelo indivíduo; (v) citações; (vi) o apanhado de lições didáticas, para fins próprios; (vii) o uso de obras para demonstração de produtos eletrônicos;

---

<sup>104</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p. 77.

<sup>105</sup> SOUZA, Allan Rocha de. Op. cit., p. 173.

(viii) a representação teatral ou execução musical para fins educacionais ou no âmbito dos relacionamentos familiares, sem fins lucrativos; (ix) a produção de prova, judiciária ou administrativa e; (x) o uso de pequenos trechos em obras novas, que não sejam o vértice essencial da obra nova e não prejudiquem a exploração normal da obra reproduzida.

Ocorre que as limitações intrínsecas atemporais que constituem espaços atemporais de uso livre, não somente deixam a desejar por não representarem de forma satisfatória os direitos da coletividade, como geram graves problemas de interpretação.

Para podermos melhor delinear as necessidades de mecanismos alternativos que possibilitem o uso de obras alheias é fundamental conhecermos qual a extensão da aplicabilidade de tais limitações e sua problemática.

O caso mais ilustrativo desta problemática talvez seja aquele concernente à cópia privada. A LDA prevê em seu artigo 46, II a possibilidade de um usuário fazer cópia privada de obra alheia, sem, contudo, especificar a finalidade a que a cópia pode ser destinada. Além disso, conforme demonstrado ao tratarmos da maximização do direito autoral no Brasil, a lei de 1998 restringiu ainda mais o direito de cópia privada ao permitir a cópia somente de “pequenos trechos”, introduzindo no rol de limitações um termo cuja interpretação conduz muitas vezes à proibição de usos justos da obra alheia, como no caso de pesquisas acadêmicas e demais fins educacionais. A lei anterior nº. 5.988/73 no inciso II de seu artigo 49 atestava não constituir ofensa aos direitos de autor “a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”. Há, portanto, um retrocesso na atual Lei frente à impossibilidade de se reproduzir uma obra na íntegra ainda que para uso particular e sem fins lucrativos ou mesmo para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa.

A limitação referente à cópia para uso privado atinge direta e primordialmente estudantes e pesquisadores que dependem do acesso às obras alheias para uma adequada execução de suas atividades. Além de ser quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei, é ainda inviável e distante da realidade exigir-se deles a compra de todo material de leitura, restringindo a eles o direito de fotocopiar as obras necessárias ao seu estudo.

A introdução do termo “pequenos trechos” trouxe muita controvérsia

e incerteza em relação à interpretação da lei, fazendo com que entidades defensoras de direitos autorais, como a ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) e algumas universidades, editassem resoluções e determinações para tentar definir o que vem a ser “pequenos trechos”. Vale ressaltar que esta tarefa já foi tema de Projetos de Lei<sup>106</sup>, com intuito de se abolir a subjetividade da expressão, garantindo maior segurança às partes envolvidas.

Segundo o manual da ABDR, que tenta definir o termo “pequenos trechos”, tratar-se-ia de “(...) fragmento da obra que não contempla sua substância. Pequeno trecho não se refere à extensão da reprodução, mas sim ao conteúdo reproduzido. Assim, qualquer intenção de se associar o pequeno trecho a 10% ou 15% da totalidade de uma obra integral é descabida. Isto porque é possível que em 10% ou 15% de reprodução esteja contemplada parte substancial da obra”<sup>107</sup>. Este entendimento deve ser criticado tendo em vista que o critério mais adequado para se autorizar a reprodução não deve ser a extensão da cópia ou a porção utilizada, mas o uso que se faz da parte copiada. Ademais, a vedação ao estabelecimento de um número percentual deve-se tão somente ao fato de não haver qualquer dispositivo legal que limite a autorização de cópias a uma porcentagem. Fazer tal exigência seria, portanto, incorrer em ilegalidade.

Apesar de ser um termo muito criticado e cotado por muitos para ser excluído do texto na revisão da LDA, vale salientar que as entidades defensoras de direitos autorais já se posicionaram contra a reforma em si, permanecendo a favor da manutenção da lei atual por entenderem que a regulação é adequada e suficiente. Permanecem tais entidades como únicos pilares de sustentação de um sistema de limitações inadequado, por diversas razões, militando de forma tendenciosa a favor de uma restritividade excessiva.

Como crítica às entidades defensoras de direitos autorais e ao uso romantizado da figura do autor de que se valem, são oportunos os comentários de Guilherme Carboni:<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Projeto de Lei do Senado, nº 131, DE 2006, de autoria do Senador Valdir Raupp que visa alterar o inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, com a finalidade de estabelecer limite para reprodução de obra bem como o Projeto de Lei 4266/2004 de autoria do Deputado Federal Júlio Lopes, que proíbe, nos estabelecimentos de ensino superior, o funcionamento de máquinas fotocopadoras destinadas à reprodução de livros didáticos.

<sup>107</sup> Ver <[http://www.abdr.org.br/site/perguntas\\_respostas.asp](http://www.abdr.org.br/site/perguntas_respostas.asp)>. Acesso em: 13.03.10.

<sup>108</sup> CARBONI, Guilherme. *O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico*. Cit., p. 80-92.

*(...) o direito de autor mascara hoje em dia o fato de funcionar como uma poderosa ferramenta da indústria do entretenimento e da informação e não do sujeito autor, que se vê na condição de ter que abrir mão de seus direitos em prol dessa indústria, para que possa auferir lucro com a comercialização da sua obra.*

*(...) O resultado é a perversão da lei para favorecer interesses meramente corporativistas, pois a lei não estabelece limitações quantitativas. Algumas instituições de ensino chegaram até mesmo a proibir a cópia de livros e apostilas para evitar problemas. Quem perde com isso não é somente o estudante, o pesquisador ou o cientista mas, em última instância, o próprio país.*

No ambiente acadêmico, estudantes argumentam ser impossível adquirir toda a bibliografia solicitada pelos professores, devido aos altos preços dos exemplares e à grande quantidade de livros necessários a um aprendizado consistente. Além de o mercado editorial brasileiro apresentar preços muito elevados, a maioria das bibliotecas acadêmicas tem, como é sabido, acervos insuficientes e livros esgotados, sendo frequentemente requisitados como leitura obrigatória, muitos livros difíceis de serem encontrados.<sup>109</sup>

O critério usado popularmente para avaliar se houve ou não violação de direitos autorais, distinguindo uma “violação” de direito autoral de uma utilização aceitável é, basicamente, a sua natureza não-comercial ou natureza privada, apesar da existência formal de uma lista exígua de limitações que não necessariamente seguem a mesma lógica. As práticas tradicionais de compartilhamento de informação, refletem um ambiente de opinião pública que é extremamente hostil à versão de direito autoral ligada à indústria de conteúdo que proíbe o compartilhamento ainda que não-comercial. A crença do público em um “direito presumido” de uso não-comercial que acabou enraizando esta prática na sociedade brasileira deve ser analisada como um problema relacionado às exceções e limitações.<sup>110</sup>

A esquizofrenia do termo “pequenos trechos” além de representar um retrocesso e restringir, no contexto acadêmico, muitos usos considerados justos, afetou também outros usos legítimos como, por exemplo, o recurso do *time shifting*<sup>111</sup> que mencionamos ao tratarmos das limitações no direito europeu. Esta problemática decorrente de uma infeliz alteração do texto anterior é

---

<sup>109</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform. Cit., p. 88.

<sup>110</sup> Ibid. p.104-106.

<sup>111</sup> Time Shifting é o termo em inglês comumente utilizado para referir-se à gravação de programas para serem vistos posteriormente.

consequência da insuficiência do texto legal para indicar a função pretendida por uma limitação, podendo levar a alterações posteriores que subvertam completamente a sua existência. Se olharmos, contudo para o inciso XXIX do artigo 5º da Constituição veremos que enquanto faltam fundamentos explícitos para o direito autoral e suas limitações, o mesmo erro não foi cometido com a propriedade industrial.<sup>112</sup> Verifica-se que a Constituição federal ao positivar o direito fundamental à propriedade industrial, determinou que o direito concedido devesse ter por princípio e também como limite, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.<sup>113</sup>

Embora a maioria da doutrina enxergue no artigo 46, II, a única e principal limitação acerca da cópia privada, há quem entenda que as alterações referentes a direitos autorais introduzidas no Código Penal Brasileiro em 2003, trouxeram por descuido, uma bem-vinda hipótese de isenção. O processo de alteração, motivado pela pressão internacional, estabelecia novos tipos penais e majoração de penas. No entanto, o texto fora redigido de forma tão apressada que não intencionalmente estabeleceu uma nova limitação ao direito autoral. O fato ocorreu devido a um descuido do legislador por basear-se na versão da lei de direito autoral de 1973, que previa a possibilidade de cópia integral, resultando na promulgação de uma nova limitação.<sup>114</sup>

O artigo 184, § 4º do Código Penal estabelece que:

*O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (Incluído pela Lei nº 10.695, de julho de 2003)*

Extrai-se do dispositivo que não há crime quando o ato em questão está abrangido por uma exceção ou limitação de acordo com a Lei 9.610/98, ou ainda, se consiste em uma “cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.” Assim, a emenda do Código Penal de 2003, parece restabelecer a limitação relativa à cópia

---

<sup>112</sup> Artigo 5º, XXIX CF: a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

<sup>113</sup> CARBONI, Guilherme. Op. cit., p. 98.

<sup>114</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 82.

privada de 1973, substituindo a restrita previsão acerca das cópias privadas da lei de 1998. Uma vez que tudo o que é exigido constitucionalmente para a legislação de direitos autorais para ter validade é que seja decretada a nível federal (art. 22, I), o critério da *lex posterior derogat priori* (Decreto Lei 4.707/42, art. 2, 1) indica que a alteração do Código Penal de 2003 deve prevalecer sobre a disposição da LDA. Não há nenhuma maneira de se afastar este entendimento argumentando que *lex specialis derogat generali* - lei especializada derroga lei geral - neste caso, uma vez que ambas as disposições são consideradas específicas.<sup>115</sup>

Sustenta-se, portanto que o Brasil teria restabelecido a limitação anterior que permitia, de forma mais abrangente, uma única cópia integral de qualquer obra intelectual para uso privado, sem fins comerciais. Consideramos louvável este entendimento, pelo fato de estar alinhado à idéia de estabelecer um melhor equilíbrio entre os privilégios de autor e a promoção do acesso ao conhecimento.

Os problemas oriundos de textos infelizes de limitações não se esgotam na problemática da cópia privada. A limitação disposta no artigo 46, IV da LDA, por exemplo, é criticada por parte da doutrina por não ser propriamente uma limitação mas sim um reforço dos direitos autorais do professor. Sustenta-se que ao legislar sobre uma obviedade ao permitir que alunos façam anotações em aula, o verdadeiro propósito do artigo era deixar claro o direito do professor de controlar posteriores usos de tais notas.<sup>116</sup>

No tocante à reprodução de notícias, artigos informativos e discursos públicos por empresas dedicadas à divulgação de notícias, observa-se através da leitura das alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 46, que o texto encontra-se antiquado visto à luz das mudanças tecnológicas introduzidas nos últimos anos. Os termos “imprensa diária ou periódica” e “diários ou periódicos” são inapropriados para identificar às empresas dedicadas à divulgação de notícias, pois levam a crer que somente aquelas que se dedicam à imprensa escrita estariam abrangidas.<sup>117</sup> A era da tecnologia digital é muito mais complexa e exige limitações adicionais. A maior parte das notícias que hoje circulam advém da Internet, da imprensa radiofônica e da imprensa televisiva que fugiriam à idéia de “imprensa diária ou periódica”. O artigo 46, I, c, por sua vez, carece de coerência ao exigir que haja anuência da pessoa

---

<sup>115</sup> Ibid. p. 83.

<sup>116</sup> Ibid. p.79-82.

<sup>117</sup> CARBONI, Guilherme. Op. cit., p. 89.

retratada em uma obra de arte visual, caso o dono da obra deseje reproduzi-la, distanciando o dispositivo da idéia de “limitação” ao direito autoral.<sup>118</sup>

À semelhança dos dispositivos tratados acima, as limitações relativas a obras derivadas são também insuficientes para o ambiente digital, deixando pouco espaço para as novas modalidades de produção cultural, mesmo quando são inteiramente não-comerciais. Com o advento das culturas do remix, Web 2.0, mashups e produção de peers em geral, a importância de limitações relativas a obras derivadas deve ser uma prioridade, sendo a revisão que se pretende da LDA uma boa oportunidade para se adequar a lei às justas demandas da sociedade. Entende-se, contudo, que em países de tradição *droit d'auteur*, a idéia de limitações relativas a obras derivadas encontra uma barreira ainda maior que em outros lugares devido às doutrinas de direitos da personalidade - em especial os direitos morais como o “direito à integridade”. A resistência que existe fundamenta-se no temor de que uma derivação ou uso criativo de uma obra possa ser prejudicial à reputação ou personalidade do autor. Isto fica evidente nas limitações concernentes às paródias e paráfrases (artigo 47) que restringem a abrangência da paródia legal. Apesar de serem explicitamente permitidas, as paródias dependem de uma condição-chave para enquadrarem-se na limitação do referido artigo: o autor de uma paródia não pode tirar o crédito da obra parodiada. Tendo em vista que o objetivo da paródia é geralmente tirar o crédito, de alguma forma, da obra parodiada, essa limitação enquanto concede supostamente o direito de parodiar, deixa em aberto a possibilidade de se fazer censura privada com o aval do Estado.<sup>119</sup>

As limitações relativas a direitos de interpretação e execução encontram-se expressas nos incisos V e VI do artigo 46 que dispõe:

*Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:*

*V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;*

*VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;*

---

<sup>118</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 79-82.

<sup>119</sup> Ibid., p. 83-84.

A insuficiência da lei é patente, ao prever somente hipóteses de uso de obras protegidas com intuito de demonstração à clientela e desempenho musical ou teatral. A lei exclui do âmbito de proteção das limitações, por exemplo, a execução pública de trechos de música, ainda que tenha sido feita em atenção às regras do artigo 46, incisos III e VIII da Lei de Direitos Autorais, necessitando, portanto de prévia autorização do autor. Pelo fato do artigo 46 tratar apenas de reprodução e não de execução pública, impede-se também que uma obra contenha trechos de músicas alheias mesmo que para fins de estudo, crítica ou polêmica ainda que não causem prejuízo à exploração normal da obra reproduzida ou aos interesses dos autores, uma vez que se permite somente a reprodução sem que se possa executar publicamente.

Não é de se espantar que a Lei de Direitos Autorais brasileira seja largamente considerada como uma das leis autorais mais restritivas do mundo, tendo em vista tamanha restritividade e má formulação do instituto das limitações, tornando contrárias à lei mesmo as condutas mais justas e prosaicas. Somando-se o fenômeno da maximização do direito autoral ao insuficiente e problemático sistema brasileiro de limitações, vislumbramos hoje uma lógica de desenvolvimento nacional em matéria de direito autoral, que parece ignorar usos justos e a importância do acesso da coletividade às obras protegidas.

Embora a atual lei brasileira tenha sido concebida de acordo com os princípios estabelecidos pela Convenção de Berna e pelo Acordo TRIPS (ADPIC), muitas das possibilidades e flexibilidades previstas em ambos os tratados não foram acolhidas pela LDA. Exemplo contundente disto pode ser oferecido no tocante à questão da cópia privada. O artigo 9 (2) da Convenção de Berna, incensado por introduzir a regra dos três passos, acolhida também pelo Acordo TRIPS, não dispõe em momento algum sobre a proibição de cópia integral de obra protegida por direito autoral. A lei brasileira, no entanto, extrapola as diretrizes internacionais ao permitir a reprodução somente de pequenos trechos e ainda que o uso das obras reproduzidas seja realizado somente dentro da esfera privada da pessoa que realiza a reprodução. A disposição brasileira é indiferente aos fins educacionais ou de arquivo ainda que a cópia seja utilizada em um contexto estritamente privado e familiar. A Convenção de Berna teve como um de seus objetivos, a ampliação das possibilidades de uso das obras protegidas, com o propósito de promover o acesso ao conhecimento e dar cumprimento ao direito fundamental à educação. O artigo 10(2) de Berna<sup>120</sup>, demonstrando visível preocupação com

---

<sup>120</sup> O artigo 10 (2) da Convenção de Berna assim dispõe: “Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si as condições

os fins educativos abstém-se de limitar a extensão do uso autorizado, admitindo como factível o uso de uma obra na íntegra, sempre que a utilização tiver por fundamento um uso justo.

As alternativas adotadas pela LDA além de provocarem toda a problemática analisada acima, contrastam com os tratados internacionais, deixando evidente a maior restritividade da lei brasileira em comparação aos diplomas internacionais.

Não se deve ignorar o fato de que as grandes obras da humanidade no plano cultural, artístico ou científico foram fruto de uma longa gestação à base de enriquecimento intelectual, evidenciando a importância do acesso às obras intelectuais.

Através destes breves comentários às limitações e exceções aos direitos autorais, observou-se que o instituto das limitações é reconhecido e positivado tanto nacional quanto internacionalmente. Examinamos ainda o funcionamento dos diferentes sistemas de diferentes tradições, analisando seu alcance, aplicabilidade e efetividade no contexto do mundo contemporâneo. Cabe agora discutirmos alternativas à problemática decorrente da aplicação da atual Lei de Direitos Autorais visando para além da compreensão e usos destas limitações, chegar a um ponto de equilíbrio razoável e ponderado entre os interesses e direitos privatistas dos autores e empresas e os interesses e direitos da coletividade.

### **3.2.3 Reinterpretação constitucional da LDA**

Conforme se demonstrou no capítulo referente às bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional do direito autoral, as normas constitucionais gozam de posição privilegiada no ordenamento jurídico. O fenômeno da reunificação do sistema em termos interpretativos<sup>121</sup>, denominado constitucionalização do

---

em que podem ser utilizadas licitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos”.

<sup>121</sup> Gustavo Tepedino entende que o direito civil-constitucional não é meramente técnica interpretativa das normas de Direito Privado a partir das normas constitucionais. Trata-se de muito mais. “São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil” TEPEDINO, Gustavo (et al.). Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.

direito, proporcionou mudanças de interpretação substanciais e a inserção de novos dispositivos em sede constitucional e infraconstitucional.

Conscientes de que esta reunificação do sistema só pode ser compreendida por meio da atribuição de um papel proeminente e central à Constituição Federal, observa-se a necessidade hermenêutica de se interpretar os direitos fundamentais previstos na LDA sob o prisma da Constituição, principalmente no que diz respeito à aplicação entre particulares.<sup>122</sup>

Pretendemos, portanto, neste capítulo propor alternativas à restritividade da Lei de Direitos Autorais, apontando situações onde deve ser reconhecida a supremacia do interesse coletivo sobre o privado equilibrando a extensão da proteção concedida com as necessidades sociais, por meio da reinterpretção constitucional da LDA. Para atender a esta pretensão são essenciais as discussões travadas nos capítulos anteriores, valendo ressaltar ainda que as alternativas aqui mencionadas não esgotam a matéria nem resolvem em definitivo os problemas decorrentes da restritividade legal.

Em primeiro lugar há que se diferenciar as duas principais funções do direito autoral, quais sejam, a “função promocional”<sup>123</sup> e a “função social”. A primeira nos remete à concessão dada ao autor para explorar exclusiva e temporariamente sua obra intelectual visando estimular a criação e criar estímulos para o aumento do patrimônio cultural nacional. A função social do direito autoral, por sua vez, é garante dos meios necessários para o acesso a obras alheias. A obra torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade a partir do momento em que é publicada, destinando-se a inspirar outras criações feitas a partir dela, cumprindo assim sua função social e contribuindo para o desenvolvimento do país.<sup>124</sup>

Atentos à esta segunda função do direito autoral pode-se dizer que a proteção dos interesses autorais deve considerar o significado social das obras para que sejam determinados seus limites. Contudo, o solucionamento dos diversos problemas práticos decorrentes dos impeditivos legais para o uso de obra alheia é obstacularizado pela falta de debate acadêmico acerca das razões que motivam a existência das limitações e da proteção ao direito autoral. Esta carência

---

<sup>122</sup> TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 13.

<sup>123</sup> Diz-se “promocional” em virtude do ordenamento valer-se de sanções positivas para oferecer vantagens e estimular as criações.

<sup>124</sup> PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. O Abuso do Direito Autoral. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito 2009. p. 138.

doutrinária resultou na falta de motivos bem articulados para fundamentar as exceções e limitações deixando-as vulneráveis à interpretações restritivas. Ademais, a falta de fundamentos explícitos para o direito autoral e suas limitações, reforça a pressão da indústria de conteúdo em defesa de uma maior proteção aos direitos do autor e de uma proteção penal ainda mais severa.<sup>125</sup>

Somando isto à toda problemática analisada no capítulo anterior, tem-se como resultado um infeliz cenário no qual o povo brasileiro protagoniza como uma nação de criminosos em matéria de direito autoral.

Contudo, é sabido que muitas das práticas são comuns e nem sempre caracterizam um uso decorrente de má-fé, advindo muitas vezes da necessidade de se expressar, produzir obras derivadas ou ter acesso à cultura.

Como possíveis soluções aos problemas decorrentes do uso de obras de terceiros, podemos citar, além da reinterpretção constitucional, alternativas como a reforma da lei, a solicitação de autorização de uso aos titulares dos direitos autorais ou ainda o licenciamento de obras por meio de licenças públicas. Vejamos, antes de nos aprofundarmos na possibilidade de aplicação direta dos limites constitucionais, como estas possibilidades se afiguram na prática.

A reforma da lei já se encontra em andamento e será analisada em momento oportuno, adiantando-se apenas o fato de não ser suficientemente condizente com as novas demandas sociais a ponto de não serem mais necessárias outras medidas de flexibilização da lei. A reforma, no entanto, ainda que não possa ser considerada uma panacéia, é indispensável, cabendo ao legislativo modificar a lei de direitos autorais acatando os limites previstos nos tratados internacionais e na Constituição Federal, de forma a flexibilizar seus institutos para melhor atender aos interesses coletivos.

Com relação à solicitação de autorização prévia –licenciamento– de uso pelos autores, apesar de mais segura, verifica-se inviável no mundo atual sendo a morosidade e burocracia envolvidas no processo, incompatíveis com o tempo em que vivemos.

É com base nesta perspectiva que surgem, possibilitadas pelo desenvolvimento tecnológico, importantes ferramentas que garantiram um novo olhar sobre a

---

<sup>125</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p.77.

idéia de exclusividade e necessidade de uma autorização prévia. A análise que nos cabe diz respeito a uma delas, que consiste nas chamadas Licenças Gerais Públicas (GPLs), utilizadas pela comunidade desenvolvedora de *software* livre e pelo projeto *Creative Commons*.

As formas de licenciamento da produção de *software* em modelo livre, através da adoção da licença GPL (GNU-GPL tradicional), e a afirmação do *Creative Commons*, abrem aos autores a possibilidade de abrirem mão de parcelas dos seus direitos a favor da coletividade, sem com isso deixar de serem titulares de direitos autorais, caracterizando uma solução dita “social” à restritividade da Lei.

A GPL é entendida como um contrato atípico de licença por meio do qual o autor de um *software* autoriza o uso, cópia, modificação e distribuição do programa por ele desenvolvido, nos termos da licença, garantido assim sua natureza “livre”. O objetivo é permitir o uso da obra por manifestação explícita do titular dos direitos autorais, sem que o uso seja contestado legalmente, garantindo, além da praticidade e do acesso ao conhecimento, uma maior segurança aos usuários.

No caso das licenças *Creative Commons*, por exemplo, que constituem espécie de licenciamento público<sup>126</sup>, são estabelecidos os exatos limites de uso da obra, gerando maior segurança aos usuários de obras alheias e promovendo a difusão da cultura.

Estes instrumentos auxiliam no esforço de enxergar o direito autoral de forma mais ampla, para além de um conceito simplista e parcial, devendo ser encarado como a Constituição de fato o prevê: um sistema de incentivo à criação artístico-literária que tem na proteção autoral não um fim, mas um meio para a promoção de uma sociedade culturalmente rica e plural, na qual a todos são garantidos o livre acesso às fontes de cultura e o pleno exercício dos direitos culturais e que eleva os princípios da liberdade de expressão e de informação ao patamar de regra geral e não de exceção.

Neste sentido, é oportuno mencionar que no mês de janeiro de 2010 foi lançado o Manifesto do Domínio Público, elaborado no contexto das atividades do Projeto COMMUNIA (rede temática da União Européia sobre Domínio Público), que pretende

---

<sup>126</sup> As licenças *creative commons* surgiram a partir do conceito de Licenças Públicas Gerais. São pertinentes neste aspecto os comentários de Sérgio Branco e Pedro Paranaguá acerca do tema: “Observe-se que, para todos os fins, não há diferença entre a licença GNU-GPL do *Creative Commons* (CC-GNU-GPL) e a GNU-GPL tradicional. Por isso, os termos GNU-GPL e CC-GNU-GPL possuem, assim, significado intercambiável. Paranaguá, Pedro e Branco, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro –Ed. FGV, 2009. p. 112.

consolidar e fomentar uma visão menos individualista da proteção ao direito autoral, apoiando ativamente todos os mecanismos que permitem um maior acesso à cultura e ao patrimônio cultural. Com este desígnio, atribui-se ao domínio público um papel essencial no fomento à participação cultural e à inovação digital.

O Manifesto, além de atribuir grande valor aos elementos de formação do domínio público, como obras cuja proteção autoral já expirou e obras que não são abrangidas pelo direito autoral (*commons*), incentiva os instrumentos de licenciamento público, chamados "*commons* voluntários", estabelecendo ao final, princípios gerais, que vem a corroborar e reforçar as teses defendidas por esta dissertação monográfica. Dentre eles destaca-se: (i) domínio público como regra e a proteção aos direitos autorais como a exceção; (ii) redução do prazo de proteção do direito autoral, devendo durar apenas o tempo necessário para se alcançar um equilíbrio entre as funções social e promocional do direito autoral; (iii) reconhecimento da renúncia voluntária dos direitos autorais e compartilhamento de obras protegidas como exercícios legítimos da exclusividade típica dos direitos autorais; e (iv) as exceções e limitações aos direitos autorais e os regimes de *fair use* e *fair dealing* devem ser ativamente apoiados para garantir a efetividade do equilíbrio fundamental entre os direitos autorais e o interesse público.

O princípio da livre utilização advém da demanda social e resulta da necessidade de desenvolvimento da sociedade, onde o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o interesse individual. É na tentativa de consolidação desta concepção que o Manifesto do Domínio Público estabeleceu providenciais recomendações gerais, a partir das quais teceremos breves e pontuais considerações.

O domínio público além de essencial ao desenvolvimento social e bem-estar econômico, desempenha um papel crucial nas áreas de educação, ciência, patrimônio cultural e de informação do setor público, devendo receber merecida atenção da sociedade. Por representar uma zona de maiores liberdades, o instituto do domínio público é essencial para o aprimoramento e garantia da função social do direito autoral.

Desta forma, é possível afirmar que a "redescoberta" do domínio público, é uma importante aliada nesta empreitada de reequilíbrio dos interesses autorais e sociais, cujo principal e mais eficaz instrumento consiste na interpretação da proteção dos direitos autorais à luz dos ditames constitucionais, sobre a qual nos debruçaremos a partir de agora.

O recurso da interpretação da LDA com base em princípios constitucionais vem ganhando relevo no Brasil, encarado como uma resposta ao movimento de maximização do direito autoral, em consonância com o movimento de constitucionalização do direito.

A busca pelos fundamentos constitucionais das limitações e exceções abre a possibilidade de se restabelecer o equilíbrio para além da mudança legal, através da interpretação/aplicação da lei, representando vantagens do ponto de vista dos resultados práticos a curto prazo.

A partir das considerações feitas nos capítulos referentes à natureza jurídica e às bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional do direito autoral, é possível fazermos algumas afirmações com mais propriedade. Primeiramente, deve-se entender que o alcance da função social abrange todos os direitos patrimoniais que se assemelhem às características proprietárias o que inclui, portanto, os direitos autorais em sua vertente econômica.

Alguns doutrinadores entendem que esta interpretação acarretaria em uma desvantagem uma vez que afirma a natureza do direito autoral como um direito de propriedade propriamente dito. É possível, no entanto, discordar desta tese, entendendo-se que o instituto da função social se aplica aos direitos autorais somente naquilo que for objeto de propriedade. Desta forma mantém-se a natureza híbrida dos direitos autorais, flexibilizando a proteção concedida ao autor sem correr o risco de agravar o desequilíbrio existente por meio de um olhar puramente patrimonialista.

Explica Denis Barbosa<sup>127</sup>:

*Certo é que, no que for objeto de propriedade (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade de que fala o art. 5º, XXIII, da Carta de 1988. Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral.*

E continua:

*O art. 5º, XXII, da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso*

---

<sup>127</sup> BARBOSA, Denis. Op. cit., p. 11.

*seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social.*

Nesta perspectiva, podemos citar diversos exemplos de atos que, ainda que aparentemente contrários à lei, são efetivação dos princípios da função social dos direitos autorais. Entre outros: (i) a cópia para preservação da obra; (ii) a representação e execução de obra autoral na íntegra, em instituições de ensino; (iii) autorização de cópia privada de obra legitimamente adquirida; e (iv) permissão de representação e execução de obras em âmbito privado. A interpretação destes atos como exemplos de prevalência da função social dos direitos autorais sobre sua função promocional, seria um passo significativo para o aprimoramento do instituto da função social do direito autoral.

Outros dispositivos podem ser citados como o artigo 5º, incisos IX e XIV e o artigo 215 da Constituição Federal, que assim dispõem:

*IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*

*XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*

*(...)*

*Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (...)*

*§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:*

*I- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;*

*II- produção, promoção e difusão de bens culturais;*

*III- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;*

*IV- democratização do acesso aos bens de cultura;*

*V- valorização da diversidade étnica e regional.*

O pleno exercício da liberdade de expressão encontra limites não somente na Constituição Federal, mas também no direito autoral. À medida que o grau de proteção do direito autoral aumenta, eleva o nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão. É por esta razão que muitas vezes se impede que alguém possa se expressar livremente sobre uma obra ainda que a intenção seja oferecer uma nova leitura ou interpretação da mesma. Esta discussão remete à impossibilidade de se criar obras derivadas – adaptações – sem expressa anuência do autor da obra original, representando uma grande perda para a sociedade por reduzir as possibilidades de releituras ou novas interpretações da obra original. Apesar de entendermos que a própria concepção de direito de autor represente uma limitação à liberdade de expressão, ambos os direitos foram positivados em nossa Carta Magna como direitos fundamentais, devendo ser melhor sopesados para que não haja um desequilíbrio.<sup>128</sup>

No entanto, é com o direito à informação e à cultura que o direito autoral possui maior possibilidade de conflito, principalmente na sociedade da informação em que vivemos que se vale da internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber. Há hoje uma forte demanda por maior liberdade na criação e na fruição de bens intelectuais desencadeada em grande parte pelo processo de inclusão digital no mundo. A lei impede, por exemplo, que sejam digitalizadas obras para evitar sua deterioração e conseqüente perda do acesso àquela obra, por violação aos artigos, 5º, inciso VI, 29, inciso I, 31 e 46, II. No entanto, o intuito da digitalização poderia ser, por iniciativa do poder público, de garantir o direito da população de continuar tendo acesso àquelas obras, dotado, portanto, de forte interesse social. Além disso, a lei não distingue obras recém publicadas de obras científicas raras que só existem em bibliotecas, mas que ainda gozam de proteção autoral. Defende-se, portanto que dependendo da finalidade da reprodução e do seu impacto mercadológico, o direito autoral devesse por vezes ceder ao interesse público quando este se mostrar prioritário. Do contrário, a Lei seria extremamente injusta por não permitir, por exemplo, a difusão do conhecimento por meio da cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretasse qualquer prejuízo econômico ao autor.

Ao proteger o acesso às obras de valor cultural, o artigo 215 impede que este seja restringido ou impedido de forma injustificada, exigindo de certa forma que

---

<sup>128</sup> CARBONI, Guilherme. O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. Cit., p. 101.

os poderes estatais viabilizem e garantam isenções legais ao monopólio dos direitos patrimoniais do autor garantindo também aos particulares prerrogativas voltadas a esta demanda de ordem social.

Extrapolando-se, portanto uma interpretação de natureza meramente fiscal, relativa à promoção de políticas públicas, devendo-se interpretar o dispositivo como uma importante ferramenta a ser utilizada pelos particulares no exercício das prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico, afetando conseqüentemente a tutela autoral e mais especificamente o direito de exclusividade.

O mesmo pode ser dito com relação ao artigo 216 que, em seu inciso III, reitera a necessidade de permitir à coletividade fazer uso cultural destas obras, incentivando ainda em seu § 3º a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Conscientes da supremacia dos ditames constitucionais, deve-se respeitar tais preceitos no exercício de ponderação entre os dicotômicos interesses autorais e sociais, representando limites extrínsecos aos direitos patrimoniais do autor ao estabelecerem circunstâncias e situações de afastamento destes direitos.

Pelo fato da base constitucional do direito autoral não se encontrar unicamente nos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º, deve-se observar que os dispositivos aplicáveis à matéria autoral não podem ser preteridos uns aos outros, havendo, conforme demonstrado, outros direitos fundamentais além da proteção autoral, garantidos pelo ordenamento constitucional vigente.

Ao buscar os fundamentos constitucionais do direito autoral devemos enxergá-lo como elemento integrante de um sistema amplo de estímulo ao desenvolvimento cultural da sociedade que engloba interesses e princípios colidentes. Nesta perspectiva, o direito autoral deve ser encarado como uma exceção ao *status* de domínio público, acarretando na impossibilidade de interpretação restritiva das exceções e limitações ao direito autoral e possibilitando, por conseguinte o alargamento do rol de limitações por meio da aplicação das limitações extrínsecas já expostas.

A influência das imposições constitucionais deve alcançar todo o ordenamento e todos os sub-sistemas infraconstitucionais de modo que a interpretação das relações jurídicas internas destes sistemas sejam sustentadas a partir dos axiomas constitucionais aplicáveis, o que afasta a tese de que o artigo 4º da LDA teria uma aplicação para além dos negócios jurídicos particulares.

Neste diapasão podemos afirmar, em resumo, que embora a Constituição brasileira exija a proteção dos direitos de autor, ela mesma traz em seu bojo disposições que exigem a proteção de outros interesses públicos que podem ser afetados pela lei de direitos autorais. O cumprimento desses direitos requer uma utilização mais abrangente das limitações com intuito de atingir uma situação de equilíbrio na lei de direitos autorais. Esta tarefa fica a cargo principalmente do Poder Judiciário com base na sua atribuição de “dizer o direito”, decidindo em última instância as controvérsias por meio da interpretação do ordenamento jurídico. O Judiciário deve agir sopesando os diversos interesses envolvidos, afastando quando for o caso, a proteção autoral, nas situações onde se identifica supremacia dos interesses da coletividade sobre os interesses privados.

Ao tratar dos princípios tópicos da interpretação constitucional, Gomes Canotilho atenta para a necessidade de se harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais, devendo o intérprete compreender as normas constitucionais como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.<sup>129</sup> Em complementação a este entendimento, há que se compreender que não há direitos absolutos, sendo esta uma premissa indispensável para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Neste diapasão, é esclarecedora a decisão do Supremo constante do Mandado de Segurança nº. 23.452/RJ:

*“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, MS 23.452/RJ, relator Ministro Celso de Mello, publicação DJ12/05/2000).*

---

<sup>129</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1223-1226.

Através da aplicação do princípio da concordância prática (ou harmonização), impõe-se coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Este exercício de ponderação a ser exercido pelo interprete do direito, impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.<sup>130</sup> Diante da impossibilidade de aplicação coexistente e harmoniosa dos direitos conflitantes, cabe ao aplicador do direito ponderar os princípios a fim de decidir qual dos princípios tem maior peso ou valor no caso concreto.<sup>131</sup> A técnica da ponderação de bens ou valores tem como um de seus principais defensores o jus-filósofo alemão Robert Alexy o qual considera que a ponderação nasce naturalmente da própria estrutura das normas jurídicas, sendo, portanto inevitável. A técnica da ponderação procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, norteados pelo aplicador pelos princípios da razoabilidade e da preservação, diante da inexistência de relações de preferência *prima facie*, ou seja, sem que haja uma superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão.<sup>132</sup>

O equilíbrio que se tenta alcançar é reforçado pelos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim dispôs ao positivizar o Direito Autoral:

*Artigo XXVII: 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.*

Allan Rocha de Souza traz esta orientação para o âmbito interno sustentando que a busca de um equilíbrio jurídico razoável e ponderado entre os interesses e direitos privatistas dos autores e empresas e os interesses e direitos da coletividade consiste em uma demanda do próprio Estado Democrático de Direito, que sintetiza as proposições e conquistas da perspectiva liberal com as alcançadas pelo Estado Social de Direito.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Ibid. p. 1223-1226.

<sup>131</sup> Ibid. p. 1236-1242.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

<sup>133</sup> SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

## 5) CONCLUSÃO

O direito autoral é um instituto mutável. A mutabilidade deste instituto conduz à necessidade de se analisar historicamente seus avanços, contextualizando a regulação e acompanhando o progresso do instituto nas diferentes tradições.

Através desta análise é possível perceber, nos diferentes sistemas, uma constante preocupação em proteger os interesses referentes à exploração econômica da obra, em benefício exclusivo dos titulares dos direitos patrimoniais.

Os reflexos desta regulação fundada em uma visão romantizada do autor são percebidos ainda hoje, provocando ao longo dos tempos, uma desarmonia cada vez maior entre a tutela do direito individual de exploração da obra intelectual e a tutela do interesse coletivo, garantida por meio do domínio público e do sistema de exceções e limitações.

Esta desarmonia agravou-se com o processo de maximização da proteção autoral, potencializado pelos tratados internacionais, cujos efeitos atingiram os mais diversos sistemas ao redor do globo, incluindo o sistema brasileiro, ensejando um esforço de reequilíbrio entre a função promocional e a função social do direito autoral.

A partir deste panorama procurou-se examinar a restritividade e problemática da lei brasileira para, em seguida, analisar as variadas soluções aos problemas apresentados, concluindo-se que a busca pelo balanceamento dos interesses na tutela autoral deve dar-se através da atuação conjunta entre as soluções legais, como reinterpretação constitucional e reforma da lei autoral, e as soluções sociais, como a utilização de Licenças Públicas Gerais.

O objetivo principal da busca pelo equilíbrio entre os interesses expostos, é evitar que o direito de propriedade intelectual ofusque de forma desproporcional e desarrazoada os direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, como educação, cultura e liberdade de expressão.

Neste sentido, restou demonstrado que a compreensão da dupla função do direito autoral leva o aplicador do direito a ponderar os valores protegidos em sede constitucional, devendo valer-se de um regime amplo de limitações, levando em conta outros dispositivos constitucionais que não apenas aqueles diretamente ligados à tutela geral do direito autoral.

Esta interpretação consta da proposta de revisão da lei atual, evidenciando e pacificando o entendimento de que as limitações implementadas infraconstitucionalmente pela lei atual são insuficientes para suprir o que é exigido pela função social, devendo ser considerada inconstitucional uma interpretação restritiva do rol de limitações.

A proposta de revisão da lei caminha na direção certa ao manter a tradição do sistema continental europeu, alargando e atualizando o rol de limitações, buscando ainda, aprimorar nosso sistema ao aproximá-lo das diretrizes flexíveis de Berna. Afastou-se, portanto, de forma acertada a nosso ver, a possibilidade de incorporação do sistema norte-americano de *fair use*.

Conforme se demonstrou, o *fair use* agrava a insegurança jurídica além de ser um instituto econocêntrico, distanciando-se de nossa tradição por levar em conta somente a função promocional do direito autoral.

Na tentativa de erguer a função social do direito autoral ao patamar de proteção dos direitos patrimoniais, demonstrou-se, também, que o excesso de proteção nem sempre é benéfico ao autor, favorecendo um modelo de negócios centrado no lucro dos intermediários. É com base neste entendimento que surgiram as soluções sociais, complementando de forma criativa a previsão legal e a aplicação judicial das limitações para melhor atender aos interesses dos próprios autores e de toda a coletividade.

O presente momento, representado pelos avanços da era digital e pela necessidade de reforma da lei de direitos autorais, é oportuno para o debate, cabendo à sociedade, seus representantes e aos aplicadores do direito, especificamente, avaliar a melhor forma de se equilibrar os interesses em jogo, buscando os modelos que melhor atendam às necessidades do país e que assegurem da forma mais adequada e equilibrada possível, os direitos fundamentais.

---

# *ESTUDO E MONITORAMENTO DO SISTEMA DE COTAS EM GOIÁS. DISCURSO PROTECIONISMO A UM GRUPO MINORITÁRIO*

---

*Eumar Evangelista de Menezes Júnior*<sup>1</sup>

*Rildo Mourão Ferreira*<sup>2</sup>

*Wanderson Ribeiro Dos Santos*<sup>3</sup>

*Tiago De Araújo Montalvão*<sup>4</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente estudo é constatar se o sistema de cotas vigente no Brasil, dentre os limítrofes do Estado de Goiás é eficaz e/ou viável ao grupo de alunos beneficiados dentre aqueles que tanto necessitam de ingresso no ensino superior e verificar se os direitos destas minorias estão sendo realmente resguardados. Nesse

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Humanas, Sociais e Aplicadas: Ciências da Religião pela PUC-GO – Bolsista FAPEG. Mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente (UniEVANGÉLICA). Conselheiro da Cátedra Cristovan Buarque. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA. Advogado. E-mail: profms.eumarjunior@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Ciências Sociais (PUC-SP). Pós Doutor (UNB). Mestrado em Direito das Relações Econômico Empresariais pela Universidade de Franca. Conselheiro - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás, membro da comissão de educação jurídica - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás - Diretor Adjunto da Escola Superior da Advocacia ESA-GO. Professor titular da Universidade de Rio Verde Professor da Universidade de Rio Verde – UniRV. Professor do Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA. Advogado. E-mail: rildomourao@uol.com.br

<sup>3</sup> Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA. Pesquisador no Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA – PIVIC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEVANGÉLICA – NPDU / Grupo Direito e Políticas Públicas. E-mail: wandersondireito14@hotmail.com

<sup>4</sup> Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA. Pesquisador no Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA – PIVIC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEVANGÉLICA – NPDU / Grupo Direito e Políticas Públicas. E-mail: tiago.montalvao@hotmail.com

contexto, pretende-se alcançar com o estudo após investigação empírica, averiguação no que compete à proteção dos grupos minoritários e analisar se com o advento e vigência da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012 as minorias setorializadas no ensino superior foram e tem sido contempladas pela legislação vigente brasileira diante da evolução da sociedade capitalista e das constantes mudanças sociais. Frente ao cenário investigativo científico, o estudo foi moldado por pesquisa empírica e bibliográfica, sendo elaborada com teorização, somada a dados documentais, tão logo sendo servida de abordagem dedutiva e dialógica, com viés observacional, sendo ponte para resultados à análise do laboratório de pesquisa, seja o Estado de Goiás à investigação do sistema de cotas aplicado sob sua jurisdição, na firmeza de atingir como objetivo a leitura sociológica, jurídica e protecionista, servida ao discurso multidisciplinar da Lei 12.711 de 2012, vetor a conquista de objetivos específicos, sejam o estudo da minoria beneficiada dentro do trato do protecionismo constitucional isonômico no ensino superior ostentando que está ele revestido de política pública.

**Palavras-chave:** Cotas. Minorias. Vulnerabilidade. Proteção. Estado. Goiás.

#### **STUDY AND MONITORING OF THE QUOTA SYSTEM IN GOIÁS. PROTECTIVE SPEECH TO A MINORITY GROUP**

**Abstract:** *The objective of the present study is to verify if the current quota system in Brazil, among the bordering ones of the State of Goiás, is effective and / or viable to the group of students benefited among those who so much need to enter higher education and to verify if the rights of these minorities are actually being protected. In this context, it is intended to achieve with the study after an empirical investigation, an inquiry into the protection of minority groups and to analyze whether, with the advent and validity of Law No. 12,711, of August 29, 2012, minorities sectorized in higher education were and have been contemplated by Brazilian legislation in the face of the evolution of capitalist society and the constant social changes. In the face of the scientific research scenario, the study was shaped by empirical and bibliographical research, elaborated with theorization, together with documentary data, as soon as it was served as a deductive and dialogical approach, with observational bias, being a bridge for results to the analysis of the research laboratory, or the State of Goiás to the investigation of the quota system applied under its jurisdiction, in the firmness to reach as objective the sociological, juridical and protectionist reading, served to the multidisciplinary discourse of Law 12.711 of 2012, vector to the accomplishment of specific objectives, study of the minority benefited within the treatment of the constitutional protectionism isonômico in the higher education boasting that it is clothed of public policy.*

**Keywords:** Quotas. Minorities. Vulnerability. Protection. State. Goiás.

## **INTRODUÇÃO**

A República Federativa do Brasil, moldada por um Estado Democrático de Direito, abandonando a posição de um estado neutro e de simples observador dos confrontos sociais em relação à convivência dos indivíduos, passou a atuar ativamente na mitigação das desigualdades sociais e na defesa de direitos e garantias fundamentais, tendo como princípio basilar dessa estrutura, a dignidade da pessoa humana, bem como, o princípio da igualdade, expressos em textos constitucionais, buscando-se assim, a defesa e a promoção dos grupos minoritários.

Partindo dessa premissa, o estudo trabalha essas garantias fundamentais conectando-a a uma esteira legal - à Legislação Federal 12.711/2012 - denominada lei de cotas. Por ela é cultivada que cabe aos Estados brasileiros e mais especificamente ao Estado de Goiás - compromissado na defesa e promoção dos grupos minoritários, verificar o efetivo ingresso de pessoas ditas membros de grupos específicos nas Instituições Públicas de Ensino do Estado.

As instituições públicas de ensino superior, bem como, as de ensino técnico de nível médio, vinculado ao Ministério da Educação presentes no Estado de Goiás são responsáveis pela efetiva aplicação da lei e a sua avaliação quanto ao sistema de cotas, buscando atender as necessidades dos indivíduos discriminados bem como a promoção da diversidade.

O estudo considera o sistema de cotas uma política afirmativa criada pelo Governo Federal, baseando-se no Princípio da Igualdade substancial ou material, que visa uma igualdade de oportunidades entre todos os indivíduos na sociedade quanto ao ingresso nas instituições públicas de ensino. É fundamento da pesquisa a definição do texto expresso na Constituição Federal de 1988 que fez de certa forma produzir a Lei 12.711 de 2012.

Nessa esteira, a pesquisa moldada epistemologicamente apresenta a realidade social no que tange a aplicação do sistema de cotas nas instituições públicas de ensino superior no Estado de Goiás, servindo de discurso nas ciências sociais aplicadas à proteção de algumas minorias, ditas por vários autores vulneráveis, vulnerabilidade essa demonstrada pela história.

## **METODOLOGIA APLICADA**

Considerando-se a essencialidade do tema proposto e seus aspectos práticos, a metodologia partiu da observação do fenômeno social – sistema de cotas – no universo proposto – Estado de Goiás.

Retirando ponto dessa observação foi utilizado instrumento metodológico bibliográfico, técnica de compilação de dados doutrinários e documentais, esses abstraídos de entes públicos e privados, acerca do assunto, seguido de uma investigação da realidade do sistema de cotas implementado no Estado de Goiás, isso reproduzido por vários autores que escreveram sobre o tema.

A pesquisa desenvolveu-se empiricamente tratando de investigar o fenômeno social, sendo-o descrito no Estado de Goiás e explicado dentre as diretrizes que compõe a política pública implementada que o criou.

Salientamos que todos os procedimentos utilizados o foram para a conquista de uma precisão de ideias, clareza e concisão dos argumentos que confirmam ser o sistema de cotas uma política pública de atendimento a uma minoria no Estado de Goiás.

Com essa estrutura metodológica, de maneira clara e didática, um panorama das várias posições existentes adotadas com relação ao tema, foram utilizadas, tudo à conquista de uma virtude epistêmica, que assegura os resultados do presente estudo.

## **DISCRIMINAÇÃO – EXCLUSÃO SOCIAL**

A discriminação é considerada como um componente indissociável do relacionamento dos indivíduos, revestindo-se de uma forma inegavelmente competitiva. Possui expressa vedação no texto Constitucional de 1988. “Afiml, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros.” (SANTOS; LOBATO, 2003, p. 24)

Diante da discriminação ocorrida no passado, da inferioridade de determinados grupos sociais - principalmente em relação aos negros - o Estado se colocava numa posição de neutralidade, inerte, sem buscar a defesa ou a punição de qualquer dos indivíduos envolvidos em atos discriminatórios. No entanto, com o

passar dos tempos, o Estado, percebendo o surgimento e o aumento significativo na quantidade de bens merecedores de tutela, das desigualdades sociais, bem como as discriminações de grupos sociais historicamente discriminados, abandonou seu status de neutralidade e passou a atuar ativamente na defesa dos direitos dos grupos socialmente marginalizados.

“Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram às ações afirmativas [...]”. (SANTOS; LOBATO, 2003, p. 26)

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a considerar crime a discriminação racial, no artigo 3º, inciso IV, dizendo que, “devemos promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Segundo o artigo 5º do mesmo diploma, diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, e ainda, no que diz respeito ao inciso XLII do mesmo artigo, temos que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988)

## **HISTORICIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE COMBATE À EXCLUSÃO SOCIAL**

Considera-se os Estados Unidos da América o país pioneiro na adoção de políticas sociais denominadas ações afirmativas. Tratou inicialmente de solucionar a marginalização econômica e social do negro na sociedade americana. Logo em seguida, estenderam-se às outras minorias étnicas e nacionais, às mulheres, índios e os portadores de necessidades especiais – os deficientes físicos. (SANTOS; LOBATO, 2003)

A noção de ação afirmativa surgiu em 1941, através de um decreto proibindo a discriminação racial em processos de seleção e recrutamento de negros para trabalho no âmbito do governo Franklin Roosevelt, nos Estados Unidos da América. No entanto, apenas em 1961, foi criada uma Comissão por Oportunidades Iguais de Emprego, pelo então presidente americano John Kenedy, efetivando assim o termo ação afirmativa. Contudo, “somente quando os princípios dessa ideia foram incorporados pelo movimento de defesa dos direitos civis dos negros, liderados por Martin Luther King, alguns anos mais tarde, as medidas foram adotadas”. (MENEZES JUNIOR *et. al.*, 2016, *apud* BRANDÃO, 2005, p. 6)

O Brasil, na luta contra as discriminações raciais e sociais, buscou proteger os grupos minoritários historicamente excluídos do progresso social, e nessa caminhada

aderindo a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como a positivação de preceitos protetivos aos negros, índios, mulheres e portadores de deficiência, logrou conquistas no combate as discriminações.

Dentre os vários documentos protetivos internacionais do qual o Brasil aderiu, um dos mais importantes em relação ao tema proposto foi a “III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que ocorreu no ano de 2001 em Durban na África do Sul”. Sendo que neste evento, o Brasil “apresentou um relatório que assume adotar medidas reparatórias a vítima de racismo, da discriminação e formas conexas de intolerância, por meio de políticas públicas específicas para a superação da desigualdade”. (MENEZES JUNIOR *et. al.*, *apud* PILETTI; PRAXEDES, 2010, p. 139, 140)

Trazendo um fruto colhido dessa adesão, destacamos às políticas de cotas raciais, e posteriormente, as cotas sociais desempenhadas pelas Universidades Públicas Brasileiras, que por sua vez é o objeto de maior investigação do presente estudo. Em relação ao desenvolvimento dessas políticas no país, ostentamos que em 2001 foi constituído a Universidade Indígena através da Universidade Estadual do Mato Grosso, em Barra dos Bugres. No mesmo ano, foi criado um curso de formação de professores indígenas, no Estado do Mato Grosso do Sul. No ano seguinte (2002), foi criado a Universidade da Cidadania Zumbi dos Palmares, com previsão de funcionamento no Estado de São Paulo. Ainda em 2002, houve o anúncio pela Universidade Estadual da Bahia que no seu vestibular referente a todos os cursos, seria reservado 40% das vagas aos negros. No entanto, em 2003, as ações afirmativas e as políticas de cotas apresentadas pelas Universidades acima, eram estaduais, sendo que a que mais chamou atenção devido ao apelo social, ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, por meio da elaboração de três leis estaduais, determinando reservas de vagas na UENF – Universidade Estadual do Norte Fluminense e da UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro. (MENEZES JUNIOR *et. al.*, 2016)

No Brasil, foram poucos os Estados que apresentaram políticas de ações afirmativas visando à eliminação/ redução das desigualdades raciais no ingresso ao ensino superior, enquanto outros entes da federação não acompanhavam tal progresso, devido à ausência de norma federal de observância obrigatória. Diante dessa ineficiência no combate as discriminações raciais no ingresso as instituições públicas de ensino superior, foi aprovada nas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, denominada Lei de Cotas, criada pelo Governo Federal e sendo legitimado pelo Supremo

Tribunal Federal em outubro de 2012, por meio do decreto nº 7.824 que tornou vetor de regulamentação da então lei 12.711 de 2012, com o objetivo de afirmar a constitucionalidade da lei e tornar obrigatória a sua observância por todos os entes da federação. O propósito do decreto firmou a promoção do desenvolvimento da ação governamental e a proteção dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários quanto ao ingresso no ensino superior.

A Lei de Cotas, como assim ficou designada popularmente, visa atender estudantes que tenham realizado integralmente o ensino fundamental ou médio em escolas públicas; estudantes provenientes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salários-mínimos (um salário-mínimo e meio); e os autodeclarados pretos, pardos e indígenas que correspondam à proporção da população da unidade da Federação onde se encontra a instituição pública de ensino superior ou técnico. A conclusão do ensino fundamental ou médio conforme determina a lei, é tratada de acordo com a opção de escolha do estudante em relação ao curso, para ingresso em instituição pública de ensino de nível técnico ou superior.

Considerando ser mutável o direito brasileiro, recentemente houve aprovação da Lei 13.409 de 2016, que dispôs sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnicos de nível médio e superior nas instituições públicas de ensino, havendo assim, alterações nos artigos 3º, 5º e 7º da Lei de Cotas nº 12.711 de 2012. Dada à modificação na Lei de Cotas, o novo texto legal passa a dispor que as vagas nas instituições públicas de ensino técnico e superior, passarão a ser preenchidas por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência e que será promovida a revisão do programa especial para o acesso destes indivíduos nas instituições públicas de ensino no prazo de dez anos a contar da data de publicação da Lei 13.409 de 2016. (BRASIL, 2016)

Transcendendo a historicidade, e direcionando o estudo ao seu universo pré-disposto e determinado - o Estado de Goiás, por meio da Lei 14.832 de 2004, tornou-se o Estado, um dos pioneiros na implementação das ações afirmativas – mais especificamente sobre cotas raciais – a fim de expressar seu compromisso com os grupos minoritários que histórica e atualmente são excluídos do acesso às instituições públicas de ensino superior, considerando assim, os estudantes oriundos de escolas públicas, negros, afrodescendentes, indígenas e os deficientes físicos.

## **AÇÃO AFIRMATIVA – VESTIMENTA DE POLÍTICA PÚBLICA - COTAS**

### **Das Políticas Públicas**

Socialmente, consideramos no presente estudo que o sistema de cotas, ação afirmativa modulada pelo Governo Brasileiro, estendido a todas as unidades da federação é uma política pública. Assim considerado, ostentamos que é necessário o estudo dessas no campo brasileiro, iniciando a trajetória com a história gravada em tempo e espaço.

Historicamente, a conceituação e gestão dos interesses públicos sempre foram pautadas pela supremacia dos governantes. No entanto, essa supremacia passou a ser questionada após o declínio do regime autoritário, bem como, a expansão dos direitos sociais promulgados pela Constituição Federal de 1988. A sociedade civil passou a se direcionar ao Estado reivindicando a sua participação ativa no desenvolvimento consensual do que seja interesse público. Os espaços públicos considerados como alternativa para interação entre Estado e Sociedade, podem ser instrumentos apropriados com a finalidade de dar transparência a processo técnico e político que elabora e fundamenta as políticas públicas. (RABELO, BERNARDES, 2004)

Políticas públicas podem ser definidas como todas as ações de governo e podem ser divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividade de regulação que influenciam as realidades econômica, social, ambiental, espacial e cultural. (SILVA; LIMA, 2010, *apud* LUCCHESI, 2004)

Segundo Carlos Henrique Bezerre Leite (2014) é pacífico o entendimento de que incumbe ao Estado a responsabilidade sobre as políticas públicas, no entanto, não se deve eximir desta responsabilidade, a participação dos cidadãos comuns, em que os interesses buscados por estas políticas são públicos e para o público. Desta forma, as políticas públicas no Estado Democrático de Direito surgem da união e participação de partidos políticos, dos cidadãos, das ONGs, dos sindicatos, das associações e movimentos sociais junto aos poderes públicos, ou seja, toda a sociedade, bem como, através do princípio constitucional da cooperação nacional e internacional.

De acordo com LEITE (2014, *apud* SILVA, 2004, p.103-104), pode-se definir políticas públicas como:

*O instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas*

*políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrática de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.*

## **Das Ações Afirmativas**

Denominam-se ações afirmativas o conjunto de políticas públicas ou privadas com o objetivo de eliminar ou reduzir as desigualdades sociais, raciais, de gênero, entre outras, bem como, garantir o efetivo exercício dos direitos individuais e coletivos dos grupos minoritários e dos grupos sociais historicamente discriminados, garantidos tanto por normas internas quanto externas. (LEITE, 2014)

Para que haja garantia, proteção e o exercício dos direitos de liberdade, igualdade, solidariedade, dentre outros, faz-se necessária à criação das ações afirmativas, que se dá por meio de programas governamentais, que visa também à efetivação dos direitos sociais e metaindividuais, destacando-se o direito a educação, saúde, moradia, etc.

No que pese a ligação das ações afirmativas com as políticas públicas, consideramos esta, vestimenta daquela, que molda por sua vez o sistema de Cotas Raciais e Sociais com a finalidade de resguardar direitos e promover o desenvolvimento dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários.

Consolidando nossa ostentação científica, confirmando-a e enxergando-a – firmamos por uma lente internacional, utilizando para tanto o sistema americano. Esse muito repercutiu no campo brasileiro. Pelo brilhante trabalho do renomado filósofo Michael J. Sandel (2016), as cotas são definidas como Políticas de Ação Afirmativa para facilitar o ingresso às instituições públicas de ensino superior de negros e descendentes de mexicanos nascidos nos Estados Unidos de acordo com as missões e as políticas de admissões estabelecidas pelas Universidades, cujo objetivo é contribuir para uma sociedade mais justa e igualitária.

Michael Sandel (2016) em seus estudos no campo da justiça, concentra-se diretamente na questão moral, questionando se é injusto considerar raça e etnia como fatores prioritários na admissão à universidade. Didaticamente para responder a essa pergunta, o autor analisou em seus estudos três razões oferecidas pelos defensores da ação afirmativa para que raça e etnia sejam levadas em consideração. O Quadro 01 a seguir demonstra as razões para a defesa das Ações Afirmativas.

I.	<b>A correção das falhas em testes padronizados:</b> trata das possíveis distorções nos testes padronizados que buscam identificar a aptidão escolar do aluno, bem como outros diversos exames que buscam prever o sucesso acadêmico e profissional do aluno;
II.	<b>A compensação pelos danos do passado:</b> considera a Política de Ação Afirmativa como uma solução para remediar as injustiças do passado. Diante desse fundamento, os alunos pertencentes às minorias devem ter preferência na admissão à faculdade para compensar o histórico de discriminação que os coloca em posição de desvantagem.
III.	<b>Promoção da diversidade:</b> a admissão do indivíduo à universidade é tratada como forma de alcançar um objetivo socialmente mais importante e não apenas como recompensa. Pela perspectiva da equidade, se a promoção da diversidade servir ao bem comum e ninguém forem discriminadas baseadas no ódio ou desprezo a preferência racial não viola nenhum direito.

#### **Quadro 01 - Razões para a defesa das ações afirmativas**

Trabalhando sob a esfera nacional - brasileira, constata-se a presença de inúmeros dispositivos legais que abrange diversos tipos de cotas. No entanto, nem sempre tais dispositivos se referem expressamente à denominação “cotas”, e sim “reservar” ou “reservará”, mas, possui como objetivo, a busca pela igualdade material e de oportunidades na sociedade.

Nessa corrente, consideramos o sistema de cotas, sendo um dos mecanismos de implementação das ações afirmativas, elaborada com o objetivo de estabelecer a igualdade de tratamento e de oportunidades, bem como, eliminar ou reduzir as diversas formas de desigualdades que atinge tanto os indivíduos historicamente discriminados, quanto aos indivíduos segregados na sociedade atual.

### **Dos Tipos de Cotas**

Dentre os inúmeros tipos de cotas existentes no Brasil, seja sua implementação decorrente do mandamento constitucional ou infraconstitucional, o presente trabalho destaca os de maior impacto social, quer pelas condições de vida social que são negados aos indivíduos, quer pela proteção desses indivíduos em face das classes dominantes.

A Constituição da República, promulgada em outubro de 1988, estabelece em seus mandamentos normas de caráter geral, no entanto, diante das particularidades de determinados indivíduos ou grupos, observa-se alguns mandamentos voltados para a proteção e promoção específica de grupos minoritários e vulneráveis. São eles:

*Art. 1º, inciso III – trata do princípio que protege o valor da dignidade da pessoa humana;*

*Art. 3º, inciso IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;*

*Art. 6º, inciso XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Inciso XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;*

*Art. 7º, inciso XXX – veda a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil;*

*Art. 23, inciso II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;*

*Art. 24, inciso XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;*

*Art. 37, inciso VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;*

*Art. 203, inciso II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; Inciso IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; Inciso V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;*

*Art. 227 caput - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão;*

*Art. 230 caput - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988, online)*

Adentrando a legislação infraconstitucional que completa a constitucional, merece destaque alguns dispositivos normativos que conferem proteção e promoção específica aos grupos minoritários e vulneráveis. São eles:

*Lei nº 14.832/2004 – Fixa cotas para o ingresso dos estudantes nas instituições de educação superior integrantes do Sistema Estadual de Educação Superior no Estado de Goiás;*

*Lei nº 10.741/2003 – Dispõe sobre o Estatuto do Idoso;*

*Lei nº 11.340/2006 – Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – denominada Lei Maria da Penha;*

*Lei nº 13.146/2015 – Dispõe sobre a inclusão da Pessoa com Deficiência;*

*Lei nº 12.711/2012 – Dispõe sobre a denominada Lei de Cotas;*

*Lei nº 13.409/2016 – Altera a Lei nº 12.711/2012, passando a reservar vagas para pessoas com deficiência nas instituições federais de ensino;*

*Decreto-lei 5.452/43 (CLT) – prevê em seu artigo 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;*

*Decreto-lei 5.452/43 (CLT) – em seu artigo 373-A, estabelece adoção de políticas voltadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homem e mulher;*

*Lei 8.213/91 – fixa em seu artigo 93, reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência no setor privado;*

*Lei 9.504/97 – estabelece em seu artigo 10, § 3º, a reserva de vagas para mulheres nas candidaturas partidárias.*

Em descrição, no Brasil, as cotas são mecanismos de implementação das ações afirmativas. No entanto, vale ressaltar que além do sistema de cotas, existem outras formas que podem ser consideradas para concretização das ações afirmativas, como por exemplo: o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (utilizado como instrumento de motivação pelo setor privado), e o uso do poder fiscal. (SANTOS; LOBATO, 2003)

## **DAS COTAS EM GOIÁS**

Já estando conhecido o sistema de cotas, a partir desse cravo textual, discutiremos de fato a ação afirmativa - sua implementação e monitoração no Estado de Goiás. O Estado pioneiro nas ações afirmativas, aprovou no ano de 2004 uma lei específica de assistencialismo – Lei 14.832.

O Estado, como fora ordenado a todas as unidades da federação, implementou a política de cotas e conta atualmente (2017) com três centros de ensino superior de natureza pública, sendo-os: Universidade Federal de Goiás - UFG, Universidade Estadual de Goiás - UEG e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás – IFG. Esses órgãos trabalham sistematicamente para a execução da ação afirmativa de assistencialismo às minorias já descritas nos parágrafos anteriores.

A Universidade Federal de Goiás tem como proposta confirmatória do sistema de cotas, o estabelecido pela Resolução CONSUNI nº 29/2008, que dispõe como um de seus principais objetivos a promoção de uma formação acadêmica de qualidade que garanta conhecimentos técnico-científicos, habilidades, atitudes e valores que condiz com o exercício das diversas formas de profissões existentes no atual contexto político, econômico e social, velando pelo pleno exercício da cidadania e o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

A Universidade possui como tema central da reforma universitária, o desafio da inclusão social que destaca como questão importante a necessidade de apoio ao estudante desde o seu acesso ao ensino superior, bem como a sua conclusão nas universidades públicas brasileiras. Os mecanismos da instituição de ensino possibilitam o acréscimo da presença de estudantes – membros de grupos minoritários, em todos os seus cursos.

Em busca do desenvolvimento cultural, artístico, científico, tecnológico e socioeconômico do país, bem como a democratização da educação e a socialização dos seus benefícios, a UFG – Universidade Federal de Goiás – desenvolveu um programa de inclusão, denominado UFGInclui, criado através da Resolução CONSUNI nº 29/2008, com prazo de vigência de 10 (dez) anos, sendo avaliado anualmente.

Em descrição, a Universidade Federal de Goiás (2014), tem como objetivo o aumento gradativo da presença das classes de estudantes menos favorecidos em todos os cursos a serem alcançados ao longo da concretização do programa UFGInclui. Em suas diretrizes foi estabelecido como meta inicial, o seguinte:

<b>Do total de vagas oferecidas em cada curso da UFG</b>	<b>Acrescer quando houver demanda</b>
10% destinada aos estudantes oriundos de escolas públicas, independente de cor/raça.	De 1 vaga em cada curso da UFG para serem disputadas por indígenas.
10% destinada aos estudantes autodeclarados negros, oriundos de escolas públicas.	De 1 vaga em cada curso da UFG para serem disputadas por negros quilombolas.

**Quadro 02** - meta inicial sobre cotas estabelecida pela UFG

Antes da aprovação da Lei de cotas nº 12.711/2012, criada pelo Governo Federal, que garante a reserva de 50% de vagas por curso e turno nas instituições federais de ensino superior para alunos que cursaram o Ensino Médio integralmente em escolas públicas, estudantes de baixa renda e pretos, pardos e indígenas, o programa UFGInclui já atendia estudantes de escolas públicas, negros, quilombolas e indígenas. No entanto, após a aprovação da lei, a UFGInclui passou a abranger somente quilombolas, indígenas de escolas públicas, bem como estudantes surdos nos cursos de libras. Os demais estudantes que realizaram todo o Ensino Médio em escolas públicas e no desejo de optar pelo ingresso por meio das cotas, passaram a se sujeitar ao trato regulatório e categórico – critérios impostos pela legislação. (QUEIROZ, 2016)

Essa alteração no programa UFGInclui em relação ao atendimento das classes menos favorecidas, ocorreu pela resolução CONSUNI nº 31/2012 que alterou a resolução CONSUNI nº 29/2008. As disposições do programa passaram a dispor sobre as cotas conforme citado acima. Em descrição, a seguir apresentamos um quadro comparativo entre as cotas estabelecidas pela resolução:

RESOLUÇÃO CONSUNI Nº 29/2008		RESOLUÇÃO CONSUNI Nº 31/2012	
<b>Do total de vagas oferecidas em cada curso da UFG</b>	<b>Acrescer quando houver demanda</b>	Do total de vagas oferecidas no curso de graduação em Letras: Libras	Acrescer quando houver demanda
10% destinada aos estudantes oriundos de escolas públicas, independente de cor/raça.	De 1 vaga em cada curso da UFG para serem disputadas por indígenas.	15 serão destinadas a candidatos surdos.	1 vaga em cada curso de graduação da UFG para serem disputadas por indígenas oriundos de escolas públicas
10% destinada aos estudantes autodeclarados negros, oriundos de escolas públicas.	De 1 vaga em cada curso da UFG para serem disputadas por negros quilombolas.		1 vaga em cada curso de graduação da UFG para serem disputadas por negros quilombolas oriundos de escolas públicas.
		O Programa UFGInclui passou a compreender o aproveitamento das notas do ENEM.	

**Quadro 03** - comparativo entre as resoluções nº 29/2008 e nº 31/2012

A Universidade Estadual de Goiás traçou uma nova e promissora realidade no ensino superior do Estado. É considerada como política de desenvolvimento do Estado de Goiás, assegurando a educação superior pública com base nos princípios éticos e humanistas de modo a promover a justiça social e o pleno exercício da cidadania, pactuando com uma sociedade mais justa e igualitária. (SANTOS JÚNIOR, 2016)

Apesar da grandiosidade social da sua missão educacional, à época da elaboração do projeto de lei de cotas, a Universidade Estadual de Goiás – UEG – se mostrou em sua maioria, contrária quanto a sua adoção pelas políticas de ações

afirmativas que visava beneficiar os grupos minoritários no sistema público de ensino superior. (SANTOS JÚNIOR, 2016)

Somente no ano de 2005, posteriormente a entrada em vigor da lei nº 14.832, a Universidade Estadual de Goiás – UEG, passou a garantir o acesso ao ensino superior para os grupos minoritários historicamente discriminados, considerados pela lei como, os estudantes oriundos de escolas públicas, negros, afrodescendentes, indígenas e os deficientes físicos. De acordo com a lei de cotas do Estado de Goiás, as vagas são distribuídas da seguinte forma:

Reserva de vagas no vestibular da UEG – Lei nº 14.832/2004	
I	Do total de vagas, 55% são destinadas ao sistema universal;
II	Do restante, 5% são destinadas as pessoas com deficiência e indígenas;
III	20 % para pessoas negras;
IV	20% para pessoas estudantes da rede pública.

**Quadro 04** - Reserva de vagas na UEG – Lei 14.832/2004

O Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás (IFG), foi criado pela Lei Federal nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008, que alterou os antigos Centros Federais de Educação Tecnológica (CEFET), em Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia. É uma autarquia federal, equivalendo às universidades federais, sendo, uma instituição de educação superior, básica e profissional, especializada na oferta de educação profissional, tecnológica e gratuita em diferentes modalidades de ensino. O Instituto Federal de Goiás tem como objetivo a formação e qualificação de profissionais para atuarem nos diversos setores da economia, assim como proporcionar o desenvolvimento tecnológico de novos processos, produtos e serviços.

O IFG passou a adotar o sistema de cotas nos cursos técnicos e superiores após a aprovação da Lei Federal 12.711/2012. Recentemente (2017) o Instituto Federal de Goiás, no intuito de reforçar o seu compromisso com a sociedade goiana quanto à formação e qualificação de profissionais para diversas áreas, bem como, a continuação da promoção e desenvolvimento dos grupos minoritários

historicamente discriminados, estabeleceu a Resolução CONSUP/IFG nº 002, de 20 de fevereiro de 2017, determinando a adoção de cotas para ingresso nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado). A presente resolução foi baseada no artigo 3º, incisos III e IV; artigo 5º, Caput; artigo 206, inciso I, da Constituição Federal de 1988, assim como na legislação infraconstitucional Lei nº 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial; Lei nº 12.711/2012 – Lei de cotas no ensino superior; Lei nº 12.990/2014, que reserva vagas para negros no ingresso ao Serviço Público Federal e as experiências históricas de implementação de políticas de ações afirmativas nas universidades e instituições de ensino superior do país.

As reservas de vagas no IFG, estabelecida pela Resolução, se dá de acordo com a descrição apresentada no quadro abaixo:

<b>Sistema de cotas - IFG</b>	
Em cada processo seletivo de pós-graduação ( <i>stricto sensu</i> ), ofertados exclusivamente pelo IFG, serão reservados no mínimo 25% das vagas para os cotistas:	
20% serão destinadas as pessoas que se autodeclararem pretos, pardos e indígenas.	5% serão destinadas as pessoas portadoras de deficiência.

**Quadro 05** - reserva de vagas pós-graduação (*stricto sensu*) - IFG

## **DISCURSO PROTECIONISTA - SISTEMA DE COTAS E OS GRUPOS MINORITÁRIOS**

Compreendido o sistema de cotas e os tipos, nesse momento o estudo propõe para melhor compreensão do presente trabalho uma reflexão quanto aos grupos minoritários e seu conceito.

Tendo em vista que não existe na doutrina um conceito pacífico quanto ao termo minorias, resolvemos dar destaque ao conceito que apresenta uma melhor clareza quanto ao termo, distinguindo-o em dois sentidos distintos, conforme os ensinamentos de Adriana Monteiro e colaboradores (2011), que compreende o termo minorias sobre dois aspectos: o sociológico e o antropológico. O aspecto sociológico qualifica o termo minoria por meio da expressão qualitativa, ou seja, diz respeito a uma determinada quantidade numérica de indivíduos

pertencentes a um determinado grupo. Quanto ao aspecto antropológico, minorias podem até ser apontadas como maiorias numéricas (diferentemente do conceito sociológico), no entanto, o que se leva em consideração são os tratamentos conferidos a determinados grupos minoritários quanto a sua relação de subordinação em relação à classe dominante.

As minorias estão ligadas estreitamente aos grupos vulneráveis. Essa ligação define a congregação de dois aspectos acima listados, sendo um que complementa o outro. Nessa esteira, esclarecemos que os grupos vulneráveis são aquelas pessoas que tem seus direitos violados a todo o momento. A vulnerabilidade está presente em situações em que estão submetidos grupos de pessoas ao preconceito, a discriminação e a desigualdade social.

No Brasil, podemos citar como exemplo de grupos vulneráveis às crianças, os idosos, as mulheres e os portadores de deficiência, que numericamente formam uma grande quota na sociedade, no entanto são considerados grupos vulneráveis quando relacionados ao poder.

## **ACEITE OU REJEIÇÃO DO SISTEMA DE COTAS**

O presente trabalho é favorável ao atual sistema de cotas existente no Brasil, mais especificamente, nas Instituições Públicas de Ensino Superior no Estado de Goiás, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este, considerado como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, em que se veda a superioridade de qualquer indivíduo em relação aos outros, independentemente de origem, raça, sexo, cor ou idade, assim como, quaisquer outras formas de discriminação. O princípio tem como finalidade fixar limites quanto à atuação do Estado, bem como, buscar o respeito entre os próprios indivíduos, transformando-se em preceitos morais e espirituais, tornando-se melhor a convivência em sociedade.

Como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, temos o princípio da igualdade, princípio este que remonta há época das Revoluções Americana e Francesa, no qual buscaram estabelecer, além de outros direitos, a igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei e que possui previsão expressa na Constituição brasileira de 1988. Entretanto, a presente Constituição (1988), além de conferir uma igualdade formal, também proporciona uma

igualdade material, que tem como objetivo, a defesa no tratamento isonômico dispensado aos indivíduos em suas especificidades.

De fato, apontamos que não se considera suficiente apenas o papel do estado na aplicação dos princípios basilares que formam a ideia do tratamento justo e igualitário a todas as pessoas – dignidade da pessoa humana e igualdade. É necessária a atuação do Estado em conjunto com a sociedade para se alcançar uma igualdade plena em uma sociedade Democrática de Direitos.

O Estado deve atuar ativamente na defesa e promoção de direitos dos indivíduos historicamente discriminados, assim como, os atualmente segregados da sociedade, para que os mesmos possam alcançar um dia, uma igualdade de condições e de oportunidades. A defesa e promoção de direitos na qual incumbe o Estado deverão ocorrer por meio de políticas públicas, ações afirmativas - as cotas - que tem como propósito a distribuição de uma igualdade justa que abrange a todos as pessoas. Também se faz necessário, o combate contra todos os tipos de discriminação presentes na sociedade, principalmente aquelas que impedem indivíduos ou grupos de se promoverem em face de um grupo ou classe dominante.

A luta em campo brasileiro é gravada contra a discriminação e deve ocorrer – sendo utilizados os dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais, devendo ser intensificada pela busca por uma transformação cultural da sociedade em que vivemos, evitando assim, pensamentos, gestos e palavras que visa inferiorizar e menosprezar grupos minoritários.

Nesse diapasão ostentamos que, para que nossa sociedade tenha um tratamento justo e igualitário, como vimos e foi demonstrado, é necessária atuação constante do Estado na defesa e promoção dos grupos minoritários, a luta diária contra todos os tipos de discriminação, a desconstrução da ignorância e uma transformação cultural da sociedade, para que um dia, seja alcançada a plenitude de uma igualdade justa para todos os membros da coletividade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Compreendendo ser o Brasil um Estado Democrático de Direito e diante dos embates sociais existentes, não cabe mais ao Estado, assumir uma posição de

neutralidade como ocorria no passado. É necessário que o Governo atue ativamente na luta contra as discriminações existentes na sociedade, assim como, na defesa e promoção dos grupos minoritários histórica e atualmente marginalizados.

Para que o Estado cumpra sua função tutelar dos grupos minoritários, é indispensável à observância dos imperativos de justiça presente nos tratados e convenções internacionais do qual o Brasil seja signatário, assim como, no plano nacional, das medidas de proteção, promoção e efetivação de direitos previstos nas políticas públicas e ações afirmativas.

As cotas, considerada como técnica de implementação de ações afirmativas, propostas tanto pelo Governo Federal como o Estadual, bem como, pelas instituições públicas de ensino superior, não devem perder o objetivo no que tange a efetivação dos mandamentos constitucionais ou infraconstitucionais, que visa assegurar tratamento justo e igualitário aos grupos minoritários, assim como, as vítimas de discriminação social e racial.

O Estado de Goiás, reconhecendo as dificuldades e necessidades dos grupos minoritários quanto ao acesso às instituições públicas de ensino superior, assim como, renunciando a sua posição de neutralidade em relação ao tema, passou a atuar ativamente na defesa e promoção de direitos dos grupos historicamente discriminados, por meio da elaboração da lei nº 14.832 de 2004, tornando assim, um dos estados pioneiros na implementação do sistema de cotas. Mais adiante, para reforçar o compromisso e tratamento dispensado a esses indivíduos, no ano de 2012, o Estado passou a ser abrangido pela Lei Federal nº 12.711, que passou a regulamentar o sistema de cotas em todo o país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 07 jul 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 07 jul 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 12.711 de 29 de agosto de 2012. Lei de Cotas. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.409 de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei nº 12.711/2012, que estabelece reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnicas de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13409.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017
- GOIÁS. Lei nº 14.832, de 12 de julho de 2004. Fixa cotas para o ingresso dos estudantes nas instituições de educação superior integrantes do Sistema Estadual de Educação Superior. Disponível em: <[http://www.gabcivil.go.gov.br/leis\\_ordinarias/2004/lei\\_14832.htm](http://www.gabcivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2004/lei_14832.htm)>. Acesso em: 07 jul 2017.
- INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE GOIÁS. Disponível em:<<https://www.ifg.edu.br/apresentacao-a-instituicao>>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- \_\_\_\_\_. Resolução CONSUP/IFG nº 002/2017. Disponível em: < <http://www.ifg.edu.br/attachments/article/209/resolucao0022017.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- \_\_\_\_\_. IFG adota cotas étnico-raciais e para pessoas com deficiência nos cursos de mestrado. Disponível em:<<https://www.ifg.edu.br/ultimas-noticias-campus-formosa/1524-ifg-adota-cotas-etnico-raciais-e-para-pessoas-com-deficiencia-nos-cursos-de-mestrado>>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; SILVA, Priscilla Santana. O direito das minorias, os limites constitucionais e as ações afirmativas. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVII, n. 28, p. 179-196, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_7/8-Artigo%2028\\_R28\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_7/8-Artigo%2028_R28_Layout%201.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- MENEZES JUNIOR, Eumar Evangelista de; BRITO, Edson de Souza; SOUZA, Maria Helena B. Direito das minorias e os múltiplos olhares jurídicos e sociais: Revista cadernos de ciências sociais da UFRPE. Ano, III, Volume I, número 4, jan-jun, 2014. Disponível em: <<http://www.journals.ufrpe.br/index.php/cadernosdecienciasociais/article/view/564/449>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- MONTEIRO, A. C. et al. Minorias étnicas, linguísticas e religiosas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/minorias.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- QUEIROZ, Angélica. *UFGInclui recebe o maior número de estudantes desde a sua criação: em 2016, a Universidade recebeu 84 indígenas e quilombolas, mais que o dobro de 2015.* Disponível em:<<https://www.ufg.br/n/87962-ufginclui-recebe-maior-numero-de-estudantes-desde-sua-criacao>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- RABELO, Francisco Chagas E; BERNARDES, Genilda D'arc (Org.). Políticas Públicas e Sociedade Civil. Goiânia: Cãnone Editorial, 2004.
- SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução 22. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

*Estudo e monitoramento do sistema de cotas em Goiás. Discurso protecionismo a um grupo minoritário*

---

SANTOS JUNIOR, Ronaldo Rosa dos. Políticas de Cotas para Ingresso na Educação Superior Pública: 10 anos na Universidade Estadual de Goiás (2005-2015). 2013-2016. 187 f. Tese (Doutorado em Educação) Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2013-2016.

SILVA, Christian Luiz da; LIMA, José Edmilson de Souza-(Orgs.). Políticas Públicas e Indicadores para o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS. Disponível em <[http://www.ueg.br/conteudo/633\\_historia](http://www.ueg.br/conteudo/633_historia)>. Acesso em: 03 jul. 2017

\_\_\_\_\_. Disponível em <[http://www.ueg.br/conteudo/663\\_missao](http://www.ueg.br/conteudo/663_missao)>. Acesso em: 03 jul. 2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. Resolução CONSUNI nº 29/2008. Disponível em:<[https://prograd.ufg.br/up/90/o/Resolucao\\_CONSUNI\\_2008\\_0029.pdf](https://prograd.ufg.br/up/90/o/Resolucao_CONSUNI_2008_0029.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução CONSUNI nº 31/2012. Disponível em:<[http://sistemas.ufg.br/consultas\\_publicas/resolucoes/arquivos/Resolucao\\_CONSUNI\\_2012\\_0031.pdf](http://sistemas.ufg.br/consultas_publicas/resolucoes/arquivos/Resolucao_CONSUNI_2012_0031.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. História. Disponível em:< <https://www.ufg.br/p/6405-historia>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

---

# *O MOVIMENTO SANITARISTA NO BRASIL E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE*

---

*Fernanda Barreto Alves<sup>1</sup>*

*Rafael Meireles Saldanha<sup>2</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988 tem o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Dessa forma, ao assegurar em seu artigo 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o direito à saúde é reconhecido como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de realizar esse direito.

Este artigo tem como objetivo analisar o movimento sanitaria brasileiro ao longo do século XX e sua relação com o desenvolvimento do Direito Social à Saúde.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

## **2. O MOVIMENTO SANITARISTA NO BRASIL**

Inicialmente, o direito à saúde não estava relacionado ao direito social ou ao valor supremo da dignidade da pessoa humana. Na transição do Brasil do século XIX para o XX era do interesse da elite econômica do país manter o trabalhador sadio, tendência que ecoou em todo o mundo após a Revolução Industrial. No contexto brasileiro, era imperativo que o trabalhador do campo fosse capaz de produzir, já que a economia se baseava principalmente na exportação agrária.

Com o processo de urbanização e modernização das cidades, que durou até meados do século XX, e as diversas mazelas presentes na sociedade brasileira, tornou-se imprescindível criar políticas públicas que promovessem a saúde para a população, juntamente com o saneamento adequado, de forma a não prejudicar o crescimento econômico e o desenvolvimento da nação. A medicina empenhou-se a combater tais males, influenciadas pelas inovações científicas e pelo processo de modernização dos centros urbanos europeus, justificaram medidas intervencionistas e autoritárias que marcaram a República Velha.

Esse período foi marcado por medidas de reforma urbana e higienização da cidade do Rio de Janeiro, bem como as campanhas de vacinação da população. Entretanto, o caráter autoritário destas ações governamentais tiveram consequências negativas, a exemplo da Revolta da Vacina que ocorreu no ano de 1904.<sup>3</sup>

Entretanto, o ideal de modernização se contrapunha com a realidade do Brasil naquele momento. O país era marcado pelo regime agrário exportador. Predominava características sociais do homem do campo, estereotipado na figura

---

<sup>3</sup> Para erradicar a varíola, o sanitário Oswaldo Cruz convenceu o Congresso a aprovar a Lei da Vacina Obrigatória (31 de Outubro de 1904), que permitia que brigadas sanitárias, acompanhadas por policiais, entrassem nas casas para aplicar a vacina à força. A campanha de vacinação obrigatória é colocada em prática em novembro de 1904. Embora seu objetivo fosse positivo, ela foi aplicada de forma autoritária e violenta. Em alguns casos, os agentes sanitários invadiam as casas e vacinavam as pessoas à força, provocando revolta nas pessoas. Essa recusa em ser vacinado acontecia, pois grande parte das pessoas não conhecia o que era uma vacina e tinham medo de seus efeitos. A aprovação da Lei da Vacina foi o estopim da revolta: no dia 5 de novembro, a oposição criava a Liga contra a Vacina Obrigatória. Entre os dias 10 e 16 de novembro, a cidade virou um campo de guerra. A população exaltada depredou lojas, virou e incendiou bondes, fez barricadas, arrancou trilhos, quebrou postes e atacou as forças da polícia com pedras, paus e pedaços de ferro. No dia 14, os cadetes da Escola Militar da Praia Vermelha também se sublevaram contra as medidas baixadas pelo Governo Federal. A reação popular levou o governo a suspender a obrigatoriedade da vacina e a declarar estado de sítio (16 de Novembro). A rebelião foi contida, deixando 30 mortos e 110 feridos. Centenas de pessoas foram presas e, muitas delas, deportadas para o Acre. Ao reassumir o controle da situação, o processo de vacinação foi reiniciado, tendo a varíola, em pouco tempo, sido erradicada da capital. Ver BERTOLLI FILHO, Claudio. A gripe espanhola em São Paulo. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 48.

de Jeca Tatu, criado por Monteiro Lobato, que demonstrava um homem leigo, doente e preguiçoso, que não ajudava em nada no desenvolvimento nacional. Observa-se que a implementação do direito social à saúde, de maneira ampla e de abrangência nacional, inicia-se com o movimento sanitarista brasileiro, que tinha inicialmente como principal medida combater as doenças que assolavam a população da época por falta de cuidados básicos como o saneamento, tendo como alvo, sobretudo, o interior do país. Como se percebe no texto de Lima e Hochman<sup>4</sup>:

*A segunda representação do Brasil, contestada pelo movimento, caracteriza-se pela imagem negativa do povo, especialmente da população do interior. Por sua expressividade simbólica e importância para a campanha do saneamento, podemos exemplificá-la através do personagem Jeca Tatu, criado pelo escritor paulista Monteiro Lobato. Em dois artigos publicados no jornal O Estado de São Paulo, em 1914, Lobato defende ser o caboclo a principal praga nacional e o descreve com palavras fortes: “funesto parasita da terra (...) homem baldio, inadaptável à civilização”. (Lobato, 1957a:271)*

*O autor observa, numa crítica à literatura romântica e regionalista, que o indianismo estaria mudando de nome, transformado em caboclisto e sertanismo e, a partir de sua experiência pessoal como fazendeiro, afirma retratar o verdadeiro homem do interior, resumindo sua posição em frases de efeito, tais como: “Pobre Jeca. Como és bonito no romance e feio na realidade” (Lobato, 1957a:292). É curioso pensar como uma representação particular, baseada no trabalhador rural da lavoura decadente do café, transforma-se num novo símbolo de brasilidade.*

Pode-se dizer que o movimento sanitarista brasileiro teve início durante a Primeira República (1899-1930). Internacionalmente, a Primeira Guerra Mundial trazia um grande sentimento de nacionalismo e questões sobre educação, imigrantes, racismo e convocação militar de novos soldados. No momento em que ecoavam discursos ufanistas pelo Brasil, a comunidade intelectual e científica, como Miguel da Silva Pereira<sup>5</sup>, criticava a grande problemática referente ao saneamento básico. Simone Petraglia Kropf, em artigo publicado no site da Fundação Oswaldo Cruz, reproduz o discurso de Pereira realizado na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro em uma solenidade em homenagem a seu diretor

---

<sup>4</sup> LIMA, Nisia Trindade, HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira república. Raça, ciência e sociedade. Organizado por Marcos Chor Maio, Ricardo Ventura Santos. - Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996, p. 23.

<sup>5</sup> Miguel da Silva Pereira, foi um médico sanitarista e professor brasileiro, membro da Academia Nacional de Medicina. Ver BERTOLLI FILHO, Claudio, Op. Cit., p. 110.

Aloísio de Castro, publicado no *Jornal do Commercio*<sup>6</sup> (1916), que é considerado pela historicidade como um marco do movimento sanitarista:

*É bem que se organizem milícias, que se armem legiões, que se cerrem fileiras em torno da bandeira, mas melhor seria que se não esquecessem nesse paroxismo do entusiasmo que, fora do Rio ou de S. Paulo, capitais mais ou menos saneadas, e de algumas outras cidades em que a providência superintende a higiene, o Brasil ainda é um vasto hospital. [...] Em chegando a tal extremo de zelo patriótico uma grande decepção acolheria sua generosa e nobre iniciativa. Parte, e parte ponderável, dessa brava gente não se levantaria; inválidos, exangues, esgotados pela ancilostomíase e pela malária; estropiados e arrasados pela moléstia de Chagas; corroídos pela sífilis e pela lepra; [...] Não carrego as cores ao quadro. É isso sem exagero a nossa população do interior. Uma legião de doentes e de prestáveis.<sup>7</sup>*

A expressão utilizada pelo sanitarista, “O Brasil ainda é um vasto hospital”, refletia a campanha de um movimento político e intelectual pelo saneamento que de 1916 a 1920 reconhecia a saúde como maior problema do país e o principal obstáculo ao seu desenvolvimento. O discurso predominante até então era de que apenas os centros urbanos, as cidades, revelavam-se perigosos, um espaço de doenças e vícios, causados, sobretudo, pelo seu crescimento desordenado. Com isto, quebrava-se o paradigma que a vida no campo e nos sertões era propícia a uma vida saudável e harmoniosa. Todo o Brasil sofria com a falta de saúde, tanto no campo como na cidade.

Miguel Pereira pretendia com seu discurso discordar de um pronunciamento nacionalista que declarava que os militares poderiam ir aos sertões para convocar caboclos para defender o Brasil em caso de invasão estrangeira. Este mesmo discurso foi reiterado novamente pelo sanitarista na homenagem a Carlos Chagas<sup>8</sup> pelo êxito da delegação brasileira em um congresso em Buenos Aires,

<sup>6</sup> O *Jornal do Commercio* é um jornal econômico brasileiro. É um dos mais antigos jornais em circulação na América Latina. Teve origem no *Diário Mercantil* em 1824, teve o seu nome mudado para *Jornal do Commercio* em 31 de Agosto de 1827.

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.fiocruz.br/chagas/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=57>. Acesso em 18/10/2013.

<sup>8</sup> Carlos Justiniano Ribeiro Chagas foi um médico sanitarista, cientista e bacteriologista brasileiro, que trabalhou como clínico e pesquisador. Atuante na saúde pública do Brasil, iniciou sua carreira no combate à malária. Destacou-se ao descobrir o protozoário *Trypanosoma cruzi* (cujo nome foi uma homenagem ao seu amigo Oswaldo Cruz) e a tripanossomíase americana, conhecida como doença de Chagas. Ele foi o primeiro e até os dias atuais permanece o único cientista na história da medicina a descrever completamente uma doença infecciosa: o patógeno, o vetor (*Triatominae*), os hospedeiros, as manifestações clínicas e a epidemiologia. Foi diversas vezes laureado com prêmios de instituições do mundo inteiro, sendo as principais como membro honorário da Academia Brasileira de Medicina e doutor honoris causa da Universidade de

acrescentando ainda a importância da descoberta da doença tripanossomíase americana<sup>9</sup>, mais conhecida como mal de Chagas, que caracterizava a endemia rural vivida naquela época.

O debate nacionalista fomentado pela Primeira Guerra Mundial e o importante papel do Instituto Oswaldo Cruz<sup>10</sup> na descoberta científica na área da saúde formavam a conjuntura vivenciada no Brasil no início do século XX: a crise gerada pela falta de saneamento e suas consequências que, tanto assolavam a população com epidemias, como acarretava a preocupação militar das dificuldades de recrutamento em caso de invasão estrangeira.

A descoberta realizada pelo médico e cientista Carlos Chagas demonstrava as precárias condições de vida do homem do campo. As diversas expedições realizadas pelo Instituto Oswaldo Cruz evidenciavam as péssimas condições de saneamento em todo o território brasileiro. Lima e Hochman<sup>11</sup> demonstram o contexto político e a crise na área da saúde que o Brasil precisava enfrentar:

*A descoberta da tripanossomíase americana e de suas graves formas clínicas – problemas cardíacos, neurológicos e deformações físicas – trazia uma imagem sobre populações do interior distinta da idealizada pela literatura romântica. Somada a outras doenças endêmicas, conformava um quadro em que era impossível apostar na vitalidade do caboclo. Miguel Pereira reportava-se, ao proferir sua frase, ao Brasil revelado*

---

Harvard e Universidade de Paris. Também trabalhou no combate à leptospirose e às doenças venéreas, além de ter sido o segundo diretor do Instituto Oswaldo Cruz. Ver LIMA, Nisia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>9</sup> Tripanossomíase ou tripanossomose é a designação geral dada a várias doenças de vertebrados causadas por protozoários parasitas do gênero *Trypanosoma*. Cerca de 500 000 pessoas em 36 países da África subsaariana sofrem de tripanossomíase africana que é causada por *Trypanosoma brucei gambiense* ou *Trypanosoma brucei rhodesiense*. A outra forma humana da tripanossomíase, tripanossomíase americana, conhecida como doença de Chagas, causa cerca de 21 000 mortos por ano, sobretudo na América Latina. Ver LIMA, Nisia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>10</sup> As origens da fundação remontam ao início do século XX com a criação do Instituto Soroterápico Federal em 25 de maio de 1900 (cujo objetivo inicial era o de fabricar soros e vacinas contra a peste). Em 1901, passou para o governo federal, com o nome modificado para Instituto Soroterápico Federal. Em 12 de dezembro de 1907, passou a denominar-se Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos (referência ao nome do bairro carioca onde fica sua sede) e, em 19 de março de 1918, em homenagem a Oswaldo Cruz, passou a chamar-se Instituto Oswaldo Cruz. Em maio de 1970, tornou-se Fundação Instituto Oswaldo Cruz, adotando a sigla Fiocruz, que continua a ser utilizada mesmo depois de maio de 1974, quando recebeu a atual designação de Fundação Oswaldo Cruz. Na gestão do cientista Oswaldo Cruz (1903-1917) tornou-se um importante centro de pesquisas e de formação de profissionais especializados em saúde pública. Sobre o papel desse instituto na ciência brasileira ver PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva. Viagem científica pelo norte da Bahia, sudoeste de Pernambuco, sul do Piauí e de norte a sul de Goiás. Memórias do Instituto Oswaldo Cruz, 1916.

<sup>11</sup> LIMA, Nisia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 23.

*pelas expedições científicas do Instituto Oswaldo Cruz. As homenagens ao Aloysio de Castro e Carlos Chagas expressaram o conagraçamento da elite médico do período que ocupava os cargos mais importantes da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro e da Academia Nacional de Medicina em torno da descoberta de um pesquisador do Instituto Oswaldo Cruz, que foi celebrada, naquele momento, como uma vitória que ultrapassou os limites do instituto de pesquisas, transformando-se numa conquista da medicina brasileira. Miguel Pereira lançava, então, uma “cruzada medicina pela pátria”, afirmando que ao médico cabia substituir a autoridade governamental, ausente na maior parte do território nacional.*

É importante ressaltar que o relevante papel da comunidade intelectual médica e científica deve estar atrelado também a forte crítica à República, especialmente pela adoção do federalismo pela Constituição de 1891. Isto se deve pela oligarquização da política. Além disso, outra crítica à constituição vigente na época sobre a área da saúde era a autonomia estadual e municipal, que não permitiam uma ação governamental centralizada em âmbito federal. Portanto, a gerência da saúde ficava ao encargo dos poderes locais e ao governo federal competiam o Distrito Federal, os portos e a assistência aos estados nos casos previstos pelo texto constitucional.

O principal órgão para a administração federal da saúde era a Diretoria Geral de Saúde Pública (DGPS), pertencente ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Inicialmente, as ações se voltavam para o combate das epidemias urbanas, mas foi na década de 1910 que as ações do órgão ocuparam um lugar primordial na agenda política do Brasil. Baseando-se nos relatórios das viagens pelo interior do país promovidas pelo Instituto Oswaldo Cruz, o órgão promoveu uma campanha sanitária de alcance nacional.

Desta feita, em fevereiro de 1918 foi criada a Liga Pró-Saneamento do Brasil, sendo seus sócios fundadores os membros da Academia Nacional de Medicina, professores da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cientista do Instituto Oswaldo Cruz, o próprio Presidente da República Wenceslau Brás, entre outros profissionais dos diversos setores da política brasileira.

A liga foi agenciada por diversas políticas públicas centralizadas com o intuito de divulgar e concretizar o saneamento, por meio de propagandas e conferências, com o objetivo de superar os limites que dificultavam a ação da Diretoria Geral de Saúde Pública, como demonstra Lima e Hochman<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 26.

*Enfatizando a necessidade de recuperar e integrar o País e o homem do interior, a mobilização em torno da ideia do saneamento reuniu progressivamente importantes setores da elite intelectual e política que participaram da criação da Liga Pró-Saneamento do Brasil, em fevereiro de 1918, Foram seus sócios fundadores, entre outros, membros da Academia Nacional de Medicina, catedráticos da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cientista do Instituto Oswaldo Cruz, antropólogos do Museu Nacional, militares, educadores, juristas e o próprio Presidente da República, Wenceslau Brás.*

*Dirigida pelo seu mais ativo militante, Belisário Penna, a Liga Pró-Saneamento realizou intensa propaganda através de conferências; palestras em escolas, em entidades associativas de proprietários rurais e nas Forças Armadas; distribuição de folhetos de educação sanitária, entre outras ações. A repercussão da campanha pelo saneamento foi expressiva na imprensa e nos debates do Congresso Nacional. Outro dado relevante consiste na organização de delegações regionais da entidade em nove estados, considerados à época, representativos de todas as regiões geográficas do País.*

*A campanha da Liga tinha como objetivo mais imediato a criação de uma agência pública de âmbito federal que coordenasse efetivamente as ações de saúde em todo o território nacional e superasse os limites que constriam a ação da Diretoria Geral de Saúde Pública. A realização desse objetivo supunha a geração de uma consciência nacional que identificasse no abandono e na presença das endemias as características distintas da população rural brasileira.*

A Liga foi fortemente influenciada pelos membros que eram pesquisadores do Instituto Oswaldo Cruz. As viagens científicas pelo interior do país<sup>13</sup> pelo referido instituto, em especial a realizada em 1916 pelos médicos Belisário Penna e Arthur Neiva, apontavam em detalhes as doenças que afetavam os homens e a atividade pecuária, ficando clara a necessidade de medidas de combate à malária, e também da doença de Chagas devido ao alarmante número de portadores. Dessa maneira, os autores percebiam que a população rural era abandonada pelo poder público, como podemos perceber pela passagem abaixo<sup>14</sup> do relatório dos sanitaristas:

*Vivem eles abandonados de toda e qualquer assistência, sem estrada,*

---

<sup>13</sup> A principal referência foi o relatório da pesquisa Viagem Científica pelo Norte da Bahia, Sudoeste de Pernambuco, Sul do Pará e de Norte a Sul de Goiás, ver PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva, Op. Cit., 1916.

<sup>14</sup> PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva, Op. Cit., 1916, p. 199.

*sem policia, sem escolas, sem cuidados médicos nem higiênicos (...) sem proteção de espécie alguma, sabendo de governos porque se lhes cobram impostos de bezerros, de bois, de cavalos e burros.*

Dessa forma, na visão dos missionários do saneamento, era necessária a conscientização das elites o mal que seria a manutenção deste quadro de abandono, e os riscos e custos cada vez maiores que resultariam no atraso no desenvolvimento do país. Para que fosse possível mudar essa perspectiva, era fundamental a centralização das políticas públicas na área da saúde.

Juntamente com estas atividades em prol do saneamento, a Academia Nacional de Medicina, em 1917, nomeou médicos renomados para formar uma comissão com o intuito de sugerir medidas a promover o saneamento por todo o Brasil. Sugeriu-se para tanto a criação do Ministério da Saúde Pública. Ainda que não se saiba se o governo de Wenceslau Brás atendeu especificamente a sugestão da comissão, fato é que o governo federal passou a produzir medicamentos para combater à malária e ainda um serviço rural autônomo em relação à Diretoria Geral de Saúde Pública. Estas medidas foram as primeiras mudanças mais significativas da função da União na promoção da saúde pública:

*Acompanhando as atividades do movimento pelo saneamento do Brasil, e revelando a difusão da preocupação com o tema da saúde pública, ocorreram manifestações das instituições médicas, especialmente aquela que veicula as opiniões das elites médicas: Academia Nacional de Medicina (ANM). Ainda em 1917, uma comissão de notáveis nomeada pela ANM, apresentou um relatório com sugestões para a promoção do saneamento dos sertões.*

*A principal conclusão da comissão foi que, para sanear o interior, considerando o caráter técnico do empreendimento, a complexidade do País, a disseminação das endemias e o nível de infestação da população, era necessário conceder autoria aos serviços de saúde pública. Aconselhava a criação do Ministério da Saúde Pública, “constituído pela fusão dos vários serviços de higiene e assistência pública, dotado de um regulamento que o fortaleça na sua missão e entregue a um profissional de indiscutível competência”. O Ministério era apresentado como solução, mas sabendo das dificuldades, a comissão sugeriu como recurso provisório a criação de um Conselho de Higiene, com atribuições de coordenar as ações de saúde e saneamento, desde que garantida a sua autonomia política, técnica, financeira e administrativa.*

*Segundo alguns, o Governo Wenceslau Brás teria acatado duas sugestões da comissão: a criação do Serviço de Quina Oficial, para produzir*

*medicamento de combate à malária, e de um serviço de profilaxia rural, autônomo em relação À Diretoria Geral de Saúde Pública, a partir da experiência dos postos sanitários na periferia do DF. Estes serviços foram a base para as primeiras mudanças significativas no papel da União.<sup>15</sup>*

Outro ponto importante para a campanha pelo saneamento foi o Brasil ter sido atingido por uma epidemia de gripe espanhola<sup>16</sup> que desorganizou completamente a capital do país. O Rio de Janeiro ficou paralisado por falta de remédios e alimentos, pela total incapacidade do poder público em responder adequadamente. O terror e pânico também se espalharam com grande facilidade, por conta de uma crise que atingia todas as classes sociais, e que de tantos mortos fazia faltar caixões apropriados e espaço nos cemitérios. Foi tamanha a proporção da epidemia que se estima que no Distrito Federal metade da população tenha contraído a gripe e que tenha causado a morte de 12 mil pessoas em apenas três meses. Em São Paulo não foi diferente, no período de 15 de outubro a 19 de dezembro de 1918 a cidade foi tomada também pela epidemia de influenza atingindo 350 mil pessoas, um terço da população. Nesses dias, a sociedade brasileira conviveu com a doença e a morte, revelando novos contornos de um país que ainda buscava ajustar-se nos quadros da modernidade<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, Op. Cit., p. 34.

<sup>16</sup> A Gripe de 1918 (frequentemente citada como Gripe Espanhola) foi uma pandemia do vírus influenza que se espalhou por quase toda parte do mundo. Foi causada por uma virulência incomum e frequentemente mortal de uma estirpe do vírus Influenza A do subtipo H1N1. A origem geográfica da pandemia de gripe de 1918-1919 (espanhola) é desconhecida. Foi designada de gripe espanhola, gripe pneumônica, peste pneumônica ou, simplesmente, pneumônica. A designação “gripe espanhola” deu origem a algum debate na literatura médica da época, que talvez se deva ao fato de a imprensa na Espanha, não participando na guerra, ter noticiado livremente que civis em muitos lugares estavam adoecendo e morrendo em números alarmantes. A pandemia desenvolveu-se em três ondas epidêmicas: a primeira, mais benigna, termina em Agosto de 1918; a segunda inicia-se no outono e termina entre os meses de Dezembro e Janeiro, tendo sido de extraordinária gravidade, afetando uma grande parte da população e com uma taxa de letalidade de 6 a 8%; a terceira e derradeira, começa em Fevereiro de 1919 e termina em Maio do mesmo ano. A pandemia caracterizou-se mundialmente pela elevada mobilidade e mortalidade, especialmente nos sectores jovens da população e pela frequência das complicações associadas. Calcula-se que afetou 50% da população mundial, tendo matado cerca de 40 milhões de pessoas, pelo que foi qualificada como o mais grave conflito epidêmico de todos os tempos. A doença foi observada pela primeira vez em Fort Riley, Kansas, Estados Unidos, em 4 de Março de 1918, e em Queens, Nova Iorque em 11 de Março do mesmo ano. Os primeiros casos conhecidos da gripe na Europa ocorreram em Abril de 1918 com tropas francesas, britânicas e americanas, estacionadas nos portos de embarque na França. Em Maio, a doença atingiu a Grécia, Portugal e Espanha. Em Junho, a Dinamarca e a Noruega. Em Agosto, os Países Baixos e a Suécia. Todos os exércitos estacionados na Europa foram severamente afetados pela doença, calculando-se que cerca de 80% das mortes da armada dos EUA se deveram à gripe. No Brasil a doença chegou em setembro de 1918. No dia 24 daquele mês a Missão Médica enviada pelo país para ajudar no esforço de guerra francês foi atingida pela gripe no porto de Dacar, Senegal, que à época era colônia francesa. No mesmo mês chegou ao país o paquete Demerara, vindo da Europa, e que é apontado por alguns autores como o primeiro navio portador do vírus para dentro do Brasil. Em poucos dias a epidemia irrompeu em diversas cidades. Foram registradas em torno de 300 mil mortes relacionadas à epidemia. A doença foi tão severa que vitimou até o Presidente da República, Rodrigues Alves, em 1919. Ver BERTOLLI FILHO, Cláudio, Op. Cit., 46-56.

<sup>17</sup> BERTOLLI FILHO, Cláudio, Op. Cit., 60-73.

A epidemia foi um catalizador do movimento centralizador de políticas de saúde, queurgia uma revisão das competências da União na promoção deste direito social, pois eram necessárias medidas de amplo alcance em todo o território nacional. Depois de intensos debates tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, foi criado em dezembro de 1919 o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) com atribuição e instrumentos de longo alcance, financiados pelo governo federal, e que mantinha a necessidade de ações coordenadas com os estados para obras de saneamento e distribuição de medicamentos.

O ano de 1920 marcou o início da nacionalização das políticas públicas de saúde, formando uma nova identidade nacional, com um governo federal mais ativo na definição e implementação deste direito social. E foram os antigos membros da Liga Pró-Saneamento que comandaram este novo órgão federal, a exemplo de Carlos Chagas, diretor do DNSP, de 1920 a 1926, e Belisário Penna, diretor de Saneamento e de Profilaxia Rural, de 1920 a 1923:

*Depois de intensos debates e muitos substitutivos, foi aprovado na Câmara, e no Senado, um substitutivo de Teixeira Brandão, justamente aquele que no ano anterior fora o maior adversário da ideia de centralização. Em fins de dezembro de 1919, foi criado o DNSP, reorganizando e dando maior amplitude aos serviços federais, mantendo a necessidade de acordos com os estados para que os trabalhos de profilaxia rural fossem realizados pela União. A aprovação do Novo Departamento, depois de tantas resistências, pode ser explicada pela formação de uma consciência sobre o estado sanitário do País via campanha da Liga Pró-Saneamento, pelo impacto da epidemia de gripe espanhola, pelo empenho do presidente da república e pela percepção das elites políticas estaduais de que, sem o consórcio do governo federal, apenas São Paulo poderia implementar, e efetivamente o fazia, políticas de saúde e saneamento.*

*Belisário Penna afirmava no último número da revista Saúde (dezembro, 1919) que o novo Departamento era a realização dos objetivos da Liga Pró-Saneamento. Na segunda edição de Saneamento no Brasil, ele revelaria que a Liga fora extinta porque não teria mais razão para existir. A partir daquele momento, era realizar o ideal do saneamento, gerindo a nova organização. O ano 1920 marcou o início da nacionalização das políticas de saúde e saneamento e da definição de uma nova identidade profissional por um grupo de médicos, e de profissionais de saúde pública vinculados à administração pública. E foram membros da Liga Pró-Saneamento do Brasil que dirigiram esses novos serviços, como Carlos Chagas, diretor do DNSP de 1920 a 1926 e Belisário Penna, na Diretoria de Saneamento e de Profilaxia Rural de 1920 a 1923<sup>18</sup>.*

---

<sup>18</sup> LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, Op. Cit., p. 34.

Após o período da Primeira República, o país chega ao período em sua história que ficou conhecido como à Era Vargas<sup>19</sup>. Um novo modelo de construção social se inicia nos centros urbanos.

A partir de 1930, o Brasil estreava um processo de industrialização e modernização estatal, visando se inserir entre as grandes potências da economia mundial. Cumpre ressaltar que o mundo passava por um momento de transição após a crise da bolsa de 1929<sup>20</sup>, o modelo de economia liberal, sem intervenções estatais, cede espaço para um Estado mais atuante, visando criar meios que pudessem expandir o crescimento econômico. A economia brasileira seguia um modelo agroexportador e, para industrializá-la, era necessário criar condições para a montagem de um parque industrial. Para tanto, surge a figura do trabalhador urbano, o operário, que demandava novas intervenções sociais para o Estado.

O modelo de Estado assistencialista se torna cada vez mais complexo, juntamente com o processo de modernização estatal. A era Vargas, ainda que populista e autoritária, iniciou um perfil de aproximação entre o Estado e as classes trabalhadoras urbanas que gerou uma promoção significativa dos direitos desta categoria, sobretudo os ligados à seguridade social.

Na área da saúde Getúlio Vargas criou o Ministério da Educação e Saúde Pública, além da previdência social e saúde ocupacional institucionalizada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Entretanto, somente em 25 de julho de 1953 a saúde torna-se independente e institucionalizada, com a criação do Ministério da Saúde.

---

<sup>19</sup> Era Vargas é o período da história do Brasil entre 1930 e 1945, quando o país estava sob a liderança de Getúlio Dornelles Vargas. A Revolução de 1930 marcou o fim da Primeira República (com a deposição do presidente Washington Luís; a revogação da constituição de 1891, com o objetivo de estabelecer de uma nova ordem constitucional; a dissolução do Congresso Nacional; intervenção federal em governos estaduais e alteração do cenário político, com a supressão da hegemonia até então apreciada por oligarquias agriculturas de São Paulo e Minas Gerais) e sinaliza o início da Era Vargas (tendo em conta que, após o triunfo da revolução, um junta militar provisória cedeu o poder a Vargas, reconhecido como o líder do movimento revolucionário). Ver SILVA, Fernanda Xavier. *As constituições da Era Vargas: uma abordagem à luz do pensamento autoritário dos anos 30*. Política & Sociedade (Impresso), v. 9, p. 01-288, 2010.

<sup>20</sup> A Grande Depressão, também chamada por vezes de Crise de 1929, foi uma grande depressão econômica que teve início em 1929, e que persistiu ao longo da década de 1930, terminando apenas com a Segunda Guerra Mundial. Este período de depressão econômica causou altas taxas de desemprego, quedas drásticas do produto interno bruto de diversos países, bem como quedas drásticas na produção industrial, preços de ações, e em praticamente todo medidor de atividade econômica, em diversos países no mundo. Porém, em certos países pouco industrializados naquela época, como a Argentina e o Brasil (que não conseguiu vender o café que tinha para outros países), a Grande Depressão acabou acelerando o processo de industrialização. Ver SILVA, Fernanda Xavier, Op. Cit..

### **3. A INFLUÊNCIA DO “WELFARE STATE”**

No contexto internacional, como forma de responder à grande depressão de 1929, surge o “*Welfare state*”, tendo sua origem no pensamento Keynesiano. No caso Europeu, com o fim da Segunda Guerra Mundial o Estado-providência expande-se como forma de recuperar a Europa então devastada. Este modelo estatal organiza a política e a economia de forma tornar o Estado provedor de toda a vida e saúde social, cabendo a ele garantir serviços públicos necessários e eficientes que promovam os direitos sociais.

Portanto, este modelo não tem por objetivo a concessão de capital, e sim a única maneira do capitalismo manter-se mediante a promoção de políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades sociais.

Esta conjuntura em que o mundo vivia o ideal de bem-estar social influenciou a definição de saúde para a Organização Mundial da Saúde (OMS) que, por meio do preâmbulo de sua constituição de 1946, preconizava que “*saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*”.

Embora este conceito de saúde receba críticas pela semelhança desta definição com a ideia de felicidade, e que, portanto, tal estado não se poderia alcançar, alguns autores argumentam, a exemplo de Sueli Dallari<sup>21</sup>, que se deve sempre entender a saúde como a busca constante deste estado.

Como visto anteriormente, o Estado Constitucional traz para si a reponsabilidade de atuar de forma positiva, modificando as condições materiais dos cidadãos, buscando garantir a igualdade de oportunidade por meio dos direitos sociais. Nesta esteira, as constituições brasileiras de 1937 e de 1946 enumeram disposições programáticas determinando que o Estado assuma medidas para o atendimento social.

Entretanto, estas constituições, no que diz respeito à saúde, deixaram à margem muitos brasileiros, pois somente foram beneficiados com a assistência em saúde os trabalhadores com vínculo empregatício, deixando de fora os que não contribuíam com a previdência social, muito embora o direito à saúde já tivesse sido reconhecido pela OMS em 1946 e posteriormente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, em seu artigo 25<sup>22</sup>. Percebe-se que até a promulgação da Constituição de 1988, no

---

<sup>21</sup> DALLARI, Sueli. O conteúdo do Direito à Saúde. In O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Brasília: CEAD/UnB, p. 89-102, 2008.

<sup>22</sup> Art. 25: 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda

Brasil o direito à saúde tinha apenas a finalidade de propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho. As políticas públicas de saúde no Brasil passaram por diversas fases ao longo do golpe militar de 1964 até a Lei Orgânica da Saúde, em 1990. Em um primeiro momento, o Ministério da Saúde foi deixado em segundo plano. Segundo Teixeira<sup>23</sup>, o pensamento do governo militar era no sentido de que o referido ministério era uma “disfunção à modernização, já que sua atuação era no âmbito coletivo e financiada pelo orçamento fiscal da União, sem a preocupação com o retorno monetário”.

Sarah Escorel ressalta a carência de recursos e a deficiência da saúde no Brasil neste período:

*A saúde pública tornou-se uma máquina ineficiente e conservadora, cuja atuação restringia-se a campanhas de baixa eficácia. A carência de recursos – que não chegavam a 2% do PIB – colaborava com o quadro de penúria e decadência, com graves conseqüências para a saúde da população<sup>24</sup>.*

A autora recorda que foi justamente no período mais repressivo da ditadura no Brasil que se iniciou o movimento pelo sanitarismo, objetivando uma grande reforma do sistema de saúde vigente:

*Foi durante o período mais repressivo do autoritarismo no Brasil – final da década de 1960 e início da seguinte – que se transformou a abordagem dos problemas de saúde e se constituiu a base teórica e ideológica de um pensamento médico-social. A abordagem histórico-estrutural dos problemas de saúde foi realizada nos departamentos de Medicina Preventiva (DMP) criados, por lei, em todas as faculdades de Medicina na Reforma Universitária de 1968. Nesses locais, iniciou-se o que chamamos as bases universitárias do movimento sanitário, um movimento social que propunha uma ampla transformação do sistema de saúde vigente.*

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas) foi criado em 1977 com o objetivo de tornar a saúde racionalizadora e eficiente, entretanto,

---

quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

<sup>23</sup> TEIXEIRA, S. M. F. (Coord.) Antecedentes da Reforma Sanitária. Textos de Apoio. Rio de Janeiro: PEC, Ensp, 1988, p. 50.

<sup>24</sup> ESCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008, p. 392-393.

Escorel identifica esse sistema como “centralizadora e excludente dos segurados<sup>25</sup>”. Era constituído por seis entidades: 1) Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), para a assistência médica; 2) Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), para os benefícios; 3) Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas); 4) Legião Brasileira de Assistência (LBA); 5) Fundação Nacional para o Bem-Estar do Menor (Funabem); 6) Central de Medicamentos (Ceme).

O Inamps não modificou a base financeira da previdência social, mesmo após diversas reformas. Para Escorel, o instituto não conseguia alcançar a universalização das políticas de saúde porque não havia recursos suficientes:

*O Sinpas não alterou as forças que disputavam, nem as que naquele momento eram hegemônicas no interior da assistência médica previdenciária, agora Inamps. O Sinpas tampouco modificou as bases financeiras da previdência social, mantendo assim, após tantas reformas, o mesmo impasse em que se encontrava no início da administração Geisel: ser instrumento útil para a legitimação do regime, portanto, tender à universalização, sem ter estrutura financeira para tanto, seja por estar baseado na folha salarial, seja por comprar serviços do setor privado. Essa contradição conseguiu ser equilibrada até 1981, quando o início da recessão econômica fez eclodir a ‘crise da previdência’<sup>26</sup>.*

Em 1975 e 1977 foram realizadas, respectivamente, a 5ª e a 6ª Conferências Nacionais de Saúde. Estas legitimaram propostas que envolviam a atenção à saúde das populações marginais, que previam a participação comunitária. A partir deste período, o Ministério da Saúde implementou programas de alargamento da cobertura, em atendimento às áreas rurais e também a difusão, sobretudo, dos programas nos quais, tradicionalmente, eram obtidos bons resultados, como os programas de vacinação. No entanto, o exemplo maior dos programas de extensão de cobertura foi o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (Piass)<sup>27</sup>.

O movimento sanitarista foi sendo cada vez mais ampliado, por meio de contatos e alianças com os outros movimentos pela democratização do país. Foi realizada, em março de 1980, a 7ª Conferência da Saúde, que tinha como finalidade debater assuntos relacionados à implementação do Prevsau. Esta conferência foi influenciada pela diretriz estratégica da Organização Mundial da Saúde na Conferência de Alma Ata, em 1978 e pela experiência da implantação do Piass<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 404.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 404.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 406.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 407.

Após o período ditatorial, com a nova redemocratização<sup>29</sup> do Brasil, ocorre a 8ª Conferência Nacional da Saúde que realizou importante debate acerca da constitucionalização efetiva do direito social à saúde, sugerindo um Sistema Único de Saúde. A implementação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiramente a universalização do atendimento; depois a incorporação do Inamps ao Ministério da Saúde, e finalmente a Lei Orgânica da Saúde que fundou o SUS.

Ressalta-se a tardia criação do SUS e do reconhecimento constitucional deste direito social. Desde a institucionalização da saúde por um ministério único e independente em 1953 passaram-se 35 anos até a criação do SUS ser determinada pela Constituição brasileira de 1988.

#### 4. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

A proteção constitucional do direito à saúde se inicia na referida carta magna no artigo 6º, garantindo expressamente à saúde como um direito social:

*Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Além disso, a constituição de 1988 em seu artigo 196 garante a universalidade deste direito, e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito:

*Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

Outro aspecto importante derivado do artigo 196 foi à criação de um órgão centralizado, o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 a 200), capaz de ordenar as políticas de saúde de um modo uniforme e igualitário, realizando as ações de prestação que busquem a satisfação deste direito social.

É importante ressaltar que o artigo 23, II, estabelece competência comum entre a União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a concretização deste

---

<sup>29</sup> Por redemocratização entende-se como um processo de transição política que deu fim a um regime ditatorial. A primeira redemocratização ocorreu em 1945, com o fim do Estado Novo (1937-45), golpe militar implementado pelo governo de Getúlio Vargas. A segunda transição aconteceu em 1985, com o fim do Regime Militar (1964-85).

direito. No entanto, o artigo 24, XII, delimita como concorrente entre União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre a saúde. A combinação destes artigos indica a intenção da constituição que questões de grande relevância social, como a saúde, não sejam prejudicadas por dúvidas de competência, sinalizando que todos os órgãos do poder público devem cooperar para a satisfação deste direito e que se responsabilizam solidariamente pela sua implementação.

Por todo o exposto, resta claro que atualmente o Estado Democrático de Direito encarrega-se de tornar possível o equilíbrio entre a concretização das liberdades por meio dos direitos sociais, o desenvolvimento econômico do país, e as condições necessárias para participação da sociedade na tomada de decisões estatais.

Especificamente acerca do direito social à saúde, observa-se que a Constituição de 1988 incumbiu-se de enfrentar, por meio de uma série de comandos constitucionais, os diversos problemas de implementação deste direito ressaltados pelos sanitários brasileiros ao longo da história. Percebem-se as seguintes características próprias ao direito à saúde e os seus respectivos dispositivos: (1) o federalismo mostra-se eficaz para centralização da formulação das medidas pelo governo federal, pois a formulação de políticas de saúde deve ser ordenada e universal, atingindo de forma igualitária todos os seus beneficiários, em todas as partes do território nacional. Para tanto, a competência concorrente determinada pela constituição garante que é responsabilidade da União legislar sobre esta matéria, e os Estados e Distrito Federal naquilo que o governo federal for omissis – art. 24, XII; (2) a criação de um órgão concentrador de políticas de saúde, o Sistema Único de Saúde – SUS, e a obrigatoriedade que todos os entes da federação integrem o sistema, permitindo que a execução das medidas se dê em conformidade com as próprias regras do SUS, garantindo assim sua unidade, subordinando todos os entes à gestão nacional, cabendo a União e aos Estados a responsabilidade de cooperarem técnica e financeiramente e aos municípios a descentraliza e com a municipalização da saúde os municípios ganham poder para organizar à saúde de acordo com sua realidade específica – art. 30, VII e art. 198 a 200; (3) a responsabilidade solidária entre todos os entes da federação visando com isso que a execução das políticas de saúde não seja prejudicada por conflitos de competência, buscando que os poderes públicos cooperem entre si na execução das tarefas e objetivos enunciados – art. 23, II; (4) a possibilidade de subjetivação deste direito social, garantindo que caso o poder público seja omissis na sua concretização, o beneficiário possa exigir judicialmente sua satisfação – art. 196.

## 5. CONCLUSÕES

A problemática dos direitos sociais está permeada pela questão da efetividade. Quanto mais direitos sociais são consagrados, mais difícil é efetivar sua prestação. Isso se deve ao fato de os direitos a prestação implicarem uma ação positiva do Estado que gera um custo, uma parcela do seu orçamento. Somado a isso, pode-se destacar as dificuldades orçamentárias inerentes aos países em desenvolvimento - no qual o Brasil está inserido - e o resultado é a ineficiência sistemática das políticas públicas.

A questão central é reconhecer que a concessão sem critérios da prestação pode inviabilizar a máquina estatal. Portanto, se faz necessário estabelecer critérios para o controle judicial de políticas públicas quando requeridas judicialmente, racionalizando os recursos Estatais de modo a propiciarem uma isonômica distribuição para todos os indivíduos em situação similar.

## 6. REFERÊNCIAS

- BERTOLLI FILHO, Claudio. A gripe espanhola em São Paulo. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- DALLARI, Sueli. O conteúdo do Direito à Saúde. In O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Brasília: CEAD/UnB, p. 89-102, 2008.
- ESCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008, p. 392-393.
- LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira república. Raça, ciência e sociedade. Organizado por Marcos Chor Maio, Ricardo Ventura Santos, - Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996, p. 23.
- PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva. Viagem científica pelo norte da Bahia, sudoeste de Pernambuco, sul do Piauí e de norte a sul de Goiás. Memórias do Instituto Oswaldo Cruz, 1916.
- SILVA, Fernanda Xavier. As constituições da Era Vargas: uma abordagem à luz do pensamento autoritário dos anos 30. Política & Sociedade (Impresso), v. 9, p. 01-288, 2010.
- TEIXEIRA, S. M. F. (Coord.) Antecedentes da Reforma Sanitária. Textos de Apoio. Rio de Janeiro: PEC, Ensp, 1988, p. 50.



---

# *A RESPONSABILIDADE MÉDICA PELAS CONSEQÜÊNCIAS DA RECUSA DE TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS POR ADEPTOS DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ*

---

*Heberth de Jesus Sales Rego<sup>1</sup>*

**Resumo:** O tema abordado neste artigo remete ao conflito entre a crença religiosa, autonomia do paciente e o ato médico, no qual todos os envolvidos podem tomar decisões legitimadas, logo, tornou-se um assunto polêmico e complexo na sociedade civil, fazendo com que muitos casos acabem sendo levados ao Poder Judiciário. O conflito instaura-se diante dos princípios que se divergem: a liberdade de crença religiosa, a autonomia sobre o próprio corpo e a ética médica para salvar vidas. Os adeptos da religião Testemunhas de Jeová possuem uma concepção bíblica que os leva à recusa de qualquer tratamento médico que envolva transfusão sanguínea, pois para estes sectários, o sangue é considerado sagrado aos olhos do Deus, levando-os a abstenção deste. Portanto, os adeptos desta religião optam por tratamentos médicos alternativos desde que não sejam oriundos de sangue. No aspecto jurídico, esse contexto é bem complexo, pois instaura grande divergência entre as opiniões médicas, jurisprudenciais e de doutrinadores jurídicos. Como mencionado anteriormente, estes direitos encontram-se amparados na Constituição Federal Brasileira de 1988, precisamente no caput do artigo 5º, onde podemos encontrar a proteção dada à vida e à liberdade; no inciso VI, do referido artigo, a legislação assegura a proteção ao direito à liberdade de crenças. Ao tratar de temas como esse, onde ocorrem conflitos de direitos fundamentais, o Estado fica incumbido

---

<sup>1</sup> Graduando do 5º semestre do curso de bacharelado em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Pará - UFPA E-mail: hebert\_engenheiro@hotmail.com

de proteger, quando necessário, a garantia dos direitos assegurados ao cidadão. Desta forma, o presente artigo abordará estes conflitos de direitos fundamentais e analisará de forma sistemática a conduta médica a ser tomada diante destes casos com base no estudo da Responsabilidade Civil médica pelas conseqüências.

**Palavras-chave:** Testemunhas de Jeová; Responsabilidade Civil; Religião; Direito; Médicos.

**Abstract:** The boarded subject in this article sends to the conflict between the religious belief, autonomy of the patient and the medical act, in which all the involved ones can take legitimate decisions, then, an controversial and complex subject in civil society became, making with that many cases finish being led to the Judicial Power. The conflict is founded ahead of the beginnings that are disagreed: the religious the autonomy, freedom of worship on the proper body and medical ethics to save lives. The adepts of the religion Witnesses of Jehovah possess a biblical conception that takes them to the refusal of any medical treatment that involves transfusion sanguine, therefore for these sectarian ones, the blood is considered sacred to the eyes of the God, having taken them it abstention of this. Therefore, the adepts of this religion opt to alternative medical treatments since they are not deriving of blood. In the legal aspect, this context is well complex, therefore it finds great divergence between the medical, jurisprudenciais opinions and of legal doutrinadores. As mentioned previously, these rights meet supported in the Brazilian Federal Constitution of 1988, precisely in the caption of the article 5º, where we can find the protection given to the life and the freedom; in interpolated proposition vi, of the referred to article, legislation assures the protection to the right to the freedom of worship. When dealing with subjects as this, where conflicts of fundamental rights occur, the State stays charged to protect, when the necessary, the guarantee of the rights assured to the citizen. In such a way, the present article will approach these conflicts of fundamental rights and will analyse of systematic form the medical behavior to be taken ahead by these cases on the basis of the study of the medical Civil liability for the consequences.

**Keywords:** Witnesses of Jehovah; Civil liability; Religion; Right; Doctors.

## 1. INTRODUÇÃO

A análise da responsabilidade médica pelas conseqüências da recusa de transfusões sanguíneas por adeptos da religião Testemunhas de Jeová remete ao confronto entre a crença religiosa, a autonomia do paciente e o ato médico, no qual todos os envolvidos possuem respaldo na lei, este tornou-se um assunto polêmico e complexo na sociedade civil, fazendo com que muitos casos acabem sendo levados ao Poder Judiciário. O conflito instaura-se diante dos princípios

que se divergem, são eles: a liberdade de crença religiosa, a autonomia sobre o próprio corpo, e a ética médica para salvar vidas. Ao se tratar de temas como esse, que ocorrem conflitos de direitos fundamentais, fica o Estado incumbido de proteger, quando necessário, a garantia dos direitos assegurados ao cidadão.

A pesquisa apresentará uma análise dos direitos e deveres dos médicos, assim como os direitos que amparam a recusa por partes dos adeptos da religião em estudo, buscando responder o problema central: A recusa pelo adepto da religião Testemunhas de Jeová diante da transfusão sanguínea gera responsabilidade civil e penal médica?

A partir daí, buscaremos esclarecer as seguintes questões que norteiam a pesquisa: Como deve ser solucionada a suposição de um paciente Testemunha de Jeová recusar-se a transfusão sanguínea? O médico que realizar a intervenção deve responder civil e criminalmente? Como resolver o conflito entre o Direito à vida x Direito à liberdade de crença religiosa? A pesquisa tem como objetivo geral analisar a responsabilidade médica diante da recusa de transfusão sanguínea por adeptos da religião Testemunhas de Jeová, e identificar os efeitos civis e criminais resultantes deste ato, e também avaliar a ilegalidade da recusa de transfusão sanguínea por motivos religiosos; analisar o conflito entre os direitos fundamentais que envolvem o tema; interpretar a visão do operador do direito de como deve ser solucionado esse conflito e se há responsabilidade médica ao realizar a transfusão sanguínea diante de situações de emergência em pacientes adeptos dessa religião; e analisar os efeitos civis e criminais resultantes da responsabilidade médica diante de casos como esse.

Para levar a efeito a pesquisa e realizar o estudo para responder o problema colocado, foi utilizado o método indutivo, onde as realidades dos fatos foram observadas e daí tirado as conclusões necessárias, fazendo uma abordagem qualitativa para explicar os resultados obtidos. Tratando-se de uma pesquisa descritiva, onde foram observados os fatos, descritos e interpretados. Caracterizando-a bibliográfica e jurisprudencial, por fazer o uso de livros, artigos, processos e jurisprudências.

As teorias, conceitos e análises presentes no artigo estão distribuídas em 5 tópicos: o primeiro, *"A ilegitimidade do direito de recusa às transfusões sanguíneas por motivos religiosos"*, que apontará as teorias e princípios que fundamentam a recusa por parte dos religiosos; o segundo intitulado *"Responsabilidade médica"*,

abordará os efeitos civis e médicos provenientes das conseqüências pela recusa de transfusão sanguíneas pelos adeptos da religião Testemunhas de Jeová; e por fim, o terceiro tópico “Análise e interpretação dos dados” fará considerações sobre os principais elementos e princípios que norteiam a pesquisa, apresentando os dados obtidos através da pesquisa de campo realizada.

## **2. A RESPONSABILIDADE MÉDICA PELAS CONSEQUÊNCIAS DA RECUSA DE TRANSFUÇÕES SANGUINEAS POR ADEPTOS DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

A recusa dos adeptos da religião testemunha de Jeová em receber transfusões sanguíneas sempre foi objeto de muita polêmica e críticas, despertando a atenção dos meios de comunicação social acarretando debates entre a comunidade médica e jurídica.

O presente trabalho ressalta a colisão dos direito de liberdade (religiosa) e o direito à vida, frente à possibilidade de recusa da transfusão sanguínea dos pacientes que praticam a religião Testemunhas de Jeová, analisando sistematicamente a responsabilidade médica pelas conseqüências desta recusa.

A saúde, na Constituição Federal Brasileira é considerada direito social contida no artigo 6º entre os demais direitos sociais, como educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência ao desamparado, portanto é considerado também um importantíssimo bem jurídico da personalidade, logo, ter saúde é possui condições mínimas de dignidade física e psíquica a fim de se enquadrar em uma sociedade de direitos, sendo essencial ao ser humano, por este motivo a sua importância como um direito de personalidade estando diretamente ligada com o direito à vida.

O presente projeto enfatiza a recusa do tratamento médico na hipótese em que uma atividade prestacional obrigatória (dever do médico em realizar a transfusão sanguínea), na efetivação do direito à saúde, surge contrapondo uma liberdade negativa, ou seja, quando um paciente não deseja se submeter a este tratamento médico por convicções pessoais.

O direito à vida é um princípio amplamente protegido, juridicamente, na Constituição Federal do Brasil juntamente com o direito à liberdade de crenças

religiosas, contudo, tais princípios se contrapõem quando se analisa o direito de recusa à transfusão sanguínea por motivos religiosos.

A religião das Testemunhas de Jeová, defende um dogma bíblico que impede a aceitação de transfusões sanguíneas, pois segundo os adeptos, a alma do ser humano está presente no sangue e ao submeter-se a uma transfusão seria aceitar o recebimento da alma de outra pessoa juntamente com os seus pecados. Portanto, há passagens bíblicas que dissertam expressamente a proibição da utilização de sangue para consumo e, conseqüentemente, estende esse conceito para a transfusão sanguínea, conforme consta nas passagens bíblicas: Gênesis (9: 3-4), Levítico (17: 10) e Atos dos Apóstolos (15: 19-21).

De acordo com o livro de Gênesis:

*Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis. (GÊNESIS 9:3,4).*

O livro de Levítico:

*E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo. (LEVÍTICO 17:10)*

E de acordo com o livro Ato dos Apóstolos:

*Por isso julgo que não se deve perturbar aqueles, dentre os gentios, que se convertem a Deus. Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do sangue. Porque Moisés, desde os tempos antigos, tem em cada cidade quem o pregue, e cada sábado é lido nas sinagogas. (ATOS 15:19-21).*

Portanto, com base nestas passagens da Bíblia, os adeptos da Religião Testemunhas de Jeová fundamentam sua recusa de transfusão sanguínea, pois segundo seus dogmas, trata-se de um pecado gravíssimo. A fé merece respeito e todas as crenças têm seus dogmas. Para as Testemunhas de Jeová, a rejeição de tratamento com uso de sangue e derivados para si e aos filhos, seja qual for a circunstância, é ponto fundamental de seus preceitos religiosos.

A liberdade de consciência e de crença, alinhadas à supremacia da liberdade de manifestação do pensamento, completam o princípio de que nenhuma pessoa pode ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser por força de

lei e tal princípio está assegurado na Constituição Federal do Brasil. Portanto, ninguém pode ser constrangido a renunciar sua consciência, sua fé e seus princípios religiosos, pois caracterizaria uma violação do direito de liberdade de escolha e iniciativa de querer e decidir, pois liberdade religiosa e de manifestação são direitos invioláveis. (LOPES, 2009)

Evidentemente que a Administração Pública não possui a prerrogativa de avaliar e fazer julgamentos de valores religiosos, mas respeitá-los e preservá-los. De acordo com o ponto de vista do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (2001), fundamentado em um parecer jurídico dado à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová através da Revista dos Tribunais:

*[...]o paciente tem o direito de recusar determinado tratamento médico, no que se inclui a transfusão de sangue, com fundamento no art. 5º, II, da CF. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade). [...] Como não há lei obrigando o médico a fazer a transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que sejam adeptos da religião 'Testemunhas de Jeová', e que se encontrarem nesta situação, certamente poderão recusar-se a receber o referido tratamento, não podendo, por vontade médica, ser constrangidos a sofrerem determinada intervenção. [...] Mesmo sob iminente perigo de vida, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa.<sup>1</sup>*

O renomado constitucionalista também elaborou um parecer quanto aos casos de recusa em que envolve menores incapazes, dizendo: «Quanto aos pais ou demais responsáveis, é preciso deixar certo que não há negligência ou qualquer espécie de culpa quando solicitam aos médicos que usem meios alternativos para o tratamento de sangue em seus filhos. A recusa a uma determinada técnica médica pelos pais ou responsáveis, quando não se tem algumas outras vias, que atingem até melhores resultados do que a técnica padrão (sempre presente um alto risco de contaminação por diversas doenças), não é suficiente para configurar a culpa em qualquer de suas modalidades.

*[...] Em verdade, o que os pais querem é salvar a vida dos seus filhos por métodos alternativos, sem que com isso tenha-se de pagar um alto preço que seria a violação de princípios religiosos que lhe são por demais caros. (Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas - Parecer jurídico dado à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová - RT 787, pp. 506).*

Portanto, contrariar a livre decisão do paciente, seu familiar, responsável ou representante legal, se incapaz ou incapacitado de consentir, será constranger ilegalmente e assumir o risco de responder civil e criminalmente.

Os praticantes da Religião Testemunhas de Jeová, movidos pelo desejo de serem preservados seus princípios religiosos, costumam transportar um cartão de identificação ou uma declaração onde afirmam não admitir procedimentos terapêuticos que envolvam transfusões de sangue, objetivando, também, tranquilizarem os médicos, tentando isentá-los da responsabilidade por qualquer resultado adverso proveniente da recusa, apresentando sempre este documento ao serem internadas em um hospital.

Porém, estas medidas não são suficientes para eximir o médico da responsabilização civil e criminal ao se defrontar com situações onde a vida do paciente dependerá inteiramente do seu agir. Entretanto, há situações em que o profissional precisa fazer o que entende ser correto para salvar a vida do enfermo, mesmo contra a sua vontade ou dos familiares.

As Testemunhas de Jeová criaram uma rede mundial de Comissões de Ligações com Hospitais (COLIH), incumbidas de orientar equipes médicas sobre alternativas para evitar a hemotransfusão ou ajudar pacientes que desejam ser transferidos a hospitais que usam procedimentos alternativos. Contudo, quando for realmente necessário tornando-se realmente impossível retardar o procedimento para a utilização de outro meio substitutivo ou alternativo face ao risco da morte inevitável que sobrevirá ao paciente, o médico não se submeterá a constrangimentos e deve efetuar a transfusão, mesmo sem consentimento, pois, se deixar de aplicar aquele tratamento e o paciente falecer, estará sujeito a sérias consequências legais.

O Conselho Federal de Medicina editou uma resolução orientando o médico a como deve proceder quando tratar de pacientes que, por motivos diversos, inclusive de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue. As diretrizes são estas:

*Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:*

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis. (RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80)

Havendo tempo hábil sem causar riscos ao paciente, o respeito ao direito de crença deverá ser preservado e o primeiro procedimento a ser adotado pelo profissional será buscar um tratamento alternativo. Esta medida é a que mais se compatibiliza com as normas médicas e com os direitos do paciente, assegurados pela ordem constitucional. Sendo aconselhável, entretanto, que o médico ou o hospital tomem nota destas observações no prontuário médico e, sempre que possível, obtenham do doente, familiares ou responsáveis, uma declaração registrando a recusa de submeter-se ao tratamento proposto. (LEME, 2005)

Em regra geral, mesmo com divergência de algumas decisões e opiniões doutrinárias, a jurisprudência tem decidido que o direito à vida se sobrepõe à liberdade de crenças, baseada no entendimento de que as convicções religiosas não podem prevalecer perante o bem maior que é a vida. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, independentemente do consentimento e mesmo contra a vontade deste, familiares ou responsáveis, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Significa dizer que, presente o perigo de morte, o médico tem o direito-dever de agir em benefício do paciente para lhe salvar a vida. É que a vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião.

A religião está presente na vida das pessoas e das comunidades políticas desde o início das civilizações. A condição humana nela tem buscado, ao longo dos séculos, respostas para questões existenciais básicas, relacionadas ao sentido da vida, ao mundo à volta e à posteridade. Desde as teocracias que assinalaram as primeiras civilizações, passando pela adoção do cristianismo pelo Império Romano, até chegar ao direito divino dos reis, que legitimava o poder no Estado absolutista, religião e política caminharam juntas na história da humanidade. Em nome da religião, foram lutadas guerras diversas, pelos séculos afora, que incluíram as cruzadas contra o islamismo e os embates entre católicos e protestantes. (DWORKIN, 2001)

No Brasil, a proteção da liberdade religiosa começou tímida na Carta Imperial de 1824, que consagrava o catolicismo romano como religião

oficial e adotava o regime do padroado, conferindo à autoridade secular – no caso, o Imperador – poder sobre a administração da Igreja Católica no país. Esse cenário mudou, após o advento da República, com o Decreto nº 119-A/1890, editado pelo Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, que extinguiu o padroado, proibiu a fixação de religiões oficiais e a discriminação por fundamentos religiosos, além de garantir a liberdade religiosa e a personalidade jurídica das igrejas. A partir desse marco, a separação entre Estado e religião seria mantida e desenvolvida pelas Constituições republicanas. A Carta Constitucional de 1988 aprofundou o tratamento do tema em diversas disposições, instituindo ampla proteção às confissões religiosas, como se verifica das normas destacadas abaixo:

- a) igualdade de todos, “[...] sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput);
- b) não violação da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”, garantida, ainda, “[...] na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI);
- c) praticar assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII); iv) a possibilidade de prestação de serviço alternativo pelos que aleguem escusa de consciência para eximir-se de obrigações gerais, inclusive em relação ao serviço militar obrigatório (arts. 5º, VIII, e 143, § 1º);
- d) proibição de estabelecimento, subvenção ou embaraço de cultos pelo Poder Público, ou de relações de alianças e dependências com denominações religiosas, sempre ressalvando, “na forma da lei, a colaboração de interesse público” (art. 19, I);
- e) imunidade de “templos de qualquer culto” a impostos de todos os entes (art. 150, VI, b);
- f) possibilidade de se ministrar ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, sendo facultativa a matrícula (art. 210, § 1º); e
- g) atribuição de efeitos civis ao casamento religioso (art. 226, § 2º).

Portanto, presume-se que a ordem jurídica brasileira não é hostil quanto à prática da religiosidade, embora rejeite a criação de religiões oficiais ou a subvenção de credos pelo Erário, a Constituição tutela amplamente a liberdade religiosa e traça inúmeras relações entre o Estado e as religiões por meio de

medidas como a previsão de assistência religiosa, de ensino religioso nas escolas públicas e de colaborações de interesse público, além da possibilidade de alegar escusa de consciência para se eximir de obrigação imposta a todos. Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a laicidade, mas não prega o laicismo – compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso. A ordem constitucional reconhece a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia. (DWORKIN, 2001)

Concluindo-se que a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. (DWORKIN, 2001)

Como se pretendeu demonstrar, a dignidade humana apresenta duas perspectivas que se complementam. A dignidade como autonomia tutela a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas escolhas, notadamente as de caráter existencial, dentre as quais se inclui a liberdade religiosa. A dignidade como heteronomia envolve a imposição de padrões sociais externos ao indivíduo, o que, no caso concreto, significaria a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular do direito. As duas dimensões da dignidade, como visto, não se excluem, muito embora se possa identificar uma primazia da dignidade como autonomia, tanto pela ótica filosófica moral contemporânea quanto no sistema constitucional brasileiro. As conclusões aqui sustentadas alinham-se a essa premissa. Sem a pretensão de veicular verdades objetivas e absolutas, passa-se à demonstração das razões pelas quais se afigura mais consistente com os princípios constitucionais o ponto de vista que tolera a recusa de determinados tratamentos médicos pelas testemunhas de Jeová, em respeito à sua convicção religiosa. (DWORKIN, 2001)

As testemunhas de Jeová dogmatizam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias contrariam as leis divinas previstas em inúmeras passagens bíblicas. Daí a interdição à transfusão de sangue humano,

que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, os adeptos desta religião somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. (LEME, 2009)

A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira.

Não cabe ao Estado interferir no mérito da convicção religiosa, bastando penas constatar a sua seriedade. Em outras palavras, o que interessa não é julgar o que está certo ou errado nos dogmas sustentados pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção. A proteção seletiva excludente a determinados dogmas religiosos equivaleria à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito. (BASTOS, 2001)

A única avaliação legítima de que se pode cogitar diz respeito à seriedade do fundamento religioso ou do que pode ser razoavelmente qualificado como religião. Porém, isso não está em questão no que diz respeito às testemunhas de Jeová, confissão tradicional que existe desde o final do século XIX e conta, segundo suas próprias informações, com aproximadamente 6 milhões de adeptos em mais de 230 países. Vale o registro de que, na linha da conclusão que se acaba de enunciar, a recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová é aceita em diversos países, dentre os quais a Itália, a Espanha, os EUA e Canadá. Além disso, tal possibilidade foi incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000, dispondo que todo paciente deverá ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas tendo o direito de aceitar ou recusar tais procedimentos. Tem-se presente, que a liberdade religiosa é uma das formas por que se explicita a liberdade. Compreende-se que não há verdadeira liberdade de religião quando não se legitima o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito à liberdade religiosa reflete o seu direito de livre manifestação.

Dessa forma, deve-se respeitar os preceitos de ordem pública, isto é, as imposições legais, protegendo o direito dos indivíduos de manifestarem a orientação religiosa por eles seguida, sendo-lhes assegurado o direito de recusa à prática de atos que atentem contra as suas convicções religiosas (BASTOS, 2001).

Admitindo que o artigo 5º da Constituição Federal normatiza como inviolável a liberdade de consciência e de crença, o mesmo dispositivo legal dispõe, no entanto, que ninguém deverá ser privado de seus direitos por motivos de crença religiosa ou de convicções filosóficas ou políticas. Portanto, mesmo que haja previsão constitucional acerca do direito à crença, vale ressaltar que nenhum direito é absoluto, pois encontra limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal. Assim, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deve ser utilizado a ponderação ou método de harmonização, partindo da análise que a Constituição Federal também protege o direito à vida (AMARAL, 2009).

Portanto, conforme elucida Amaral (2009, p. 1) “A ninguém é dado o direito de dispor da vida, de modo que o direito à liberdade religiosa não pode sobrepor ao direito à vida, constituindo dever de todos preservá-la”.

O direito à vida está previsto no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal e este consiste não só no direito de ter sua vida ceifada pelo Estado ou por algum particular, mas também á uma vida digna, ou seja, a projeção do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, Artigo 1º, Inciso III da C.F. (BRASIL, 1988).

Esse direito fundamental à vida é protegido e serve como prerrogativa do indivíduo ao estabelecer um limite da atuação estatal. Dessa forma, é previsto como inviolável, havendo a obrigação do Estado e de particulares em não realizar condutas que atentem contra o direito à vida. Em um Estado Democrático de Direito, não se permite a disponibilidade do direito à vida, por reconhecer a supremacia da dignidade da pessoa humana como fundamento mais relevante e por entender que a vida é um pressuposto básico para que se manifestem os outros direitos fundamentais que, em conjunto, formam o substrato mínimo necessário à dignidade da pessoa humana. (LEME, 2005).

Vale registrar, como argumento lógico, que a própria etimologia da expressão “direito à vida digna” pressupõe uma existência inicial de vida, para a posterior

obtenção da sua dignidade, sendo esta uma qualidade da vida. Resumindo, poderá haver vida sem dignidade, mas nunca dignidade sem vida. (MACEDO, 2006).

Conforme entendimento de Cernicchiaro (1999) o bem da vida não é passível de disposição, pois, o Direito Penal Brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância à vida (bem jurídico), daí ser indisponível, ou seja, o homem não pode dispor da sua vida. A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida seja estimulada a mudar de idéia, o que provocaria efeito contrário se instaurando inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento da pena.

O direito à vida é pressuposto material do exercício dos demais direitos, constitui antecedente lógico do direito fundamental à liberdade e apenas será por este sobrepujado havendo manifestação consciente do paciente, invocando de forma incontestada a sua vontade de não realizar a transfusão, desde que não esteja em estado de perigo iminente. Portanto, nos casos em que é possível o tratamento alternativo, a transfusão sanguínea torna-se desnecessária, prevalecendo liberdade religiosa do paciente e respeitando-a. Todos os pacientes, nessa condição, são tratados, sem a administração de sangue, por via endovenosa, mediante, principalmente, a infusão de fluidos (soro à base de cloreto de sódio, ringer etc.) e a administração de eritropoetina exógena e de expansores sintéticos de plasma. A terapia transfusional só é utilizada quando há risco de vida e a infusão de fluidos e demais terapias alternativas são insuficientes. Eis que surge, nesse entrave, não apenas um problema médico, mas também jurídico de difícil solução (MENITOVE, 1997).

A recusa do paciente em efetuar transfusão sanguínea não pode ser comparada com os casos de aborto e eutanásia porque, diferentemente deles, não é um ato de escolha pela morte. A recusa em realizar a transfusão sanguínea não é a causa direta da morte da pessoa, este é apenas um procedimento indicado para restaurar a saúde do paciente, apesar de não prometer a cura, pois, o que colocou a vida humana em risco foi uma doença ou a realização de um procedimento cirúrgico prévio que exige a realização da transfusão. Veja:

*“Permitimos que um indivíduo prefira a morte a uma amputação radical ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo, porque reconhecemos o direito que ele tem de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores.”*  
(DWORKIN, 2001, p. 319).

A questão da autonomia está relacionada à idéia de integridade, à permissão da valorização dos valores, das convicções e interesses de cada um. O jurista americano Dworkin, compartilha a idéia de que o Direito permite que cada um conduza a sua própria vida, ao invés de se deixar conduzir ao longo desta, pois as normas jurídicas têm o dever de tutelar os direitos relacionados à autonomia da vontade.

O Direito é um dos instrumentos sociais mais eficazes para frear os impulsos humanos e impedir decisões baseadas na vontade de apenas um ou de poucos indivíduos, porque a lei tem o objetivo de nortear o caminho e os fundamentos das escolhas mais relevantes. Portanto, voltando à apreciação do caso concreto, se o Estado decidir que um indivíduo tenha sua dignidade destruída ou ao menos profundamente abalada, porque entende que a vida humana tem mais valor, há que se rever todo o fundamento do Estado de Direito na sociedade brasileira, a começar pela disposição do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. (LOPEZ, 2006)

Um Estado que pratica o referido juízo de peso também deveria ser compelido, por exemplo, a alimentar diariamente as milhares de crianças que acabam morrendo de desnutrição por falta de alimento, de doenças decorrentes da falta de saneamento básico, pessoas que morrem pela falta de medicamentos e de vagas nos hospitais, enfim, todas as milhares de causas indiretas das incontáveis mortes diárias no Brasil de uma maioria excluída e miserável. (LOPEZ, 2006)

A vida humana tem que ser o motivo para promover a dignidade sempre com o objetivo de preservá-la, porém respeitando a vontade do indivíduo. Se a testemunha de Jeová for obrigada a realizar o procedimento que viola profundamente suas convicções, poderá até sobreviver à doença ou à operação, porém terá uma sobrevivência sem dignidade pessoal, provavelmente apartada de seu meio social, e profundamente abalada em sua integridade, seu amor-próprio, suas perspectivas. (LOPEZ, 2006)

Havendo a recusa do tratamento por parte do paciente praticante da religião Testemunha de Jeová ou de seu representante legal, analisando o caso específico, poderá ser solucionado a critério médico nas situações de emergência, ou através da tutela jurisdicional, quando houver a necessidade de se recorrer a esse meio de resolução de conflitos. Nesse último caso, o médico pode obter uma liminar, autorizando a realização do tratamento. O médico é o único árbitro, que deve tomar as decisões nas situações de emergência em face do iminente perigo

de vida, sendo que em alguns casos, não há tempo, para se recorrer ao poder judiciário. (LOPEZ, 2006)

Constantino (1998), interpretou como sendo o médico quem vai definir se é necessária uma transfusão de sangue ou outro tratamento alternativo; sendo a transfusão necessária, o profissional da medicina não pode omitir-se de aplicá-la, em razão da religião de seu paciente, pois a vida é o direito maior, irrenunciável, de ordem pública.

### **3. RESPONSABILIDADE MÉDICA**

O médico, no exercício de sua profissão, deve obedecer aos conceitos éticos interpostos na sua atividade. Ele deve se dedicar, ter respeito pela vida e buscar agir sempre com cautela e diligência, evitando que seu paciente sofra, sinta dor e/ou tenha perdas irreparáveis. Os acontecimentos advindos em virtude de sua profissão, assim como a responsabilidade médica, podem suscitar efeitos nas esferas: civil, ética e criminal.

A responsabilidade médica é tratada desde os primeiros vestígios do Direito, como o Código de Hamurabi, que responsabilizava o médico caso não tivesse sucesso em sua atuação. Atualmente, é comum a incidência de ações na seara jurídica que visam debater a responsabilização médica e, por isso, essa responsabilidade é muito discutida em casos em que se cogita a necessidade ou não de realizar o procedimento de transfusão sanguínea em pessoas adeptas da religião Testemunhas de Jeová.

O médico se depara com uma situação bem delicada perante a recusa do paciente por convicções religiosas, pois o profissional de medicina adota o compromisso profissional e ético de “salvar vidas”, entretanto, por outro lado, o médico, ao realizar a transfusão sanguínea contra a vontade do paciente, estaria realizando um procedimento não consentido, o que pode acarretar consequências de natureza civil e penal.

Desta forma, surge o grande impasse que, de um lado há a autonomia do paciente em não aceitar o tratamento médico por motivo de crença religiosa; e de outro lado há a autonomia do médico em atuar de forma a zelar pela saúde e vida do paciente. Em situações como esta, deve o médico analisar os dispositivos éticos e legais vigentes para dar um direcionamento na sua conduta a ser realizada.

Fundamentalmente, vale ressaltar o artigo 5º da Constituição Federal, que aborda dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tendo a vida como o principal deles, da qual emanam todos os outros, até mesmo a garantia à liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença religiosa abrange a liberdade de cultos, assim como a possibilidade de o indivíduo se orientar de acordo com os costumes religiosos estabelecidos.

### **3.1 Responsabilidade Civil**

O surgimento da responsabilidade civil se dá a partir do momento em que as regras são violadas, ou seja, há a necessidade de haver o descumprimento de uma norma para que possamos configurar responsabilidade civil. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil está regulamentada no Código Civil Brasileiro, especificamente no artigo 186 que dispõe que perpetra ato ilícito aquele que, “[...] por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.”

O Código Civil também regulamenta a responsabilidade civil em seu artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A princípio, a responsabilidade médica não decorre de um direito específico da sua profissão, e sim do conceito genérico de responsabilidade, ilustrado na obrigação, atribuída por lei, a quem causa prejuízo a terceiros, de botar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão.

Para averiguar a responsabilidade civil médica, deve-se fazer uma análise quanto à intervenção médica sem o consentimento prévio do paciente, levando em consideração a sua autonomia de vontade, pois o ordenamento jurídico tem como objetivo coibir a intervenção que ponha em risco os direitos dos pacientes.

### **3.2 Responsabilidade Penal**

Dependendo da conduta adotada pelo médico, diante de um caso em que haja a necessidade de intervenção cirúrgica ou realização de um determinado tratamento, assim como da manifestação da vontade do paciente, pode emergir

a responsabilização criminal deste profissional da medicina, tanto por ação, quanto por omissão.

Desta forma, questiona-se a responsabilidade penal do médico ao se deparar com situações em que ele julga necessário a realização de transfusão sanguínea no paciente, e este, por ser adepto a religião Testemunhas de Jeová, não autoriza o procedimento, mesmo sendo alertado pelo médico que corre risco de morte.

Diante de tal entendimento, questiona-se a possibilidade de responsabilização criminal do médico, ao submeter o paciente ao tratamento sem sua autorização ou de um responsável, pelo crime, previsto no art. 146 do Código Penal, de constrangimento ilegal. Observemos:

*Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:*

*Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.*

*Aumento de pena*

*§ 1º – As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.*

*§ 2º – Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º – Não se compreendem na disposição deste artigo:*

*I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;*

*II – a coação exercida para impedir suicídio.*

De acordo com o aludido dispositivo, a responsabilidade criminal do médico é extinta quando é realizada a intervenção médica sem o consentimento do paciente ou de seu responsável em caso de iminente perigo de vida.

Além da extinção da responsabilidade criminal quando é realizado o procedimento em caso de perigo iminente de morte ao paciente, o Código de Ética Médica também prescreve que é vedado ao médico:

*Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. [...]*

*Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal*

*de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.*

Os artigos mencionados acima resguardam o respeito e a defesa da vida do paciente, por outro lado, mostra que, a vontade do paciente ou de seu representante legal não deverá prevalecer em casos de iminente risco de morte.

Assim sendo, com a finalidade de melhorar o entendimento acerca da responsabilidade penal do médico, conclui-se que, se o paciente adepto da religião Testemunha de Jeová encontra-se em estado de vida grave ou apresente sinais de perigo imediato, que de fato é indispensável a hipótese de transfusão sanguínea, é admissível ao médico decidir em realizar a transfusão, sem que venha a ser responsabilizado por isto (França, 2001).

Foi publicado no dia 30 de novembro de 2014, processo de nº 0014859-61.2014.402.5101, da 26ª Vara Federal Fluminense, em que a Justiça Federal autorizou transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová, que recusou o tratamento por motivos religiosos. Na decisão, prevaleceu o entendimento de que o direito à vida se sobrepõe à garantia dada pela Constituição Federal em relação à liberdade de crença religiosa, desta forma, o hospital não poderia ser responsabilizado e a conduta da equipe médica não poderia ser configurada como crime de constrangimento ilegal.

Diante disso, pode-se observar que os Tribunais Superiores vêm seguindo essa mesma linha de raciocínio, ou seja, a possibilidade de realização de transfusão sanguínea, ainda que contra a vontade do paciente adepto da religião Testemunhas de Jeová, quando houver risco de morte para o paciente. Aludem que a vontade do paciente deve prevalecer somente quando não houver urgência ou perigo de morte, caso em que deverá se buscar tratamento alternativo.

Portanto, mesmo nos casos em que o médico realizar o procedimento de transfusão sanguínea contra a vontade do paciente (nos casos de iminente perigo de vida) não poderá resultar a responsabilidade civil ou criminal, pois estará acatando o que determina o Código de Ética, especialmente o disposto nos artigos 46 e 56. Vejamos:

*Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.*

*Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.*

Como visto, os pesquisadores do direito e também os profissionais da área médica defendem o direito do médico em realizar o procedimento de transfusão sanguínea, ainda que contra a vontade do paciente, quando este se encontrar em iminente perigo de morte. Tal posicionamento está amparado no disposto do artigo 146, § 3º, inciso I, do Código Penal, pois sua consulta se justifica, plenamente, em estado de necessidade, que afasta a responsabilidade criminal.

#### 4. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS

Conforme foi abordado anteriormente, podemos observar que há um conflito entre os adeptos da religião Testemunhas de Jeová e os direitos fundamentais e isto gera uma grande polêmica, não havendo a possibilidade de estabelecer uma solução em favor de um princípio sem que haja o detrimento do outro.

Para levar a efeito a pesquisa e realizar o estudo para responder o problema colocado, através do método indutivo, observamos a realidade dos fatos e o posicionamento dos envolvidos nessa problemática, são eles: 02 adeptos da religião Testemunhas de Jeová acerca do caso; 01 analista jurídico; e 01 médico. Vejamos alguns relatos:

Os adeptos da religião em estudo, quando indagados sobre a recusa da transfusão sanguínea e a recusa a este procedimento, foram unânimes.

*Entrevistados 1 e 2: Nós procuramos o melhor tratamento médico possível. Quando ficamos doentes, consultamos médicos com experiência em realizar tratamentos e cirurgias sem sangue. Reconhecemos os avanços que foram feitos no campo da medicina. De fato, os tratamentos sem sangue desenvolvidos para ajudar pacientes Testemunhas de Jeová agora são usados para beneficiar outros pacientes. Em muitos países, qualquer paciente pode escolher evitar os riscos decorrentes de transfusões, como doenças transmitidas pelo sangue, reações do sistema imunológico e erro humano.*

Posteriormente, perguntamos a respeito de iminente perigo, onde a única alternativa é a transfusão de sangue, qual procedimento deve ser adotado.

**Entrevistado 01:** *É comum cirurgiões realizarem procedimentos complexos, como operações cardíacas, cirurgias ortopédicas e transplantes de órgãos, sem o uso de transfusões de sangue. Os pacientes, incluindo crianças, que não recebem transfusão geralmente se recuperam tão bem quanto, ou até melhor, do que aqueles que aceitam transfusão. De qualquer modo, ninguém pode dizer com certeza que um paciente vai morrer se recusar uma transfusão ou que vai sobreviver se aceitá-la.*

Quando perguntados o motivo da recusa à transfusão sangüínea:

**Entrevistado 02:** *Existem vários motivos médicos para evitarmos transfusões de sangue. No entanto, o mais importante é que Deus nos manda nos abster do sangue porque ele representa a vida, que é algo sagrado para Deus, conforme Levítico 17:11; Colossenses 1:20.*

Para conhecermos o outro lado da questão, entrevistamos um médico, o Dr. Daniel Cesar Sales da Silva, inscrito no CRM-PA 10.405, Médico do Serviço de Urgência e Emergência do HSM e Médico plantonista da Santa Casa de Misericórdia.

**Pergunta:** *Em um caso de iminente perigo, onde a única alternativa para salvar a vida de um paciente Testemunha de Jeová seria a transfusão sanguínea, qual procedimento você adotaria?*

**Dr. Daniel Silva:** *Seria obrigado a transfundir o sangue para o paciente, uma vez que, sendo este procedimento indispensável para a manutenção da vida do paciente, deixar de fazê-lo seria crime de negligência e omissão, mesmo sendo a vontade do paciente contrária a realização do procedimento.*

**Pergunta:** *Há jurisprudências que atribuem a responsabilidade civil ao médico que realiza o procedimento sem o consentimento do paciente. Qual a sua opinião a respeito disso?*

**Dr. Daniel Silva:** *Considero que a ausência de legislação, definindo de forma clara e objetiva, como proceder em tais situações, extremamente prejudicial a classe médica brasileira. A medicina tem como princípio maior preservar a vida de seus pacientes, independente de sua orientação religiosa, e assim é ensinado a todos os médicos formados no Brasil. Se existir exceção a tal princípio, que esta seja colocada de forma clara, em letra de lei, e não a depender da opinião deste ou daquele jurista.*

Ademais, como o tema trata-se de um conflito entre direitos, entrevistamos o Msc. Paulo Mauricio Sales Cardoso, Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará e Professor de Direito Constitucional da Universidade da Amazônia. Vejamos:

**Pergunta:** A questão da recusa de transfusão sanguínea por adeptos da religião Testemunhas de Jeová traz um duelo entre princípios; de um lado o direito a vida e de outro o direito a liberdade de crença religiosa. Como resolver este impasse?

**Msc. Paulo Mauricio:** Quando uma relação jurídica envolve um conflito de princípios de igual nível, no caso, dois princípios constitucionais, a técnica da ponderação pode ser utilizada, a partir das peculiaridades do caso concreto.

**Pergunta:** Nos casos em que o médico realiza o procedimento sem o consentimento do paciente, ele deverá ser responsabilizado civil e criminalmente?

**Msc. Paulo Mauricio:** A posição do médico quando ocorre tal conflito é muito delicada; ocorre que o sistema constitucional brasileiro é garantista e prega, como regra, a inviolabilidade e a indisponibilidade do direito à vida; embora possa ocorrer o processo contra o médico que realiza o procedimento sem a autorização do paciente, em caso de risco de morte não vislumbro uma possibilidade concreta de condenação do médico, seja no âmbito civil seja no criminal.

**Pergunta:** Se tratando de menor incapaz, em estado de iminente perigo, onde a sua sobrevivência depende de transfusão sanguínea e os pais/responsáveis não autorizam o procedimento, deve o médico ignorar ou atender a decisão destes?

**Msc. Paulo Mauricio:** A Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo tem como princípio basilar a proteção integral da criança, de sorte que, sob o aspecto jurídico, a posição mais consentânea é a inviolabilidade e a indisponibilidade do direito à vida, de sorte que a transfusão de sangue deve ser realizada quando houver risco de vida do paciente.

Diante destes dados, podemos perceber que não só a justiça, mas os médicos também vêm se adequando e compreendendo a necessidade do indivíduo de poder fazer suas escolhas, que pode se beneficiar de métodos alternativos para, ao mesmo tempo, preservar sua vida e sua liberdade religiosa. Não há solução definida para o assunto, cada caso deve ser analisado de uma forma em que os valores e interesses sejam ponderados, para que assim encontre a melhor solução possível de um determinado caso concreto.

## 5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o tema abordado é extremamente delicado e cada vez mais recorrente, estando o profissional médico, obrigado a realizar o procedimento da transfusão sanguínea em pacientes praticantes da religião Testemunha de Jeová, mesmo sem o seu consentimento ou de seu representante legal, nos casos de iminente risco de morte.

Tal entendimento foi concluso com base em análises das legislações que regem sobre a matéria e alicerçadas em decisões jurisprudenciais, além da primazia do princípio constitucional de direito à vida que se sobrepõe ao outro princípio de direito à liberdade religiosa.

Portanto, quando ocorrer situações onde a única alternativa para salvar a vida do paciente é a realização do procedimento de transfusão sanguínea, antes de executá-lo é aconselhável a conversa prévia com o paciente e/ou seu representante legal informando sobre a obrigatoriedade de efetuar este procedimento e o médico deverá, sob pena de ser responsabilizado pelas conseqüências, proceder a transfusão para tentar salvar a vida deste paciente.

Além disso, o prontuário médico deve conter toda descrição fática, bem como ter o apoio da equipe de saúde atuante, tudo de forma a gerar uma atuação médica ética, legal e transparente para com o paciente.

Contudo, quando ocorrer situações onde não há risco eminente de morte e o paciente necessitar de fluidos sanguíneos, o médico deverá optar por tratamentos alternativos que consistem utilização de fluidos plasmáticos com propriedades similares ao sangue, que segundo alguns especialistas, são mais benéficos e diminuem a probabilidade do paciente contrair outras doenças como HIV, Hepatite, dentre outras.

## REFERÊNCIAS

AMARAL. P.M. Decisão permite que hospital faça transfusão de sangue em testemunha de Jeová In: ADIBERJ - Associação dos Diáconos Batistas do Estado do Rio de Janeiro, jun. 2007. Disponível em: [www.noticias.gospelmais.com.br/](http://www.noticias.gospelmais.com.br/)

BASTOS, Celso Ribeiro. "Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas", in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 787, maio/2001, pp. 493-507.

- BÍBLIA, Português. A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Resolução CFM Nº 1931/2009. Código de Ética Médica
- CERNICCHIARO, L.V. Transfusão de sangue. CD-ROOM. Juris Síntese nº18, jul./ago. 1999.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.021/80 de 26 de setembro de 1980. Dispõe sobre casos de pacientes que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>
- CONSTANTINO, C. E. Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro. Revista Jurídica, n. 246, p.51-52, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas — Parecer jurídico dado à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. RT 787/1990.
- DWORKIN, R. Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. \_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Deontologia Médica e Bioética. In: CLOTET, Joaquim (Org). Bioética: meio ambiente, saúde pública, novas tecnologias, deontologia médica, direito, psicologia e material genética humano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. 128 p. Disponível em: [www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica1.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica1.pdf). Acesso em: 25/09/2016.
- LEME, A. C. R. P. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6545](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6545)
- LOPEZ, A. C. D. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977)
- MACEDO, T. F. A ponderação de interesses e o paciente Testemunha de Jeová. In: DireitoNet, Artigos. 05/06/2006. Disponível em: [www.direitonet.com.br/artigos/x/26/64/2664](http://www.direitonet.com.br/artigos/x/26/64/2664)
- MENITOVE, J. E. Transfusão sangüínea. In: CECIL, R.L. Tratado de medicina interna. 20 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997.



---

# *DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE – SEGUNDA PARTE*

---

*José Alfredo dos Santos Júnior*

## **1. A CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA DA MODERNIDADE, A RAZÃO TRANSVERSAL, O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE**

### **1.11. A constituição transversal como proposta de superação do acoplamento estrutural**

A partir deste momento, as breves reflexões que se seguem concentram-se nos contributos teóricos da teoria dos sistemas. Como já vimos, o jurista Marcelo Neves propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais pelo conceito de racionalidade transversal com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as esferas da sociedade. Neste sentido, considera a constituição não apenas como um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas como um mecanismo da racionalidade transversal entre a política e o direito. Na verdade, o autor defende o transconstitucionalismo como fator de integração sistêmica da sociedade hipercomplexa, todavia com uma forma diferenciada de comunicação entre as esferas. Neste contexto, os acoplamentos estruturais, em essência, constituem mecanismos de interpenetrações entre subsistemas sociais. Ocorre que estas interpenetrações apenas possibilitam que cada sistema ponha reciprocamente à disposição do outro complexidade desordenada, o subsistema que a recebe possui apenas uma complexidade

incompreensível por operar com outros códigos<sup>1</sup>. Neste sentido, fica excluída a possibilidade de que a complexidade de um subsistema torne efetivamente acessível ao outro. O autor parece partir deste problema comunicacional entre os subsistemas para sustentar a construção de uma racionalidade transversal entre as esferas autônomas de comunicação, como um mecanismo estrutural que possibilite o intercâmbio construtivo entre os subsistemas ou discursos. E conclui com a ideia de que racionalidade transversal e acoplamento estrutural seriam afins, pois a afirmação da primeira pressupõe a existência do segundo, entretanto, a noção de racionalidade transversal importaria um *plus* em relação à de acoplamento estrutural<sup>2</sup>. O desafio que se levanta agora é refazer o caminho da construção do conceito de acoplamento estrutural na escrita de Luhmann para uma devida compreensão do mecanismo e a partir daí verificar se é possível a sua superação pela ideia de racionalidade transversal.

Decerto devemos principiar pela distinção entre acoplamento estrutural, acoplamentos operativos e relações causais. Há duas variantes para os acoplamentos operativos: um é a autopoiesis, que consiste na produção de operações do sistema mediadas por operações do próprio sistema e a outra descansa na simultaneidade assumida entre o sistema e o seu meio ou o seu ambiente. Na verdade, esta simultaneidade permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com aquelas que o sistema atribui ao meio, por exemplo, a possibilidade de cumprir uma obrigação legal por meio de um pagamento ou sugerir o consenso ou dissenso político promulgando uma lei. Os acoplamentos operativos entre o sistema e o meio são possíveis apenas em intervalos instáveis de eventos<sup>3</sup>. Fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema assume determinadas características de seu ambiente, baseando-se estruturalmente nele. O acoplamento estrutural é uma “forma” constituída de dois lados, neste sentido é uma distinção, pois o que é incluído é tão importante quanto o que é excluído. Se por um lado as formas de acoplamento estrutural são restritivas, por outro facilitam a influência do meio sobre o sistema<sup>4</sup>. Como o sistema é determinado pelas suas próprias estruturas e somente pode ser especializado pelas próprias operações, os eventos do meio não podem intervir como “*inputs*”, nem sequer na esfera dos acoplamentos estruturais. Neste sentido, os acoplamentos estruturais somente podem suscitar irritações.

---

<sup>1</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, p. 291.

<sup>2</sup> NEVES, op. cit., p. 33.

<sup>3</sup> LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 440.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 441.

Portanto, os conceitos de “acoplamento estrutural” e de “irritação” encontram-se condicionados entre si de maneira recíproca<sup>5</sup>. Convém esclarecer que o meio ou o seu ambiente não é irritado ao irritar o sistema e apenas um observador pode formular a afirmação de que o meio irrita o sistema. O sistema registra a irritação somente no âmbito das próprias estruturas. Portanto, o conceito de irritação não contradiz a tese da clausura operativa autopoietica e da determinação estrutural do sistema, mas ao contrário, as pressupõem<sup>6</sup>. Os acoplamentos estruturais garantem a simultaneidade do sistema e do meio na sucessão respectiva de eventos, mas não a sua sincronização<sup>7</sup>. Eles garantem apenas uma suficiente especificidade para o reconhecimento de irritações multifacetadas, ou por outros termos, facilitam a concentração da irritabilidade. E é justamente isto que pressupõe o isolamento do sistema frente aos estímulos do entorno que não se apresentam por meio dos acoplamentos estruturais<sup>8</sup>.

Para Luhmann a conformação do direito é uma função do sistema sociedade, que resultará do acoplamento estrutural. Devido a diferenciação do sistema social surge, adicionalmente, uma nova relação sistema/meio dentro do sistema sociedade, a saber: o do sistema jurídico com seu meio social interno. Qualquer que seja a relação sistema/meio os acoplamentos estruturais nunca introduzem normas do meio no sistema jurídico. A única atividade que exercem é provocar irritação. Sem acoplamentos estruturais na relação entre os subsistemas sociais, o direito permanece corrompido. Portanto, eles diminuem e substituem a corrupção e permitem uma maior influência do meio no sistema jurídico<sup>9</sup>.

#### 1.1.1.1. É possível a irritação recíproca entre os subsistemas?

Parece que o problema reside na diferenciação e no acoplamento da autopoiesis de diferentes sistemas funcionais. Numa perspectiva social global o acoplamento propriedade permite que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações no sistema de direito e que as operações jurídicas próprias o sejam no sistema econômico. Isto sem colocar em xeque a clausura operativa

---

<sup>5</sup> Ibid, p. 442.

<sup>6</sup> Ibid, p. 443.

<sup>7</sup> Mais detalhadamente a respeito: LUHMANN, Gleichzeitigkeit und Synchronisation, in Soziologische Aufklärung, vol. V, Opladen, 1990, pp. 95-130.

<sup>8</sup> Idem, Das Recht der Gesellschaft, p. 444.

<sup>9</sup> Ibid, p. 445.

de ambos os subsistemas. Neste sentido, os acoplamentos estruturais são compatíveis com a separação e com a própria clausura operativa dos sistemas<sup>10</sup>. Devemos ter em mente que a abertura do sistema repousa precisamente na sua clausura operativa, assim os subsistemas possuem um estilo de funcionamento bastante precavido que não cede de imediato ante a pressão dos problemas, mas apenas reúne experiências no próprio sistema<sup>11</sup>. Precisamente, a consideração do sistema político como sistema funcional adicional mostra que este sistema é intensamente afetado pela forma de acoplamento estrutural entre os sistemas econômico e jurídico. Basta invocarmos o condicionamento político de um montante expressivo de dinheiro, que circula sob as vestes de tributos. Neste sentido, a abertura e a mútua irritação dos sistemas jurídico e econômico exercem uma atração irresistível sobre o sistema político. O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o econômico converte-se num instrumento do instrumento do poder político, ou seja, é um acoplamento “frouxo” (“*loose coupling*”) de possibilidades que se podem dar formas politicamente aceitáveis por meio de decisões coletivamente vinculantes<sup>12</sup>. Por outro lado, a relação entre o sistema político e o sistema jurídico levanta problemas completamente distintos. Nos Estados Unidos, em finais do século XVIII a constituição aparece como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político<sup>13</sup>. As constituições limitam a influência recíproca entre direito e política. Elas promovem uma limitação das zonas de contato entre ambos subsistemas, o que acaba por gerar um imenso incremento de irritabilidade recíproca. Este incremento proporciona maiores possibilidades por parte do sistema jurídico de registrar decisões políticas na forma jurídica e por parte da política de servir-se do direito para executar seus objetivos. Neste sentido, Luhmann vê a democracia como consequência da transformação do direito em algo positivo e das possibilidades concomitantes de modificá-lo a cada momento<sup>14</sup>.

Ademais, a constituição almeja soluções políticas para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para o problema da auto-referência política. Assim, a constituição conformadora e determinante do estado assume um sentido diferente em ambos sistemas: para o sistema jurídico é uma lei

---

<sup>10</sup> Ibid, p. 453 - 455.

<sup>11</sup> Ibid, p. 467.

<sup>12</sup> Ibid, p. 468.

<sup>13</sup> Ibid, p. 469. Ainda sobre este ponto: LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechthistorisches Journal* 9, 1990, pp. 176-220.

<sup>14</sup> Ibid, p. 471.

suprema; para o sistema político é um instrumento político num duplo sentido de política instrumental – modificadora de situações e de política simbólica – não modificadora de situações<sup>15</sup>. Portanto, é plenamente possível que se desenvolvam separadamente o sentido jurídico e o político da constituição, com possibilidade de incremento da irritabilidade recíproca entre ambos os subsistemas. Sem excluir que os efeitos das irritações recíprocas influem na direção em que os sistemas acoplados desenvolvem-se devido à composição/decomposição das estruturas. Se por um lado o sistema político subordina-se a auto-irritação devida a possibilidade de suscitar uma modificação jurídica. Por outro, a positivação do direito representa um imenso potencial para a ação política, decerto que suscitar uma modificação jurídica é fazer política<sup>16</sup>. O sistema jurídico, quando da formulação de modificações legais, vê-se exposto às influências de caráter político. Mas também com a democratização o sistema político expõe-se a si mesmo quando decide a respeito das iniciativas para a modificação do direito<sup>17</sup>.

### **1.11.2. Qual o papel dos seres humanos no contexto da teoria dos sistemas autopoieticos?**

Para Luhmann o sistema jurídico está obrigado a reformular sua relação com o sistema consciência (“autopoiesis da consciência”). O direito moderno toma isto em consideração ao abstrair do conceito jurídico de direito subjetivo, das normas gerais e socialmente fundadas a reciprocidade<sup>18</sup>. Com isto, a validade jurídica converte-se em algo independente das obrigações de reciprocidade. Àquela somente permite condicionamentos por parte da história mesma da validade jurídica do sistema direito. Assim, todas as pessoas podem adquirir direitos e devem cumprir com as obrigações respectivas, independentemente de sua situação estamentária. O que acaba por impor uma releitura na diferenciação entre direito público e privado, sobretudo neste último quanto aos direitos condicionados pela posição civil<sup>19</sup>. Portanto, na forma de direitos subjetivos prevista pelo direito objetivo o sistema jurídico reclama sua própria atenção a

---

<sup>15</sup> Ibid, p. 478.

<sup>16</sup> Ibid, p. 479.

<sup>17</sup> Ibid, p. 480.

<sup>18</sup> Ibid, p. 483. Aprofundar em: LUHMANN, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für moderne Gesellschaft, in Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. II, Frankfurt, 1981, pp. 45-104.

<sup>19</sup> Ibid, p. 483.

respeito do problema de inclusão das pessoas no sistema jurídico<sup>20</sup>. Não obstante, o sistema e as pessoas separam-se ao diferenciarem-se entre si como sistemas autônomos, neste sentido o sistema será autônomo relativamente às pessoas individuais<sup>21</sup>. Já para Teubner os atores humanos desempenham um duplo papel na teoria dos sistemas: funcionam simultaneamente como “*constructos*” semânticos do sistema jurídico e como sistemas psíquicos autopoieticos independentes pertencentes ao meio do sistema jurídico<sup>22</sup>. Em outras palavras, o ser humano não obstante “exilado” no meio jamais deixa de produzir certas repercussões no seio da sociedade. Se por um lado, a construção social “pessoa” constitui centro de imputação social absolutamente essencial para que a sociedade possa constituir comunicativamente ações através de auto-descrições. Por outro, o sistema social é consideravelmente perturbado em virtude das suas articulações operativas e estruturais com sistemas físicos turbulentos<sup>23</sup>. Neste sentido, a teoria dos sistemas autopoieticos rompe com a unidade do paradigma “indivíduo-na-sociedade” e possibilita “pensar” o pensamento humano e a comunicação social como esferas autônomas que se reproduzem a si próprias de acordo com uma lógica própria e independente. Para alguns teóricos sistêmicos, o sujeito pensante autônomo não se perdeu com autopoiesis, quando muito um tanto descentrado pela concorrência de outros sistemas sociais de comunicação, que possuem mecanismos próprios para compreensão do mundo e para auto-reflexão<sup>24</sup>. Em sentido contrário, Habermas considera que “o conhecimento de sistema auto-referencial é portanto uma realidade, que não pode ser remetida a características que existissem já no objeto ou no sujeito”<sup>25</sup>. Neste sentido, “a assunção de um *a priori* é suplantado pela recursividade”, ou seja, a auto-referente autopoiesis do sistema revela-se irredutível condição do conhecimento, e em última análise substitui-o<sup>26</sup>. Ele vê “o caráter auto-referencial do sistema forjado sobre o modelo próprio do sujeito e a relação entre sistema e ambiente concebida sobre o modelo de um mundo constituído pela consciência transcendental”<sup>27</sup>. Para ele a subjetividade cede ao sistema, pois o sujeito auto-referencial é

---

<sup>20</sup> Ibid, p. 486.

<sup>21</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, p. 346 ss.

<sup>22</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, trad. port. *O Direito como sistema autopoietico*, Lisboa, 1989, prefácio de José Engrácia Antunes, p. 56.

<sup>23</sup> Ibid, p. 93.

<sup>24</sup> Ibid, p. 94.

<sup>25</sup> HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 4ª ed. p. 411 ss.

<sup>26</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 1984, Frankfurt: Suhrkamp, p. 647.

<sup>27</sup> HABERMAS, *Der philosophische ...* p. 426 ss.

substituído pelo sistema auto-referencial. Em outras palavras, a subjetividade agora submete-se às determinações dos sistemas científicos e à realização de projetos programados através de modelos técnicos.

O que permite constituir e diferenciar a sociedade como sistema são as comunicações, recursivamente possibilitadas ou fundadas de “sentido” na própria comunicação, e não nos homens, nas ações, muito menos nas intenções<sup>28</sup>. Para além disso, os participantes individuais constituem uma dimensão fundamental, pois o sistema social forma-se comunicativamente pela interação daqueles. Diferentemente dos elementos constitutivos dos sistemas dos organismos vivos que resultam de reações físico-químicas<sup>29</sup>. Será que o sistema, enquanto conjunto de comunicações, estará em condições de padronizar a contingência humana do mundo, dinâmico e marcado por uma espantosa multiplicidade de possibilidades?<sup>30</sup> Será que o sistema estará em condições de constituir um discurso jurídico eticamente orientado? Será que o sistema, enquanto metáfora, estará em condições de assimilar o “sujeito ético”, o “sujeito de responsabilidade” e o “sujeito do próprio direito” que nosso momento civilizacional reclama?<sup>31</sup> No pensamento luhmanniano o direito desenvolve-se em e com a sociedade. Mas também ele reconhece que apesar de toda elaboração detalhada quanto às estruturas internas, carece-se ainda de um conceito para a unidade do sistema<sup>32</sup>. Parece que a preocupação de Luhmann versa sobre a cooptação do sistema jurídico pelos círculos dominantes. Para ele o pensamento dominante é o pensamento dos círculos dominantes e o sistema jurídico não pode desenvolver-se independentemente de tais idéias. Neste sentido, o direito não faz uso de sua autonomia para produzir e impor uma contracultura própria.

A necessidade de diferenciação do sistema jurídico e sobretudo a assunção de que os valores especificamente próprios do sistema jurídico somente serão alcançados mediante acoplamentos estruturais. Em outras palavras, o sistema apenas pode ser irritado nos seus valores exclusivamente próprios<sup>33</sup>. Decerto, o sistema sociedade realiza-se com a ajuda da diferença entre os sistemas funcionais autopoieticos e os acoplamentos estruturais. O que parece decisivo na

---

<sup>28</sup> IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoria como escándalo, 1990 Barcelona: Antrophos, p. 264 ss.

<sup>29</sup> MATURANA, Man and Society, in F. Bensele, P. Hejl, W. Kock (eds.), p. 11 ss

<sup>30</sup> TRONCARELLI, Barbara, *Aspetti filosoficos del funcionalismo struttural*, p. 280.

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O Funcionalismo Jurídico*, in *Digesta*, vol. III, Coimbra Editora, 2008, p. 299.

<sup>32</sup> LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 491.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 493

escrita luhmanniana é que a realização dos sistemas funcionais autopoieticos e a instauração de acoplamentos estruturais que incrementam as irritações somente podem evoluir de maneira conjunta. Portanto, fala-se de “desenvolvimentos estruturais coordenados”: a irritação recíproca intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória entre os subsistemas<sup>34</sup>.

### **1.11.3. A constituição transversal não se confunde com as “interferências” operativas no sentido de Teubner**

Neste momento, olvidaremos nossos esforços na análise de algumas construções teóricas de Teubner, para compreender em que medida a ideia de construção de uma racionalidade transversal estruturalmente orientada entre as esferas autônomas de comunicação afasta-se da idéia de “interferências” operativas no sentido de Teubner<sup>35</sup>. Principiaremos pela distinção quanto à autopoiesis na escrita de Luhmann e na perspectiva de Teubner. O primeiro autor sustenta a teoria autopoietica do tipo “big bang” do “tudo ou nada”: o direito ou se reproduz ou não se reproduz a si próprio. Um sistema ou é ou não é autopoietico, não há sistemas em parte autopoieticos e em parte heteropoieticos<sup>36</sup>. Não existe algo como uma autopoiesis parcial, que se compreendem como cisões plausíveis das operações e que permitem compreender o processo de autonomização gradual dos subsistemas sociais. Luhmann esforçar-se em pensar operações em vez de estruturas, e neste sentido, as operações devem sempre pertencer ao sistema num certo construtivismo operacional (clausura das operações)<sup>37</sup>. Para que o sistema construa sua própria complexidade é necessário a clausura de operação. Os sistemas autopoieticos estão presos ao seu tipo de operação, tanto no que concerne à produção de suas operações quanto à construção de suas estruturas. Portanto, as comunicações jurídicas como operações do sistema de direito possuem dupla função: ser fatores de produção e de conservação das estruturas<sup>38</sup>.

Toda estrutura deve ser produzida no sistema, mediante a suas próprias

---

<sup>34</sup> Ibid, p. 495.

<sup>35</sup> NEVES, op. cit., p. 33.

<sup>36</sup> LUHMANN, Autopoiesis als soziologischer Begriff, in Sinn Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1987, Frankfurt: Suhrkamp, p. 318.

<sup>37</sup> LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, p. 40.

<sup>38</sup> Ibid, p. 49.

operações, portanto, não há nenhuma determinação estrutural que provenha de fora, só o direito pode dizer o que é direito. O sistema de direito é um sistema cuja operação está ligada à auto-observação, observa a diferença entre sistema e meio e a reproduz mediante suas próprias operações<sup>39</sup>. Assim o sistema jurídico constitui e reproduz unidades emergentes (incluindo-se a si mesmo) que não existiriam sem a unidade de operação<sup>40</sup>. Só é possível falar de autopoiesis e de clausura operativa quando as operações reproduzem-se a si mesmas. Estas operações constroem unidades emergentes, que conseguem reduzir a sua própria complexidade tanto no que concerne ao meio do sistema quanto ao sistema mesmo. A relação completa é substituída por uma relação seletiva que torna possível o acoplamento e a reprodução da rede recursiva autopoietica<sup>41</sup>. A unidade operativa de um sistema traduz o conceito de autonomia. Esta se dá ou não se dá, não é possível falar em autonomia relativa ou grau de autonomia<sup>42</sup>. Neste sentido, onde há autopoiesis, há autonomia. Por outro lado, a clausura operativa do sistema direito realiza-se unicamente no nível de segunda ordem e somente através do código (conforme o direito/não conforme o direito) que só pode ser manejado neste nível<sup>43</sup>. Somente quando os produtos desta forma de observação de segunda ordem referem-se uns aos outros de forma recursiva que o sistema de direito adquire sua unidade na clausura autopoietica<sup>44</sup>. Portanto, a referência ao código garante a capacidade de conexão das operações do sistema dentro do mesmo sistema<sup>45</sup>.

#### **1.11.4. O direito caracteriza-se pela clausura operativa e abertura cognitiva**

O direito opera simultaneamente clausurado na sua operação e aberto cognitivamente<sup>46</sup>. Neste sentido, o sistema jurídico pode tomar em consideração fatos externos, mas somente como informação gerada internamente. O sistema de direito não pode atribuir ao meio normas, mas apenas conhecimentos. Trata-se de uma operação puramente interna e não um processo de transferência

---

<sup>39</sup> Ibid, p. 52.

<sup>40</sup> Ibid, p. 62.

<sup>41</sup> Ibid, p. 54.

<sup>42</sup> Ibid, p. 64

<sup>43</sup> Ibid, p. 70.

<sup>44</sup> Ibid, p. 71.

<sup>45</sup> Ibid, p. 74.

<sup>46</sup> Ibid, p. 77.

de informações<sup>47</sup>. Neste sentido, o direito é normativamente fechado porque só o sistema confere qualidade normativo-jurídica aos seus elementos e cognitivamente aberto porque está submetido à exigência de ter que determinar se certos “pressupostos factuais” se cumprem ou não. A abertura cognitiva não se confunde com o fenômeno da “re-entry”, que reconhece as referências externas da moral, como se estas fossem parte da operação do sistema jurídico mesmo<sup>48</sup>. Entenda-se a re-entry enquanto reconstrução jurídica interna de materiais semânticos exteriores, embora sustentada num consequencialismo limitado e realista<sup>49</sup>. A ênfase dada a tese de que o direito opera em termos normativamente fechados dirige-se desde logo contra a pretensão de que a moral possa valer imediatamente no sistema jurídico. Por que a moral deve ser afastada? Para Luhmann porque o sistema jurídico deve garantir uma consistência suficiente de suas decisões, a partir da apreciação do fato e não do código moral. Pois os programas de moral já não são capazes de consenso. Todavia, admite a possibilidade de uma crítica moral do direito e a coincidência entre as fundamentações éticas e jurídicas<sup>50</sup>.

É possível o direito ceder às pressões externas ou incorporar significados sociais sem por em xeque a sua clausura operativa? Na perspectiva luhmanianna o sistema de direito é órgão da sociedade que tem o papel de dar forma jurídica as concepções mutáveis sobre o mundo. Neste contexto, a autopoiesis continua entretanto de outra maneira: deve-se instalar um “filtro” para que as mudanças de opinião sejam tomadas como motivo de aprendizagem, ou seja, cognitivamente e não como imposição direta de novas normas<sup>51</sup>. Já para Teubner a incorporação pelo direito de significados sociais é um problema que surge em consequência da interação entre clausura operativa e abertura cognitiva. Pois com a abertura cognitiva, o direito relaciona-se com valores sociais, significados sociais. É preciso ter em causa que no contexto de um sistema auto-referencialmente fechado, as incursões são sempre realizadas sob a reserva de uma integração normativa. Assim, o conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referência. Portanto, os significados sociais estão sempre sujeitos à respectiva reformulação jurídica<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibid, p. 84.

<sup>48</sup> Ibid, p. 89.

<sup>49</sup> TEUBNER, *Altera pars audiatur: Le droit dans la collision des discours*, in *Droit et Société*, p. 118.

<sup>50</sup> LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 78.

<sup>51</sup> Ibid, p. 95.

<sup>52</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 75

### 1.11.5. Gunther Teubner: a autopoiesis parcial e o hiperciclo

Retomando a problemática inicial, Teubner possui uma visão bastante peculiar a respeito do sistema jurídico. Ele o enxerga como um sistema cuja autonomia constitui um processo gradativo que tem como ponto de partida a autopoiesis parcial, ou seja, um processo evolutivo de incremento de relações auto-referenciais<sup>53</sup>. Esta interpretação permitir-lhe-á desenvolver um modelo de evolução do direito, onde encontramos sucessivamente a fase de um “direito socialmente difuso”, cujas componentes sistêmicas ainda são produzidas pela sociedade, neste sentido, os elementos, estruturas, processos e limites discursivos confundem-se com a comunicação geral da sociedade, isto é, nesta fase há apenas direito hetero-referencialmente produzido. Posteriormente, identifica a fase de um “direito parcialmente autônomo” na qual aquele discurso constitui e utiliza operativamente os seus próprios componentes, ou seja, atua com componentes sistêmicas já auto-referencialmente constituídas (norma-estrutura, ato-elemento, processo, doutrina). Por fim, a fase de um “direito autopoietico”, na qual os componentes sistêmicos se articulam entre si hiperciclicamente. Portanto, esta fase só se consuma quando as componentes sistêmicas compõem círculos auto-referenciais harmonizados e sobretudo quando estes círculos por sua vez se encadeiam num hiperciclo reprodutor: uma produção efetiva de comunicações jurídicas a partir de outras comunicações<sup>54</sup>.

Motivado por um “imperativo terminológico” Teubner estabelece a distinção entre auto-observação, auto-organização, auto-reflexividade e auto-produção. O termo auto-observação designa a capacidade de um sistema influenciar as próprias operações para além da mera articulação sequencial destas. O sistema constrói as respectivas operações de forma a informar o futuro desenvolvimento das suas próprias operações. Assim, a auto-observação adquire um caráter estrutural transmutando-se em auto-descrição<sup>55</sup>. Neste momento, há apenas auto-descrições das operações jurídicas primárias e das respectivas estruturas, não há ainda produção de direito válido e aplicável, mas tão-só estrutura as operações da sua produção<sup>56</sup>. Já a auto-organização designa a capacidade de um sistema de se estruturar espontaneamente a si mesmo, ou por outras palavras,

---

<sup>53</sup> Cfr. A concepção da autopoiesis parcial foi formulada por ROTH, Gerhard, *Die Entwicklung Kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn*, in *Theorie als Passion*, p. 400.

<sup>54</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 53-92.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 40 - 41.

<sup>56</sup> LUHMANN, *Die Rückgabe des Zwölften Kamels*, in *Autopoiesis in Law and Society*, Florence: UEI Conference Materials, p. 42 ss.

a sua ordem não é imposta do exterior, mas produzida internamente através da interação dos elementos do sistema. Nesta senda, a auto-regulação constitui uma variante da auto-organização que reflete a capacidade de um sistema não apenas de construir e estabilizar as suas próprias estruturas, mas sobretudo de as alterar consoante critérios próprios<sup>57</sup>. Portanto, o sistema jurídico será auto-regulado quando desenvolver normas e processos que permitam a alteração do próprio direito. O sistema auto-reflexivo decorre da combinação entre auto-regulação e auto-descrição de modo que a identidade sistêmica auto-constitutiva seja usada como critério de alteração estrutural<sup>58</sup>. Por outro lado, um sistema diz-se auto-produzido quando produz os seus próprios elementos. Entretanto, a idéia de auto-produção de modo algum implica que as causas estejam localizadas somente dentro do sistema. Teubner considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas e políticas do direito não está excluída, mas lhe é pressuposta. A teoria autopoietica inova apenas quanto a forma particular como aquelas repercutem no sistema<sup>59</sup>.

Assim a autonomia jurídica não exclui, mas antes pressupõe, a possibilidade de interdependência entre sistema jurídico, político e econômico, com a ressalva de esta ser perspectivada como um problema de influência externa sobre processos causais circulares internos<sup>60</sup>. Na verdade, o que particulariza a auto-produção nos sistemas é o fato de este se auto-reproduzir extraindo do fluxo ou sequência de eventos novas unidades que serão depois articuladas seletivamente com os elementos da sua própria estrutura<sup>61</sup>. De todas as formas de auto-referencialidade estudadas até agora, a autopoiesis é a de mais difícil definição e não se confunde com nenhuma das formas referidas. A condição mínima para a existência de um sistema autopoietico é a auto-produção<sup>62</sup>. Para Teubner não há apenas elementos do sistema, mas todos os seus componentes como elementos, estruturas, processos, limites, identidade e unidade do sistema devem ser auto-produzidos. Para além disso, não somente o sistema em si deve ser auto-produzido, mas o próprio ciclo

---

<sup>57</sup> Para um aprofundamento sobre regulação como mutação estrutural sistêmica, cfr. MAYNTZ, Renate, *Steuerung, Steuerungsakteure un Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems*, in: 70 *HiMonDB*, Siegen: Universität, 1986, p. 4 ss; WILLKE, Helmut, *Societal Guidance Through Law*, in A. Febbrajo/G. Teubner (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, 1991, Milano: Giuffrè.

<sup>58</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, p. 42.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 45 e p. 56.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 74. A análise das implicações desta concepção podem ser estudadas no plano da regulação social através do direito desenvolvida no capítulo V da referida obra.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 47.

de auto-produção deve ser capaz de se alimentar a si mesmo<sup>63</sup>. Convém explicitar que esta função de auto-manutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de auto-produção com um segundo ciclo, que garantirá as condições da sua própria produção. É o denominado hiperciclo.

Como já vimos, para Luhmann o sistema de direito é um sistema cuja operação está ligada à auto-observação, observa a diferença entre sistema e meio e a reproduz mediante suas próprias operações<sup>64</sup>. Ele defende uma teoria autopoietica do tipo "big-bang", assim a autopoiesis torna-se apenas possível quando auto-reprodução e auto-descrição coincidem. Esta última retrata operações auto-reprodutivas que permitem a inter-relação de operações individuais por meio da confirmação da respectiva pertença ao sistema. Neste sentido, as auto-descrições introduzem a distinção sistema/meio no seio do próprio sistema, que serve para regular a auto-reprodução<sup>65</sup>. Portanto, os subsistemas sociais perfazem a sua organização autopoietica pela mera produção de elementos próprios. O sistema jurídico atinge a sua clausura operativa com a "descoberta" do ato jurídico, que se reproduz continuamente a si próprio gerando novos atos jurídicos<sup>66</sup>. Por outro lado, Teubner advoga a tese da autopoiesis parcial, que se compreendem como cisões plausíveis das operações e que permitem compreender o processo de autonomização gradual dos subsistemas sociais. Neste sentido, ele propõe um modelo de sistema jurídico onde a autonomia constitui uma realidade gradativa: "direito socialmente difuso", "direito parcialmente autônomo" e "direito autopoietico". Sem excluir evidentemente que ele identifica na autopoiesis os seguintes aspectos, a saber: a auto-produção de todos os componentes do sistema; a auto-manutenção dos ciclos de auto-produção por meio de uma articulação hipercíclica e a auto-descrição como regulação da auto-reprodução<sup>67</sup>. Assim um sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que consiga constituir todos os componentes do sistema jurídico (ações, normas, processos, identidade) em ciclos auto-referenciais, e não apenas os atos jurídicos. Só atingindo o termo perficiente da sua autonomia quando os componentes do sistema, ciclicamente constituídos, articulam-se entre si, formando um hiperciclo<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Ibid, 48.

<sup>64</sup> LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, p. 52.

<sup>65</sup> TEUBNER, Recht als autopoietisches ... p. 51.

<sup>66</sup> LUHMANN, The Self-Reproduction of the Law and Its Limits, in G. Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1985, Berlin: De Gruyter, p. 111 ss.

<sup>67</sup> TEUBNER, Recht als autopoietisches ... p. 52.

<sup>68</sup> Ibid, p. 58 e 66.

O jurista Marcelo Neves sustenta a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais pelo conceito de racionalidade transversal (como mecanismo estrutural) com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as esferas da sociedade. Todavia ele não explica como será este “aprendizado recíproco” entre os subsistemas ou discursos. Tão-somente a invocação da razão transversal transmutada em “racionalidade transversal” não traz luz para o problema que está em causa. Como se operará o “intercâmbio construtivo” sem por em xeque a clausura operativa dos sistemas autopoieticos? Iguamente a afirmação de não se tratar apenas de “interferências” operativas no sentido de Teubner também não esclarece como ocorrerá tal “intercâmbio construtivo” entre os subsistemas sociais<sup>69</sup>. Teubner explica que a emergência da autopoiesis no direito promove uma transposição de funções evolutivas do exterior para o seio do próprio sistema, ou seja, a internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Neste sentido, os mecanismos externos exercem um efeito “modelador” da evolução jurídica, ao passo que os elementos estruturais internos são os principais atores do processo evolutivo. Isto posto, somente sistemas autopoieticamente organizados são suscetíveis de evolução<sup>70</sup>. A evolução pode até ser “estimulada”, mas jamais causada diretamente a partir do exterior. Portanto, a evolução é o resultado da própria comunicação interna dos subsistemas. No sistema jurídico os conflitos sociais apenas “estimulam” os processos sistêmicos, isto é, eles são reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema. Portanto, o direito possui mecanismos evolutivos próprios<sup>71</sup>. Sem excluir que a inovação no direito não é apenas imputável à autopoiesis do próprio sistema jurídico, mas sobretudo, ainda que de modo bastante indireto, à autopoiesis doutros sistemas sociais e da própria sociedade<sup>72</sup>.

#### **1.11.6. Como solucionar os problemas de conciliação entre os subsistemas?**

Para Teubner é comum a ocorrência de problemas de conciliação entre os vários subsistemas e parece que a solução está na introdução voluntária de mecanismos de regulação, destinados a mediar a interação dos sistemas e a renovar os processos de evolução dos subsistemas. Ele propõe como possível

---

<sup>69</sup> NEVES, op. cit., p. 33.

<sup>70</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 113.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 117.

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 123.

saída a regulação social através do direito reflexivo<sup>73</sup>. A partir deste momento vamos olvidar nossos esforços na compreensão da relação entre autopoiesis jurídica e regulação social. O primeiro desafio que se coloca é como compatibilizar a clausura operativa do sistema jurídico com sua pretensão de regulação social? Segundo Teubner a regulação social é implementada por meio de dois mecanismos, *informação* e *interferência*, que asseguram a mediação entre a clausura operativa do direito e a respectiva abertura ao meio. O primeiro gera informação interna a partir do interior do seu próprio sistema. Se por um lado o direito produz uma realidade autônoma que orienta as suas operações sem qualquer contato com o meio. Por outro, o direito encontra-se ligado ao respectivo meio através de mecanismos de interferência intersistêmica. “O direito regula a sociedade regulando-se a si mesmo”, ou seja, hetero-regulação por meio da auto-regulação<sup>74</sup>. É absolutamente imprescindível ter em mente que a autonomia dos subsistemas sociais, concretizada nas relações auto-referenciais, os torna inacessíveis à intervenção jurídica direta. Sendo possível apenas as intervenções indiretas a partir da *observação sistêmica mútua, articulação pela interferência e comunicação pela organização*.

Numa relação recíproca entre duas operações sistêmicas internas diferentemente estruturadas a influência procedente do mundo exterior consiste apenas numa estimulação dos processos internos<sup>75</sup>. Neste sentido, as intervenções do direito na economia, por exemplo, devem ser entendidas como observações recíprocas entre dois subsistemas fechados e autônomos. Pois, o direito “constrói” uma imagem da economia, formulando as respectivas normas com referência a tal imagem. Por outro lado, a economia “inventa” uma imagem do direito, executando os atos de pagamento também com referência a esta<sup>76</sup>. Um passo adiante pode ser identificado na transição da “auto-observação” para “compreensão”, onde o sistema observador reconstrói, com pretensão de igualdade, a auto-referência do sistema observado. No âmbito da teoria dos sistemas fechados a informação é produzida exclusivamente dentro do sistema e não “transferida” de subsistema para subsistema<sup>77</sup>. Neste sentido, a informação não é filtrada, mas selecionada dentro do próprio sistema<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibid, p. 125.

<sup>74</sup> Ibid, p. 130.

<sup>75</sup> Ibid, p. 158.

<sup>76</sup> Ibid, p. 160.

<sup>77</sup> Ibid, p. 161.

<sup>78</sup> Ibid, p. 170.

Quanto à *interferência* esta resulta do processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente. O fenômeno da interferência possibilita o contato direto recíproco entre os sistemas sociais, para além da mera observação sistêmica mútua<sup>79</sup>. Convém precisar que o referido contato direto somente é possível com o meio intra-social. Quanto ao meio extra-social as únicas relações admissíveis são as de observação. O instrumento da interferência funciona como uma espécie de ponte entre os subsistemas sociais, que articulam-se reciprocamente num mesmo evento comunicativo<sup>80</sup>. Isto não significa que a informação seja carreada entre os sistemas através de uma relação direta “*input-output*”. Em nenhum momento a clausura operativa é suplantada, a informação é sempre gerada em cada subsistema social, simultaneamente e na base de um mesmo evento comunicativo<sup>81</sup>.

#### **1.11.7. Quais são as razões que fundamentam o mecanismo da interferência?**

Todos os subsistemas operam numa dimensão de “sentido” e se desenvolvem na base da comunicação. Isto sem falar no fato de que todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos subsistemas constituem, simultaneamente e num único ato, formas de comunicação social geral<sup>82</sup>. Neste sentido, todo ato especializado de comunicação jurídica é concomitantemente um ato de comunicação social geral<sup>83</sup>. Portanto, a interferência mútua entre os sistemas torna possível não apenas a observação sistêmica mútua, mas uma efetiva conexão comunicativa entre sistema e “mundo-da-vida”<sup>84</sup>. Todavia, isto não significa qualquer participação na autopoiesis de cada subsistema, a clausura operativa em nenhum momento é “ameaçada”<sup>85</sup>. Por rigor científico é preciso distinguir interferência de interpenetração<sup>86</sup>. O sistema interferente não está restrito à mera observação sistêmica mútua, mas podem connexionar-se no âmbito das respectivas operações básicas, dada à semelhança dos seus elementos. Ao contrário dos sistemas de interpenetração, os sistemas sociais interferentes têm ao

---

<sup>79</sup> Ibid, p. 172.

<sup>80</sup> Ibid, p. 173.

<sup>81</sup> Ibid, p. 174.

<sup>82</sup> Ibid, p. 173.

<sup>83</sup> Ibid, p. 176.

<sup>84</sup> Ibid, p. 177.

<sup>85</sup> Ibid, p. 178.

<sup>86</sup> Cfr. Sobre “interpenetração” ver LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 1984, Frankfurt: Suhrkamp, p. 286 ss.

seu dispor uma complexidade já ordenada e não “complexidade incompreensível”, ou “desordem”. A interferência realiza o processamento da informação através das fronteiras dos sistemas a partir da articulação de diversas informações num único evento comunicativo<sup>87</sup>. Podemos sintetizar da seguinte forma: na interpenetração nenhuma relação direta é possível em virtude da diferente natureza dos elementos do sistema, salvo imbricações parciais. Já na interferência, o contato direto é possível graças à semelhança da natureza dos elementos<sup>88</sup>.

Retomando a questão central desta pequena digressão, o jurista Marcelo Neves defende a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial a partir de mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas. Sem excluir que ele afirma não se tratar apenas de “interferências” operativas no sentido de Teubner<sup>89</sup>. Como operará esta racionalidade transversal nos subsistemas sociais ou discursos? Como “pontes de transição”? Haverá transferência de informação entre os subsistemas? Haverá algum impacto estrutural entre os subsistemas envolvidos no “intercâmbio construtivo”? A racionalidade transversal será capaz de produzir alguma mudança estrutural ou apenas estimular eventos individuais? Trata-se de um mecanismo de interpenetração? O “intercâmbio construtivo” ocorrerá entre o subsistema e o meio extra-social ou na hipótese do sistema de direito apenas com o meio intra-social? Tal construção parece-nos imprecisa, porque não demonstra como se formará estes mecanismos estruturais, muito menos como promoverá tal “intercâmbio construtivo”.

O mecanismo da interferência é incapaz de desencadear quaisquer efeitos estruturais gerais no sistema regulado. Portanto, o respectivo impacto está sempre limitado ao âmbito do caso individual. Neste sentido, o sistema jurídico para desempenhar o seu papel regulatório necessita recorrer a meios de pressão extra-sistêmicos<sup>90</sup>. Quanto à última espécie de intervenção indireta, a *comunicação pela organização*. Os principais subsistemas sociais (direito, política, economia, ciência) não possuem capacidade de ação coletiva. No intuito de assegurar capacidade comunicativa, estes subsistemas necessitam de

---

<sup>87</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 179.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 180. TEUBNER ainda distingue “interferência de eventos”, “interferências de estruturas” e “interferência de papéis”.

<sup>89</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 33.

<sup>90</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 184.

organizações operacionais capazes de agir<sup>91</sup>. Convém precisar que a ação destas organizações não é vinculativa muito menos representativa para a totalidade do respectivo subsistema. E muito especialmente no intuito de compensar tal falha lançam mão da *organização formal*, que se utiliza também dos mecanismos de interferência intersistêmica. Neste sentido, as organizações formais utilizam comunicações como elementos do sistema, com a particularidade de ser sob a forma de decisões organizacionais. Teubner exemplifica com os sistemas de negociação neocorporativos, que não obstante operem de forma mediatizada e indireta, acabam por estimular a auto-regulação<sup>92</sup>. Para Teubner, nestes processos de transação, o papel desempenhado pelo direito é de menos importância, centrado quase exclusivamente na “regulação processual” (“institucionalização regulativo-procedimental”), ou seja, no fornecimento de formas de organização, quadros processuais e de competências para as relações intra-organizacionais e inter-organizacionais. Poder-se-ia mesmo falar em direito reflexivo<sup>93</sup>.

Mas o que significa reflexividade no direito? Significa quer análise empírica da posição histórica do direito no contexto de uma sociedade funcionalmente diferenciada, quer avaliação e seleção normativa (isto é, referência das seleções operadas no direito a uma identidade auto-definida do próprio direito). O que caracteriza o direito reflexivo é a sua auto-identificação como sistema autopoietico e desta identificação a retirada de consequências operacionais. A questão central na reflexividade do direito é de como ele lida com sua própria autopoiesis e com a dos outros subsistemas sociais<sup>94</sup>. Teubner explica que a “racionalidade interna” do direito reflexivo não se baseia nem num sistema de normas e de conceitos jurídicos definidos com precisão muito menos na lógica meio-fim dos programas jurídicos materiais. O direito reflexivo traduz-se em programas procedimentais mais abstratos, que se dirigem tanto ao metanível da regulação de processos quanto à repartição dos direitos de controle e das competências de decisão. Em outras palavras, o direito realiza sua orientação reflexiva ao fornecer os pressupostos estruturais dos processos de reflexão dos outros subsistemas sociais<sup>95</sup>. Retomando à análise das formas de intervenções indiretas e em tom de desfecho parcial já podemos “decantar” algumas

---

<sup>91</sup> Ibid, p. 191.

<sup>92</sup> Ibid, p. 192.

<sup>93</sup> Ibid, p. 194.

<sup>94</sup> Ibid, p. 138 -139.

<sup>95</sup> Idem, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, in Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, n° 68 (1982), p. 13 ss.

conclusões. Para Teubner *informação e interferência* são os dois mecanismos que asseguram a abertura de sistemas sociais autopoieticamente fechados. Se por um lado o direito produz uma realidade autônoma que orienta as suas operações sem qualquer contato com o meio, a partir da informação do interior do seu próprio sistema. Por outro, o direito encontra-se ligado ao respectivo meio através de mecanismos de interferência intersistêmica. É portanto a combinação destes dois mecanismos que torna possível a regulação social através do direito. Isto posto, o direito torna-se reflexivo, aumenta sua eficácia regulatória e preserva a sua clausura operativa<sup>96</sup>.

Devido à clausura operativa dos sistemas, as suas operações reais não são acessíveis. Se por um lado o sistema produz internamente informação norteadas pelos seus próprios programas e códigos. Por outro, o sistema é exposto ao meio através do mecanismo da interferência, que gera tão-somente perturbação e ruído. Teubner propõe deixar intacto o código do próprio sistema, mas adaptar o “melhor possível” o seu programa às auto-descrições do outro sistema, no que for compatível com aquele código. Todavia o próprio autor reconhece que esta solução tornará o programa sistêmico demasiadamente indeterminado, já que terá uma dupla tarefa: adaptar-se às exigências do meio e manter-se compatível com o código<sup>97</sup>. O maior sacrifício ficaria a cargo da consistência interna do direito, que confessadamente teria que renunciar suas pretensões de universalidade<sup>98</sup>.

#### **1.11.8. Os conflitos intersistêmicos e a ponderação de interesses**

Teubner no intuito de solucionar os “conflitos intersistêmicos” surpreendentemente propõe uma releitura da “ponderação de interesses”, que afasta-a da sua clássica incidência individual ou coletiva e reinterpreta-a no âmbito dos conflitos comunicativos entre os subsistemas sociais<sup>99</sup>. Nesta linha, defende o autor a autonomia relativa dos setores jurídicos, salvo nos casos extremos que esteja em causa problemas de “ordem pública”; a assunção das cláusulas gerais do direito privado como mecanismo de solução de conflitos intersistêmicos; reformulação da relação contratual. Decerto temas importantes, mas que fogem aos estreitos objetivos desta investigação. Segundo os diagnósticos feitos por

---

<sup>96</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 195.

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 209.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 212.

<sup>99</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches ...* p. 225-226.

Luhmann o código não se orienta exclusivamente pelo próprio código. Na verdade, o código representa a maneira como o sistema produz e reproduz a sua própria unidade, entretanto aquele não oferece nenhuma possibilidade de adaptação do sistema ao seu meio<sup>100</sup>. No sistema jurídico os valores direito e não-direito não são propriamente critérios para a determinação do direito ou do não-direito. Em outras palavras, o código impõe distinções mas não consegue por si só torná-las “produtivas”, pois as valências juridicamente lícito/juridicamente ilícito não são em si mesmas critérios para a determinação do juridicamente lícito e do juridicamente ilícito. Portanto, há uma necessidade de “instruções” suficientemente claras, leia-se programas<sup>101</sup>.

Os programas permitem uma discussão “crítica” a respeito dos critérios orientadores do código com a possibilidade de aceitá-los ou rechaça-los<sup>102</sup>. Assim, os programas servem para dar direção a semântica condicionada por um código. Ou por outros termos, o programa é um critério, um “suplemento” capaz de nos orientar se (e como é que) as valências do código são corretamente aplicadas. A distinção codificação e programas contribuirá para resolver o problema da capacidade de adequação do sistema, pois é no âmbito dos programas que é possível a realização de transformações, sem perda de identidade<sup>103</sup>. Na verdade, a programação completa a codificação no âmbito do conteúdo, pois combina invariabilidade com mutabilidade, sem comprometer a clausura operativa<sup>104</sup>. Se por um lado, os códigos permitem diferenciar o pertencimento ou não-pertencimento ao sistema, por outro os programas adjudicam o valor legalidade ou ilegalidade<sup>105</sup>. Convém esclarecer que tanto o código quanto o programa seja como estruturas, seja como momentos da autopoiesis, não são entidades em si mesmas<sup>106</sup>. Destarte, a distinção código/programa permite o sistema jurídico evitar interferências imprevisíveis e incontroladas das condições externas. Em outras palavras, permite o sistema de direito controlar o referencial temporal das interdependências sociais segundo as próprias regras do sistema<sup>107</sup>. Deste modo, a tese de deixar intacto o código do próprio sistema, mas adaptar o “melhor possível” o seu programa às auto-descrições do outro sistema, no que

---

<sup>100</sup> LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, p. 187.

<sup>101</sup> Ibid, p. 189. E ainda Le droit comme système social, in Droit et Société, n° 11-12 (1989), p. 53-66 e Gesellschaft als Differenz, in Zeitschrift für Soziologie, n° 23 (1994), p. 477-481.

<sup>102</sup> Ibid, p. 189.

<sup>103</sup> Ibid, p. 193.

<sup>104</sup> Ibid, p. 204.

<sup>105</sup> Ibid, p. 211.

<sup>106</sup> Ibid, p. 212.

<sup>107</sup> Ibid, p. 213.

for compatível com aquele código peca pelo elevado grau de indeterminação que acometerá ao programa. Quanto à tese do transconstitucionalismo que sustenta a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas. A nossa dúvida reside justamente em que âmbito ocorrerá o “intercâmbio construtivo”. Será no âmbito dos programas?

### 1.12. Suspensão reflexiva sobre o transconstitucionalismo

A partir de agora tentaremos esboçar um breve juízo crítico a respeito da tese do transconstitucionalismo. A simbiose entre a “razão transversal” e “teoria dos sistemas” parece padecer de uma incompatibilidade intrínseca. Principiaremos pela perspectivação da unidade. Welsch, como já vimos, festeja a pluralidade radical, portanto para ele a razão não poderá ser unitarista, ou seja, pretender salvar a unidade a qualquer preço, com a constituição de sínteses últimas ou consensos<sup>108</sup>. A essência da pluralidade está precisamente na possibilidade de dissensos. A razão que reconhece efetivamente a pluralidade não considera fracasso, se ao final da análise não se puder chegar a uma unidade ou consenso. Basta apenas o desejo de unidade, esta poderá existir ou não, mas jamais poderá decorrer de uma imposição/suposição. Welsch definitivamente não pensa a unidade em termos sistêmicos. A razão enquanto pensamento da complexidade não pode conceber-se como uma competência de simplificação, mas sim analítica de mediação e transição entre as constelações racionais, sem qualquer pretensão de concluir em sistema.

Por outro lado, a concepção de um sistema que se quer auto-referencial, ou seja, capaz de produzir a sua própria unidade. Em outras palavras, de produzir como unidade aquilo que “utiliza”, mobiliza como unidade. De maneira que tal unidade resulta da *circularidade* e *recursividade* imanente aos elementos que o integram numa conexão auto-organizada, auto-reprodutiva dos próprios elementos. Por exemplo, Luhmann explica que diferentemente de Kelsen, a unidade do sistema jurídico não é premissa de sua operação. Para ele a unidade do direito não pode ser concebida nem como princípio nem como norma. Pois, a unidade reproduz-se nas operações como resultado, a unidade não pode ser ela mesma uma operação, entre outras, do sistema. Assim, o direito não requer

---

<sup>108</sup> HEGEL, Friedrich, *The Difference Between Fichte's and Schelling's System of Philosophy*, Albany: State University of New York, 1977, p. 90.

para sua “realização” operativa nenhuma estrutura hierárquica para garantir a unidade do direito, quer seja a “*Grundnorm*”, quer seja a constituição. Portanto, a unidade não poderia ser introduzida no sistema, mas seria fruto da *circularidade* e *recursividade* do próprio sistema<sup>109</sup>. Tanto o pensamento da “complexidade” (Luhmann) quanto o pensamento do “pluralismo” (Teubner) reconhecem a pluralidade, todavia apontam soluções de simplificação e descentralizadas obtidas no interior de cada discurso particular. A tese do transconstitucionalismo de manifesto viés sistêmico se quer formal ou carrega também uma dimensão material? É cediço que as construções funcionalistas sistêmicas abandonam a perspectiva material fundamentante, ou seja, sacrifica a dimensão axiológico-normativa<sup>110</sup>. Quando a planificação prefere à instituição de validade material, é possível falarmos de uma verdadeira des-substancialização dos elementos materiais, os quais deixariam de ser “em si” para passarem exclusivamente a “ser para”<sup>111</sup>. Neste contexto, a função do direito seria a de promover a estabilização de expectativas normativas através da regulação da sua generalização temporal, material e social<sup>112</sup>. Portanto, não há uma definição material do direito. Sem excluir evidentemente que para além de renunciar fundamentos e critérios materiais, rejeita ainda a validade numa dimensão antropológico-cultural<sup>113</sup>. O desejo de “redução da complexidade”, ou seja, a criação de sistemas que fomentem a previsibilidade das situações futuras justifica o sacrifício das dimensões materiais?

Contudo, em Teubner já é possível identificar um esquema pós-instrumental do direito, por “carregar as tintas” na reflexividade autopoietica, na ‘regulática procedimental’ e na recursividade auto-referencial<sup>114</sup>. Aqui, ao sistema jurídico cabe a regulação social através do direito reflexivo. Quanto à validade, a tese do transconstitucionalismo orienta-se pelo conceito de validade sistêmica ou convoca a dimensão axiológico-normativa? Para Luhmann a validade afasta-se de qualquer ponderação qualitativa, a validade significa apenas aceitação da comunicação, ou seja, o acontecer autopoietico do sistema jurídico. Não trata da validade a partir de sua qualidade intrínseca, mas tão-só em referência ao direito

---

<sup>109</sup> LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 74.

<sup>110</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O Funcionalismo Jurídico*, p. 225.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 227 e 253.

<sup>112</sup> LUHMANN, *Das Recht ...*, p. 124 ss.

<sup>113</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade*, in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999, p. 90-91 e 103.

<sup>114</sup> TEUBNER, *After Legal Instrumentalism?* in Gunther Teubner (ed.) *Dilemmas of in the Welfare State*, p. 307.

vigente (validade jurídica). Portanto, a validade é um “valor especificamente próprio” do sistema jurídico que surge da realização recursiva das operações próprias do sistema. Neste sentido, a validade resume-se a forma na qual as operações fazem referência a sua participação no sistema, ou seja, a validade é a forma na qual participa da unidade do sistema. Isto posto, validade é uma forma, é o símbolo que marca a diferença entre validade e invalidade. Por fim, a única prova de validade encontra-se na contínua modificação do estado de validade do sistema (na autopoiesis do sistema). Assim, não há nenhuma razão última, mas tão-somente a limitação e o modo de produção de validade<sup>115</sup>.

Nesta senda, o sistema de direito não teria “transcendência”, só o próprio direito pode dizer o que é direito. Numa insuperável tautologia e auto-referente recursividade, o direito é só direito positivo resultante da clausura operativa autopoietica<sup>116</sup>. Esta “radical positividade do direito” recusa qualquer *input* normativo, trata-se de uma auto-reprodução que rejeita qualquer fundamento que lhe seja transcendentemente constitutivo, quer seja teológico, ontológico, antropológico, etc<sup>117</sup>. Esta irrecusável tautologia culmina, sem justificação, numa “validade” sem validade, e precisamente num direito sem validade<sup>118</sup>. Partilhamos do entendimento de que somente a validade, na sua expressão axiológico-normativa, pode oferecer o fundamento a autonomia do direito<sup>119</sup>. A jurista Barbara Troncarelli considera o funcionalismo jurídico sistêmico tecnocrático e neomecanicista de fundo cartesiano (código binário). Mas também em certa medida herdeiro do formalismo Kelseniano. Ela propõe a alternativa de uma dialética meta-sistêmica e meta-formalística de abertura antropológica e pensada em termos sistematicamente inter-relacionais. Ela sustenta um direito marcado por uma intencionalidade material, ou seja, um “direito de princípios”<sup>120</sup>. Para além disso, ela critica a autonomia sistêmica, pois vê nela uma intencionalidade totalitária negadora da iniciativa individual, numa insuperável absorção das partes pelo todo<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> LUHMANN, Das Recht ..., p. 98-110.

<sup>116</sup> *Ibid*, p. 38 ss.

<sup>117</sup> CASTANHEIRA NEVES, O Funcionalismo Jurídico, p. 289.

<sup>118</sup> *Ibid*, 298.

<sup>119</sup> *Ibid*, 306.

<sup>120</sup> TRONCARELLI, Barbara, *Complessità e Diritto – Oltre la ragione sistemica*, 2002, p. 159 ss. Segundo a autora: “Il carattere ‘sistematico’ del ‘metaformalismo’ giuridico significa che i meccanismi cognitivi e operativi di funzionamento ‘sistematico’, basati su una logica funzionale quanto formale e ‘binaria’, o ‘bivalente’ in cui la presenza dello schema ‘se, ... allora’ la rende una logica ‘condizionale’ e ancora causalistica, sono integrati da elementi cognitivi e operativi riconducibili a una logica finalistica in grado di istituire una unità ‘forte’ del sistema. Tale unità sistematica, consistente in una trama complessa di relazioni e ‘interrelazione’ si fonda su quegli elementi cardine che sono i principi giuridici (...)”.

<sup>121</sup> *Ibid*, p. 34.

A “razão transversal” não se confunde, quer com a “razão instrumental”, quer com a “razão finalista” que respectivamente, Max Horkheimer e Max Weber nos caracterizaram. A razão transversal é subjetiva. Quer dizer, trata-se de competência de sujeitos particulares, neste sentido afasta-se tanto da razão objetivada em instituições, tipos de discursos e práticas sociais quanto da razão hipostasiada, substantiva, universal e puramente especulativa. A razão transversal não se realiza fora dos indivíduos: ou se realiza individualmente ou não se realiza enquanto tal. A razão só é real como razão de indivíduos<sup>122</sup>. O discurso sobre razão diferencia-se do discurso sobre racionalidade, pois o primeiro refere-se necessariamente ao momento individual, de sua realização. Neste sentido, a razão transversal apresenta-se estritamente com faculdade de sujeitos, ou seja, como razão subjetiva. A transposição-projeção da razão transversal para a teoria dos sistemas (transconstitucionalismo) parece subverter completamente a percepção da razão como intrinsecamente dependente do momento individual. Parece-nos uma construção que emancipa a razão do sujeito e a conduz direta e imediatamente para o âmbito das construções sistêmicas e funcionalistas.

A defesa da construção de uma racionalidade transversal como um mecanismo estrutural que possibilite o intercâmbio construtivo entre os subsistemas ou discursos tem o mérito de tentar superar a crítica de que a autonomia funcional dos sistemas fecha-se ao entendimento da sociedade como um todo e não é capaz de compreender de uma perspectiva que não seja a de um qualquer sistema parcial. Todavia, não consegue demonstrar claramente como operará as referidas “racionalidades transversais parciais”, as denominadas “pontes de transição” entre os subsistemas sociais. Para além disso, a tese do transconstitucionalismo é um esquema puramente descritivo ou possui também uma dimensão de sentido? A perspectiva sistêmica é descritiva e o sentido demanda uma perspectiva compreensiva, ou seja, uma percepção que não se limite tão-somente a analisar a estrutura, a constituição e operacionalidade de uma certa “função”, mas que trate de questionar o sentido e portanto a validade.

### **1.13. O contributo da tese do transconstitucionalismo para a teoria da constituição**

O jurista Marcelo Neves propõe a superação do conceito de constituição apenas como acoplamento estrutural entre os subsistemas de direito e o político.

---

<sup>122</sup> WELSCH, Vernunft, p. 935.

Em outras palavras, preconiza a compreensão da constituição não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas, mas como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas na política e no direito. O ponto de partida seria entrelaçamentos como “pontes de transição” entre ambos os subsistemas, de modo que permita desenvolver-se uma racionalidade transversal específica<sup>123</sup>. Ele explica que o aprendizado e o intercâmbio ocorrer-se-á através do vínculo entre dois mecanismos reflexivos. Por um lado, a constituição como conjunto de normas de normas, ou seja, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização. E por outro, a constituição política como decisão de decisão, ou seja, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante<sup>124</sup>. Para Neves o conceito de constituição transversal refere-se ao entrelaçamento entre o direito e a política. A tese do transconstitucionalismo pretende delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, no plano de suas estruturas normativas que são auto-vinculantes e dispõe de primazia. Trata-se, portanto, de uma “conversação constitucional” sem pretensão de domínio de uma ordem sobre a outra. Na verdade, o transconstitucionalismo traz de forma subjacente uma peculiar percepção do constitucionalismo, pois considera que as relações normativas transterritoriais “impõe” a abertura do constitucionalismo para além do estado. Em outras palavras, o constitucionalismo não se restringe a uma comunidade política geograficamente determinada. Portanto, os problemas de direitos fundamentais ou dos direitos humanos e as questões de limitação e controle do poder exorbitam as fronteiras dos estados. Neste sentido, alguns problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas e, portanto, reclamam soluções baseadas no entrelaçamento entre elas<sup>125</sup>.

#### **1.14. Como seriam as relações transconstitucionais entre as ordens jurídicas?**

Como seriam as relações transconstitucionais entre as ordens jurídicas?

---

<sup>123</sup> NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*. São Paulo: tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em concurso para provimento do cargo de professor titular de direito constitucional, p. 55. Recentemente publicada como *Transconstitutionalism*, traduzida por Kevin Mundy, *Hart Monographs in Transnational & International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013. Ver ainda *Transconstitutionalism*, *Review in International Journal of Constitutional Law* (2013) 11 (4): 1129-1133.

<sup>124</sup> *Ibid*, p. 56.

<sup>125</sup> NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo...* p. 106.

Seriam relações de *input* e *output*? Trata-se de interpenetração? Ou são apenas interferências? O jurista Marcelo Neves leciona que as diversas ordens jurídicas pertenceriam ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial. Portanto, reproduziriam-se com base no mesmo código binário (lícito e ilícito) e por isso teriam a possibilidade de aprendizado normativo entre elas, haja vista o fato de estarem subordinadas ao mesmo código binário. Ele explica que “o vazio de conteúdo desse código possibilita que o fechamento *normativo* na determinação das normas conforme critérios imanentes à própria ordem (nacional, local, supranacional, internacional ou transnacional) combine-se com a abertura *normativa* no aprendizado recíproco que pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos nos quais duas (ou mais) ordens estejam envolvidas”<sup>126</sup>. Tudo isto ocorrer-se-ia no contexto de um sistema jurídico construído heterarquicamente. Portanto, o que tipifica o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é ser um *constitucionalismo relativo*, quer dizer voltado para soluções de problemas jurídico-constitucionais que invocam, concomitantemente, diversas ordens<sup>127</sup>. O jurista Marcelo Neves considera que os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional não oferecem soluções adequadas para os problemas constitucionais surgidos no sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial, pois levam à perspectivas parciais e unilaterais<sup>128</sup>. Não obstante, reconheça a impossibilidade de eliminar a dogmática constitucional clássica, “carrega as tintas” no discurso de abertura do direito constitucional para além do estado, sobretudo em razão da transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais<sup>129</sup>.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas pode se exteriorizar das seguintes formas, a saber: a) entre direito internacional público e direito estatal; b) entre direito supranacional e direito estatal; c) entre ordens jurídicas estatais; d) entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; e) entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais; e) entre direito supranacional e direito internacional<sup>130</sup>. Stefan Langer considera que a “abertura da estatalidade” trouxe consigo uma “interpenetração entre ordem estatal e internacional”<sup>131</sup>. Assim,

---

<sup>126</sup> Ibid, p. 110 - 111.

<sup>127</sup> Ibid, p. 113.

<sup>128</sup> Ibid, p. 115.

<sup>129</sup> Ibid, p. 116.

<sup>130</sup> Ibid, p. 116 – 207.

<sup>131</sup> LANGER, Stepan, Grundalgen einer internationalen Wirtschaftsverfassung – Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation, 1995, p. 18-35.

os estados constituem o direito internacional público e o direito internacional público constitui os estados. Embora, a soberania do estado decorra da sua qualidade de sujeito de direito internacional público, esta apenas é instaurada mediante os estados como sujeitos de direito internacional<sup>132</sup>. Neste sentido, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e ordem estatal “apresenta-se na forma de uma ‘Constituição’ em que se ‘engatam’ a responsabilidade do estado perante o seu contexto social interno e a sua ‘responsabilidade interestatal’<sup>133</sup>. Portanto, os problemas constitucionais exigem esquemas racionais ou modelos “libertos” das unilateralidades, seja estatocêntrica, seja internacionalista.

### 1.15. O transconstitucionalismo e os direitos fundamentais

O jurista Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo num “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” heterarquicamente orientado está relacionado, de maneira direta ou indireta, com problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos<sup>134</sup>. Para ele, os direitos humanos são expectativas normativas de inclusão jurídica de toda pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social<sup>135</sup>. Portanto, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade<sup>136</sup>. Quanto a esta última característica, Luhmann considera que os direitos fundamentais serviriam à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação, ou, *a contrario sensu*, ao perigo da desdiferenciação<sup>137</sup>. Como se vê, os direitos humanos estariam relacionados ao problema da exclusão, orientando-se para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, sobretudo no direito. Luhmann explica que na forma de direitos subjetivos prevista pelo direito objetivo o sistema jurídico reclama sua própria atenção a respeito do problema de inclusão das pessoas no sistema de direito<sup>138</sup>. Não obstante, o sistema e as

---

<sup>132</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas, Die Emergenz der Globalverfassung, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht n° 63/3, 2003, p. 722 e 728.

<sup>133</sup> NEVES, Marcelo, Transconstitucionalismo... p. 119.

<sup>134</sup> Ibid, p. 222.

<sup>135</sup> Ibid, p. 225.

<sup>136</sup> Ibid, p. 226.

<sup>137</sup> LUHMANN, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, p. 24 ss.

<sup>138</sup> LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, p. 486.

peças separam-se ao diferenciarem-se entre si como sistemas autônomos, portanto o sistema será autônomo relativamente às pessoas individuais<sup>139</sup>. Também funcionalista jurídica sistêmica é a formulação de Teubner que considera que o homem faz parte do ambiente da sociedade<sup>140</sup>. Assim, sustenta os direitos humanos na perspectiva da exclusão do homem da sociedade, ou seja, como forma de garantir a integridade da psique e do corpo perante a sociedade e os seus subsistemas<sup>141</sup>. Ele considera que a questão dos direitos humanos deve ser compreendida como ameaça à integridade do corpo e alma do homem individual por um variedade de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados<sup>142</sup>. Sem excluir evidentemente que os direitos fundamentais estariam vocacionados para a inclusão da pessoa<sup>143</sup>.

Nem inclusão, nem exclusão, mas efetividade! As construções funcionalistas jurídicas sistêmicas parecem “secundarizar” os seres humanos como vimos no tópico “*Qual o papel dos seres humanos no contexto da teoria dos sistemas autopoieticos?*”. O jurista Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instiga, ao mesmo tempo, cooperação e colisão<sup>144</sup>. Assim, as conversações transconstitucionais a partir de “pontes de transição” possibilitariam aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas, sobretudo pelo diálogo entre as cortes constitucionais<sup>145</sup>. Mas por que confinar as potencialidades da razão transversal ao diálogo interjurisdicional (entre os tribunais supremos dos estados)? O transconstitucionalismo auto-limita-se, demasiadamente, na medida em que se restringe à interjurisdicionalidade. Para além disso, quais são os pontos de contato reais, concretos e efetivos entre as ordens jurídicas? A afirmação de que os problemas de direitos humanos ou limitação do poder em alguns casos convoca a concorrência de duas ou mais ordens jurídicas não é suficiente, na medida que não traz nenhum parâmetro balizador das referidas relações. O que inspirará as relações entre as diversas ordens jurídicas heterarquicamente orientadas? Qual será a dimensão de sentido

---

<sup>139</sup> LUHMANN, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, p. 346 ss.

<sup>140</sup> TEUBNER, Global Law without a State, Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 30.

<sup>141</sup> Idem, Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure, in Der Staat n° 45/2, Duncker & Humblot, p. 175.

<sup>142</sup> Ibid, p. 180.

<sup>143</sup> Ibid, p. 175. A respeito de exclusão/inclusão desde a perspectiva da teoria sistêmica e pós-estruturalistas: STÄHELI & STICHWEH (ed.), Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives, Stuttgart, 2002.

<sup>144</sup> NEVES, M., Transconstitucionalismo... p. 228.

<sup>145</sup> Ibid, p. 229.

dos diálogos interjurisdicionais? Mesmo a tese das “constituições civis globais” proposta por Teubner que renuncia a centralidade da constituição no estado (“*constitucionalização sem estado*”) convoca o controle dos conteúdos das normas (no caso na “*lex digitalis*”) com base em critérios de direitos fundamentais<sup>146</sup>. A emergência de várias constituições civis decorreria da constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial<sup>147</sup>. Ele explica quais são as circunstâncias que justificam repudiar para sociedade mundial o modelo nacional-estatal de uma constituição exclusivamente política. Neste sentido, aponta três tendências evolutivas que privariam o pensamento constitucional centrado no estado.

Teubner tem como ponto de partida a “*theory of societal constitutionalism*” do sociológico David Sciulli, que considera que somente a presença de instituições de restrições procedimentais externas na sociedade civil poderia conduzir a um ordem social não autoritária<sup>148</sup>. Como já vimos, na perspectiva sistêmica o papel da constituição e especialmente de seus direitos fundamentais consiste, primariamente, em assegurar a multiplicidade da diferenciação social face às tendências de dominação<sup>149</sup>. Nesta linha, Teubner explica que o processo de constitucionalização trata de liberar o potencial de dinâmicas altamente especializadas. Simultaneamente, também de institucionalizar mecanismos de auto-restrição frente a sua expansão no conjunto da sociedade, que em última análise dirige-se contra a própria diferenciação funcional<sup>150</sup>. A segunda tendência é a “*globalização policêntrica*” que obrigaria a uma modificação profunda dos processos de constitucionalização e de seus titulares. Para Teubner, a globalização é um processo policêntrico, em que os diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos<sup>151</sup>. O resultado seria uma multiplicidade de “*global villages*” autônomas, que desenvolvem-se separadamente, enquanto âmbitos de funções autônomas, com uma dinâmica

<sup>146</sup> TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 63/1, 2003, p. 21-25.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>148</sup> SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, 1992, p. 81.

<sup>149</sup> LUHMANN, *Grundrechte als Institution ...*

<sup>150</sup> TEUBNER, *Globale ...* p. 10.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 11. A perspectiva de uma globalização policêntrica é defendida por teorias muito diversas. Assim, por exemplo, para a teoria neo-institucional de uma cultura global, MEYER, BOLI, THOMAS, RAMÍREZ, *World Society and the Nation-State*, in *American Journal of Sociology*, nº 103, 1997, p. 144-181; para a teoria pós-moderna do pluralismo jurídico, SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995; para as teorias sociológicas de sistemas, STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Suhrkamp, 2000; para os teóricos da sociedade civil global, GÜNTHER, RANDERIA, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Reimers, Bad Homburg, 2001.

própria em escala mundial que não pode ser controlada externamente. Neste sentido, a globalização não significaria capitalismo global, mas a realização em escala mundial da diferenciação funcional<sup>152</sup>. Portanto, o pensamento constitucional centrado na política ver-se-ia privado de sua base<sup>153</sup> e seria a autonomização das constituições parciais de caráter global em rede com outras constitucionalizações globais e nacionais que produziria a competência constitucional<sup>154</sup>. A terceira tendência é a constatação de que a relação entre juridificação e constitucionalização, hoje, já não poderia ficar apenas limitada às comunidades políticas. Neste sentido, a tese de Grocio *ubi societas ibi ius* deveria ser reformulada, sob as condições de diferenciação funcional de setores sociais autônomos. Estes configuram-se mecanismos autônomos de produção jurídica, que mantêm uma relativa distância da política<sup>155</sup>. Portanto, os novos fenômenos de uma juridificação global também implica a possibilidade de que os processos de constitucionalização também tenham lugar fora das instituições estatais e políticas<sup>156</sup>.

O jurista Gomes Canotilho formula três críticas ao “constitucionalismo sem política”, a saber: a) responde mal à legitimação política; b) pressupõe a *desestatização e comercialização/privatização* dos sistemas civis globais; c) convoca sempre “altos graus de politicidade”; d) fica por explicar a sua “acoplagem” com as políticas nacionais, quer estejam ou não plasmadas na constituição<sup>157</sup>. O aspecto que mais diretamente interessa-nos é que mesmo a tese das “constituições civis globais”, que claramente renuncia a centralidade da constituição no estado (“*constitucionalização sem estado*”) convoca o controle dos conteúdos das normas com base em critérios de direitos fundamentais<sup>158</sup>. O esquema heurístico do transconstitucionalismo não traz nenhum parâmetro balizador das referidas “conversações constitucionais”. Parafrazeando Schütz

---

<sup>152</sup> LUHMANN, Die Politik der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, p. 220 ss.

<sup>153</sup> TEUBNER, Globale ... p. 13.

<sup>154</sup> WALTER, Constitutionalizing (Inter) national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law, in German Yearbook of International Law n° 44, 2001, p. 171.

<sup>155</sup> TEUBNER, Globale ... p. 14. Para GUÉHENNO, Jean-Marie: “Regulations and norms are produced not only by negotiations between states, but also by new semi-public, quasi-private or private actors which respond to the needs of a global market. In-between states and private entities, self-regulating authorities have multiplied, blurring the distinction between the public sphere of sovereignty and the private domain of particular interests”, in From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy, in Streeck, Wolfgang (Hg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie, Frankfurt/M: Campus, p. 141.

<sup>156</sup> WALTER, Constitutionalizing ... p. 194.

<sup>157</sup> CANOTILHO, Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado, in “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, 2008, p. 298-300.

<sup>158</sup> TEUBNER, Globale Zivilverfassungen ... p. 21-25.

poderíamos dizer que o transconstitucionalismo sem fundamento material aproxima-se de uma “grande fantasmagoria sistêmica”<sup>159</sup>. Teubner verifica a compatibilidade das regulações privadas com base nos critérios constitucionais, especialmente, os direitos fundamentais. Entretanto, é preciso ter em mente que esta invocação fundamenta-se, precisamente, no efeito perante a “terceiros” dos direitos fundamentais em diversos âmbitos sociais. Neste sentido, as normas “privadas” não se mensurariam com base na constituição política, mas na sua própria constituição. Trata-se de uma dimensão meramente institucional dos direitos fundamentais em âmbitos sociais “privados”. Portanto, os *standards* de direitos fundamentais não são necessários em razão das colisões de direitos fundamentais entre as constituições nacionais, mas por sua racionalidade e dinâmica. Assim, o sistema direito reconhece a racionalidade própria dos processos externos de criação do direito, que traduzem a qualidade de norma jurídica e com isto produz-se uma elevação considerável de seu *status social*<sup>160</sup>. A consequência é “*setting up an internal human rights standard for the international regime concerned*”<sup>161</sup>.

Como se vê, a convocação dos direitos fundamentais, em última análise, está vocacionada a preservar autonomia do sistema face aos outros subsistemas sociais. Em outras palavras, os direitos fundamentais, institucionalmente, invocados destinam-se a preservar os subsistemas autônomos, que possam confrontar-se com as tendências expansivas de alguns sistemas funcionais globais<sup>162</sup>. Decerto o transconstitucionalismo não se confunde com a tese das “constituições civis globais”<sup>163</sup>. Embora distintas as construções formuladas, ambas as teses repousam sobre os mesmos pressupostos teóricos: funcionalismo jurídico sistêmico. Para além disso, o próprio Marcelo Neves consignou “que as constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais e ordens jurídicas mundiais enquanto, nos respectivos planos reflexivos, entrelaçam a autoprodução do direito com a do correspondente subsistema da sociedade”. Neves ainda considerou que a escrita de Teubner sobre “colisões de regimes” e “constituições civis” orienta-se no sentido da busca de racionalidades transversais entre direito e os respectivos subsistemas sociais da sociedade mundial<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Um crítica às “grandes fantasmagorias normativas” de uma política da sociedade mundial encontra-se em SCHÜTZ, *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems, and Observing World Society*, in Teubner (ed.) *Global Law Without A State*, Aldershot, 1997, p. 257-293.

<sup>160</sup> TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen ...* p. 22.

<sup>161</sup> WALTER, *Constitutionalizing ...* p. 197.

<sup>162</sup> TEUBNER, *Regime-Kollisionem: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, 2006, p. 25-33.

<sup>163</sup> NEVES, M., *Transconstitucionalismo...* p. 95.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 98.

### 1.16. Transjusfundamentalidade

Por considerarmos que o potencial da razão transversal não deve ficar confinado à interjurisdicionalidade, ou seja, ao diálogo entre as cortes constitucionais ou tribunais supremos dos estados, esforçaremos-nos na formulação de alguns pontos de partida tendentes à transposição da lógica do transconstitucionalismo para transjusfundamentalidade. A pluralidade de ordens jurídicas decerto impõe a formulação de competências transversais. Em outras palavras, reclama um constitucionalismo intrinsecamente orientado pela transversalidade, ou seja, um constitucionalismo distante das posturas de rigidificação da ideia constitucional. Mas que também dialoga com a *lex mercatoria*, *lex digitalis*, *lex esportivas*, etc. Portanto, a transversalidade com o seu imenso potencial analítico e reflexivo a habilita a condição de ferramenta para enfrentar a pluralidade interna dos casos concretos complexos. Hoje a solução de alguns problemas constitucionais “tocam” várias dimensões sociais e neste contexto a transversalidade poderá trazer um grande contributo. Somente um constitucionalismo intrinsecamente transversal estará em condições de enfrentar os novos desafios trazidos pela modernidade pós-moderna. Somente um “constitucionalismo transversal” estará a altura da pluralidade radical, ora das ordens jurídicas, ora das diversas dimensões dos casos concretos complexos. A nossa defesa de transposição da lógica do transconstitucionalismo para a transjusfundamentalidade repousa na constatação de que a primeira tese não enfrenta o problema da fundamentação. A defesa de “conversações constitucionais” entre as ordens jurídicas permanece vazia, diante da não indicação dos parâmetros balizadores do referido diálogo. A nossa preocupação repousa sobretudo na aceitação generalizada e acrítica de um “corpo sem alma”. Pois mesmo as construções sistêmicas invocam os direitos fundamentais, como já vimos, a tese das “constituições civis globais” de Teubner, que claramente renuncia a centralidade da constituição no estado convoca o controle dos conteúdos das normas, (no caso *lex digitalis*) com base em critérios de direitos fundamentais<sup>165</sup>. Por outro lado, a defesa de que o transconstitucionalismo volta-se também para o sensibilização em face de ordens que muitas vezes não adotam modelos constitucionais, não é suficiente para justificar a ausência de parâmetros materiais orientadores dos “diálogos”. O jurista Gomes Canotilho em razão dos novos desafios do constitucionalismo, sobretudo no âmbito europeu fala da transposição da lógica da interconstitucionalidade para a interjusfundamentalidade. Neste sentido, ele aponta quatro pontos de partida, a saber: a) rede de “cartas de direitos” inseridas nas constituições ou

---

<sup>165</sup> TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen ...* p. 21-25.

em tratados internacionais; b) a recombinação das dimensões jusfundamentais constitucionais com as dimensões transnacionais e internacionais; c) coerência de regimes jusfundamentais inserida na rede; d) a confiança condicionada quanto aos remédios de defesa e garantia<sup>166</sup>.

Como o objeto desta investigação restringiu-se a relação entre o direito internacional público e o direito estatal no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a tese da transjusfundamentalidade será testada neste estreito recorte<sup>167</sup>.

### **1.16.1. Transfundamentalidade material nas “conversações” transconstitucionais**

No Sistema interamericano de direitos humanos, as “conversações” entre as cortes constitucionais e a Corte Interamericana deve ser pautada na primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela de direito internacional ou de direito interno<sup>168</sup>. Este é o vetor interpretativo consagrado em diversos tratados de direitos humanos. A Convenção Americana preceitua que nenhuma disposição da presente pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos estados (art. 29º, “b”). Igualmente reconhecida na Convenção Europeia de Direitos Humanos que estipula que nenhuma das disposições será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte (art. 53º). Portanto, a primazia da norma mais favorável às vítimas pode ser um dos parâmetros balizadores das “conversações” transconstitucionais. Decerto, é a transcendência dos direitos humanos ou fundamentais que inspira a coexistência entre distintos instrumentos jurídicos (rede de “cartas de direitos”) garantidores dos mesmos direitos. Numa análise tendencialmente redutora, este esquema racional busca fortalecer o grau de eficácia da proteção dos direitos humanos e sugerir um parâmetro material para os diálogos interjurisdicionais.

---

<sup>166</sup> Já assim exemplarmente José Joaquim Gomes Canotilho no âmbito dos seminários ministrados no Mestrado Científico, na área de especialização Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em outubro de 2008.

<sup>167</sup> Ver especialmente SANTOS JÚNIOR, José Alfredo, Do transconstitucionalismo à transjusfundamentalidade: verdade e memória na América Latina, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Vieira de Andrade, em 17 de novembro de 2010.

<sup>168</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, 2ª ed., Antoni Fabris, 2003, p. 542.

### 1.16.2. Transversalidade no “efeito irradiante” dos direitos fundamentais

O reconhecimento de uma dupla dimensão normativa – subjetiva e objetiva – às normas de direitos fundamentais abre caminho para a compreensão de alguns institutos jurídicos, como as restrições aos direitos fundamentais, o “dever de proteção” do estado, a eficácia *inter privatos* e principalmente a percepção dos direitos fundamentais como um sistema de princípios (bens e valores) suscetíveis de irradiação para todos os domínios do direito. A transversalidade poderá ser uma competência extremamente útil na irradiação dos direitos fundamentais para todos os ramos da ordem jurídica, desde o direito civil ao direito penal, passando pelo direito processual e direito administrativo. A transversalidade contribuiria para pensar os direitos fundamentais de forma essencialmente transitiva, pois entre os vários ramos há cruzamentos, interseções, imbricações. Por ser a razão transversal claramente uma razão de transições, poderia estabelecer, via direitos fundamentais, conexões entre os diferentes ramos da ordem jurídica. Convém precisar que estas transições não objetivam formar sistemas ou sínteses finais, mas tão-somente transições dialéticas entre os vários ramos sem síntese final. Na verdade, a força da transversalidade reside justamente na sua liberdade, na possibilidade de operar a partir de qualquer ponto de vista. Assim a transversalidade está especificamente adequada para a situação atual da realidade e também da ordem jurídica (pluralidade de ramos), que exige uma competência que seja capaz de transições. Portanto, o que sugerimos é que estas transições poderão ser realizada pelo “efeito irradiante” dos direitos fundamentais transversalmente orientados. Sem excluir evidentemente que a transversalidade no “efeito irradiante” dos direitos fundamentais será teleologicamente orientada, pois voltada para o fortalecimento do grau de eficácia da proteção dos direitos fundamentais. A transversalidade no “efeito irradiante” é uma necessidade existencial, pois a complexidade de alguns casos concretos convoca uma competência de transições capaz de “articular” os vários ramos jurídicos, sem perder de vista a efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a transversalidade permite a comunicação axiologicamente orientada entre os vários domínios do direito, pois a realidade está cada vez mais internamente afetada e caracterizada pela pluralidade. Portanto, a transversalidade é um componente interno do “efeito irradiante” dos direitos fundamentais.

A consequência do “efeito transversal irradiante” dos direitos fundamentais será uma nova interpretação da unidade e da pluralidade jurídica. Pois a unidade ocorrerá em conexões pontuais e a pluralidade será de cruzamentos. O “efeito

*transversal irradiante*” permitirá pensar conjuntamente heterogeneidade e conectividade, pluralidade e transitividade entre os vários ramos do ordenamento jurídico. Portanto, o “efeito transversal irradiante” será mais relacional entre os diversos domínios do direito, será para além de sua dimensão material fundamentante, uma forma operativa específica, no seio dos ramos, com uma imensa capacidade reflexiva para o universal e o para o contextual. Neste sentido, o “efeito transversal irradiante” permitirá considerar os casos concretos complexos, transitar entre divergências, julgar comparativamente suas características e determinar adequadamente relações do caso concreto de modo global, quer dizer, levando em conta todos os ramos da ordem jurídica.

### **1.16.3. Transversalidade na homogênea tutela de direitos fundamentais ou humanos**

O jurista Quirino Camerlengo a partir dos desafios impostos pelo constitucionalismo europeu de “cidadanias múltiplas” considera a reconstrução do comum núcleo essencial o ponto de partida de um processo que busca garantir uma proteção, tendencial e razoavelmente, homogênea dos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos que reconhecem os princípios de direitos fundamentais<sup>169</sup>. Ele defende que os estados devem aderir ao processo de homogeneização da tutela de direitos fundamentais: promotor do comum núcleo essencial<sup>170</sup>. Decerto no processo constante de comparação e diálogo entre os sistemas jurídicos, as constituições dos estados compartilham com as outras um comum patrimônio de soluções normativas de problemas de natureza constitucional. Parece-nos que a preocupação do jurista Camerlengo repousa, sobretudo, na formulação de esquemas racionais tendentes à proteção uniforme dos direitos fundamentais através da promoção de novos e mais eficazes mecanismos de tutela dos direitos fundamentais para além do critério da cidadania<sup>171</sup>. É preciso ter em mente que a busca pela homogeneidade na proteção dos direitos fundamentais promove uma natural melhoria do patrimônio jurídico dos indivíduos<sup>172</sup>. Claramente, compartilhar de um comum

---

<sup>169</sup> CAMERLENGO, Quirino, Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico, Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Pubblico, Università Degli Studio di Milano, n° 58, 2007, p. 177; Idem., La vocazione cosmopolita del sistema costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale, in STAIANO, Sandro (coord.), Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 21-163.

<sup>170</sup> Ibid, p. 178.

<sup>171</sup> Ibid, p. 179.

<sup>172</sup> Ibid, p. 216.

núcleo essencial de princípios representa um fator de estímulo idôneo a promover a abertura dialética do sistema constitucional, vocacionado à uniformidade dos *standard* de proteção dos direitos fundamentais<sup>173</sup>. Sem excluir que o comum núcleo essencial orienta e vincula as legislações nacionais e a lógica intrínseca do núcleo essencial pode orientar opções normativas caracterizadas por elevado grau de inovação na tutela de direitos fundamentais<sup>174</sup>.

O comum núcleo essencial vincula também a atividade interpretativa, orienta o sentido evolutivo do texto constitucional e da lei. Neste âmbito, a metódica comparatística desempenha um papel bastante relevante, entretanto tal comparação rende necessário um “diálogo” entre as autoridades jurisdicionais dos diferentes estados e pressupõe necessariamente “*occasione concrete di contatto*” entre as ordens nacionais<sup>175</sup>. Com base no comum núcleo essencial, o jurista Camerlengo teoriza o “*diritto costituzionale cosmopolitico*”, que não estudaremos aqui por considerarmos que exorbitaria dos estreitos limites desta investigação<sup>176</sup>. Parafraseando Ulrich Beck, o cosmopolitismo reformula a concepção de estado, da política e da nação<sup>177</sup>. O comum núcleo essencial como ponto de partida para a tutela homogênea de direitos fundamentais pode ser um dos parâmetros balizadores das “conversações” transconstitucionais. Decerto, “diálogos interjurisdicionais” orientados pela proteção uniforme dos direitos fundamentais contribuirá bastante para a efetividade dos direitos fundamentais ou humanos. No sistema interamericano claramente os países compartilham de um comum núcleo essencial (“princípios de direitos fundamentais”), ainda que seja formalmente. Isto sem falar, no fato de que quase todos os países latino-americanos integram à Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, esta partilha poderá estimular a abertura dialética dos sistemas constitucionais, tendo em vista à uniformidade dos *standard* de proteção dos direitos fundamentais ou humanos. Para além disso, o comum núcleo essencial poderá ainda orientar a formulação das legislações nacionais e à atividade interpretativa sempre voltadas à efetividade dos direitos fundamentais ou humanos.

---

<sup>173</sup> Ibid, p. 180.

<sup>174</sup> Ibid, p. 181.

<sup>175</sup> Ibid, p. 189.

<sup>176</sup> Ibid, p. 215 -262.

<sup>177</sup> BECK, Ulrich, *Der Kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, 2004, trad. Italiana, Lo sguardo cosmopolita, Roma, 2005, p. 48.

### 1.17. Um possível começo...

“*Se questo é un uomo*” de Primo Levi, não é uma obra de fantasia, ela nasce precisamente da experiência de um homem e escrevê-la custou sofrimento. Um sofrimento cotidiano, que de qualquer forma, o escritor pretende que experimentemos. Decerto, a civilização moderna tornou possível o holocausto<sup>178</sup>. Verdadeira indústria de cadáveres! A modernidade marcada pela fé em si mesma; pela lógica da superação; pela crença no progresso; que dissolve dogmas e celebra novas certezas; da sociedade técnico-científica industrial que “produziu” o holocausto, as “*desapariciones forzadas*”, os diversos “*El Olimpo*” espalhados pela América Latina. Ulrich Becker quando estabelece a distinção entre princípios e instituições fundamentais da modernidade leciona que os “*inimigos da modernidade*”, utilizam-se frequentemente das instituições básicas da modernidade: organização burocrática, lei, “legitimação democrática” do poder e monopólio da violência<sup>179</sup>. Por sua vez, Luhmann explica que os juristas, geralmente, pensam que a violação de uma norma somente pode ocorrer se ela já existir. Por outro lado, os sociólogos e antropólogos conseguem vislumbrar o oposto: quando legítimas expectativas são frustradas. Esta lógica aplica-se, por exemplo, nos casos de tortura nos “porões da ditadura” por crimes políticos, talvez em breve para graves violações da segurança nuclear, nos imprescritíveis crimes contra a humanidade e de guerra. E isto não se trata apenas de questões de consciência ou de respeito moral, mas certamente de uma espécie de direito para o qual buscamos possíveis sanções<sup>180</sup>. Parece que os “produtos desumanizantes” da modernidade foram fruto da fragilidade das instituições básicas da modernidade, resultante da redução ou mesmo abolição de princípios invioláveis. Esta descontinuidade radical, marcada pela possibilidade de “violação constitucional” da modernidade, conduz à dialética do anti-modernismo<sup>181</sup>.

A razão transversal pensada no contexto da “modernidade pós-moderna” possui um imenso potencial transitivo, analítico e reflexivo. Que não se rende aos imperativos do funcionalismo jurídico sistêmico. Parafraseando Beck, a teoria dos sistemas é ópio do inseguro e indefeso<sup>182</sup>. Parece-nos claro que a

---

<sup>178</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge: Polity, 1992, p. 27. Neste mesmo sentido: Adorno e Horkheimer em *Dialektik der Aufklärung*, 1947

<sup>179</sup> BECK, U. *Dialektiken der Moderne: Wie die Krisen der Moderne aus den Siegen der Moderne hervorgehen*, in *Weltrisiko-gesellschaft*, Suhrkamp, 2007, p. 401.

<sup>180</sup> LUHMANN, N., *Ethik in internationalen Beziehungen*, in *Soziale Welt* n° 50/3, p. 252.

<sup>181</sup> BECK, U. *Dialektiken ...* p. 395.

<sup>182</sup> *Ibid*, p. 406.

razão transversal e a teoria dos sistemas são intrinsecamente inconciliáveis. Sem excluir obviamente que o transconstitucionalismo sem dimensão axiológica não passa de um constitucionalismo sem por quê. Por isso, sugerimos alguns pontos de partida para a transposição da lógica do transconstitucionalismo para a transjusfundamentalidade, haja vista a constatação de que a primeira não enfrenta o problema da fundamentação. A história mostra que a destruição do “porquê” abriu espaço para o holocausto<sup>183</sup>. A inspiração para um novo começo, definitivamente, está no ser humano que reconhece *interdependência* entre os estados, compreende *causalidade*, assume *responsabilidade*, pratica *solidariedade* e é consciente do *destino comum da humanidade*<sup>184</sup>.

*Verba volant, scripta manent*

## 2. BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism, in Virginia Law Review nº 83, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt, Modernity and Ambivalence, Cambridge: Polity, 1992.
- BECK, Ulrich, Der Kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, 2004, trad. Italiana, Lo sguardo cosmopolita, Roma, 2005.
- BECK, Ulrich, Dialektiken der Moderne: Wie die Krisen der Moderne aus den Siegen der Moderne hervorgehen, in Weltrisiko-gesellschaft, Suhrkamp, 2007, p. 401.
- CAMERLENGO, Quirino, Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico, Università Degli Studio di Milano, nº 58, 2007.
- CAMERLENGO, Quirino, La vocazione cosmopolita del sistema costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale, in STAIANO, Sandro (coord.), Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni, Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, 2ª ed., Antoni Fabris, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado, in “Brançosos e Interconstitucionalidade, Almedina, 2008.
- CANOTILHO, J.J.G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina.
- CANOTILHO, J.J.G., Interconstitucionalidade e Interculturalidade, in “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, 2008.

---

<sup>183</sup> Ibid, p. 398.

<sup>184</sup> Inspirado nas idéias de Ulrich Beck, Dialektiken ... p. 410.

- CASTANHEIRA NEVES, A., O Funcionalismo Jurídico, in *Digesta*, vol. III, Coimbra Editora, 2008.
- DANTO, Arthur C., *The abuse of beauty: aesthetics and the concept of art*, Peru, Ill.: Open Court, 2003.
- DELEUZE, Gilles, Vorwort. Drei Gruppenprobleme, in Guattari, *Psychotherapie, Politik und die Aufgaben der institutionellen Analyse*.
- DEWEY, John, *Art as Experience*, in *The Later Works, 1925-1953*, vol. 10, Southern Illinois University Press, 1987.
- FEYERABEND, Paul, *Farewell to Reason*, New York/London: verso 1987.
- FEYERABEND, Paul, *Wissenschaft als Kunst*, Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1984.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, *Die Emergenz der Globalverfassung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 63/3, 2003.
- GOODMAN, Nelson, *Languages of Art. An Approach to a Theory of Symbols*, Brighton: Harvester Press, 1981.
- GUATTARI, Félix, *La Transversalité*, in *Psychothérapie institutionnelle*, n° I, 1964/65.
- GUÉHENNO, Jean-Marie, *From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy*, in Streeck, Wolfgang (Hg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt/M: Campus.
- GÜNTHER, Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Reimers, Bad Homburg, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 4ª ed.
- HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, trad. Thomas McCarthy, vol. 2, Boston: Beacen Press, 1984, vol. I.
- HEGEL, Friedrich, *The Difference Between Fichte's and Schelling's System of Philosophy*, Albany: State University of New York, 1977.
- IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoria como escândalo*, 1990 Barcelona: Antrophos.
- KANT, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, New York: St. Martin's Press, 1965.
- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*.
- KANT, Immanuel, *Werke in zehn Bänden*, ed. De W. Weischedel, vol. 4, Darmstadt, 1983.
- KENNY, Anthony, *Wittgenstein on the nature of philosophy in The Legacy of Wittgenstein*, New York: Blackwell, 1984.
- LANGER, Stepan, *Grundalgen einer internationalen Wirtschaftsverfassung – Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation*, 1995.
- LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Almedina, 1997.

- LUHMANN, N., Autopoiesis als soziologischer Begriff, in Sinn Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1987, Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N., Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.
- LUHMANN, Die Politik der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt, 2000.
- LUHMANN, Die Rückgabe des Zwölften Kamels, in Autopoiesis in Law and Society, Florence: UEI Conference Materials.
- LUHMANN, N., Gesellschaft als Differenz, in Zeitschrift für Soziologie, n° 23 (1994).
- LUHMANN, N., Gleichzeitigkeit und Synchronisation, in Soziologische Aufklärung, vol. V, Opladen, 1990.
- LUHMANN, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- LUHMANN, N., Le droit comme système social, in Droit et Société, n° 11-12 (1989).
- LUHMANN, N., O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade, in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira, Porto, 1999.
- LUHMANN, N., Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie. 1984, Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N., Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für moderne Gesellschaft, in Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. II, Frankfurt, 1981.
- LUHMANN, The Self-Reproduction of the Law and Its Limits, in G. Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1985, Berlin: De Gruyter.
- LUHMANN, N., Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9, 1990.
- LUHMANN, Ethik in internationalen Beziehungen, in Soziale Welt n° 50/3, p. 252.
- LYOTARD, J. F. Le postmoderne expliqué aux enfants, Paris, 1986.
- MADURO, Miguel Poiars, A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Européia. Cascais: Principia.
- MADURO, Miguel Poiars, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in Sovereignty in Transition, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- MADURO, Miguel Poiars, Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets? in European Constitutionalism beyond the State, Cambridge University Press, 2003.
- MADURO, Miguel Poiars, O Superavit Democrático Europeu, in A Constituição Plural, Principia.
- MADURO, Miguel Poiars, The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in The European Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden, Nomos, 2003.

- MADURO, Miguel Poiares, The Importance of Being Called A Constitution: Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism, in *International Journal of Constitutional Law*, vol 3, 2005.
- MATURANA, Man and Society, in F. Benseker, P. Hejl, W. Kock (eds.).
- MAYNTZ, Renate, *Steuerung, Steuerungsakteure un Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems*, in: 70 HiMon-DB, Siegen: Universität, 1986.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*. São Paulo: tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em concurso para provimento do cargo de professor titular de direito constitucional, introdução, XV.
- OST, François, KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, n° 94, 2002.
- PERNICE, Ingolf, *Deutschland in der Europäischen Union*, in Josef Insensee e Paul Kirschhof (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VIII, Heidelberg: Müller.
- RORTY, Richard, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, 1989.
- ROTH, Gerhard, *Die Entwicklung Kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn, in Theorie als Passion*.
- SANTOS JÚNIOR, José Alfredo, *Do transconstitucionalismo à transjusfundamentalidade: verdade e memória na América Latina*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Vieira de Andrade, em 17 de novembro de 2010.
- SARTRE, J.P., *Das Imaginäre. Phänomenologische Psychologie der Einbildungskraft*, Frankfurt, 1971.
- SCHNÄDELBACH, H., *Zur Rehabilitierung des "animal rationale"*, Vorträge und Abhandlungen 2, Frankfurt a M., 1992.
- SCHÜTZ, Anton, *The Twilight of the Global Polis: on Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in Gunther Teubner (org.) *Global Law Without a State*, Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, 1992.
- STÄHELI & STICHWEH (ed.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives*, Stuttgart, 2002.
- STEMMÜLLER, Wolfgang, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. 4, Berlin, 1973.
- STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Suhrkamp, 2000.
- TEUBNER, G., *After Legal Instrumentalism?* in Gunther Teubner (ed.) *Dilemmas of in the Welfare State*.
- TEUBNER, G., *Altera pars audiatur: Le droit dans la collision des discours*, in *Droit et Société*.

- TEUBNER, G., Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' transnationale Akteure, in *Der Staat* n° 45/2, Duncker & Humblot.
- TEUBNER, G., *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997.
- TEUBNER, G., Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in *Rechtshistorisches Journal* n° 15, 1996.
- TEUBNER, G., Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 63/1, 2003.
- TEUBNER, G., Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese.
- TEUBNER, G., Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* n° 19, 1998.
- TEUBNER, G., Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in Dieter Simon e Manfred Weiss (orgs.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden: Nomos, 2000.
- TEUBNER, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, trad. port. *O Direito como sistema autopoietico*, Lisboa, 1989, prefácio de José Engrácia Antunes.
- TEUBNER, G., *Regime-Kollisionem: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, 2006.
- TEUBNER, G., *Un droit spontané dans la société mondiale? In Le droit saisi par la mondialisation, sous la dir. de Ch. A. Morand*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- TEUBNER, G., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 17, 1998.
- TOULMINE, Stephen, *Cosmopolis*, Chicago, 1990.
- TRONCARELLI, Barbara, *Aspetti filosofici del funzionalismo strutturale*.
- TRONCARELLI, Barbara, *Complessità e Diritto – Oltre la ragione sistemica*, 2002.
- TUSHNET, Mark, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, disponível in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766>.
- WALTER, *Constitutionalizing (Inter) national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law* n° 44, 2001.
- WELSCH, Wolfgang, *Ästhetik/hik – Ethische Implikationen und Konsequenzen der Ästhetik*.
- WELSCH, Wolfgang, *Aestheticization Processes: Phenomena, Distinctions and Prospects*, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, *Und sie bewegt uns doch. Vernunft nach ihrer Kritik*, in *Universitas*, 42/12, 1991, p. 1130-1146.

- WELSCH, Wolfgang, Aesthetics beyond aesthetics for a new form to the discipline, in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, Wolfgang, Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard, Weinheim, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Ästhetik und Anästhetik in Ästhetik im Widerstreit. Interventionen zum Werk von Jean-François Lyotard, Weinheim, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Ästhetisches Denken, Stuttgart, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Basic Aesthetic Features in Contemporary Thinking, in *Undoing Aesthetics*.
- WELSCH, Wolfgang, Changes in Aesthetics, in *Contemporary Aesthetics, Forum: Science in Aesthetics*, 2004.
- WELSCH, Wolfgang, Das Ästhetische – Eine Schlüsselkategorie unserer Zeit? in *Die Aktualität des Ästhetischen*, München, 1993.
- WELSCH, Wolfgang, Die Wissenschaft unter der Optik des Künstlers zu sehn, die Kunst aber unter der des Lebens.
- WELSCH, Wolfgang, Ethical Implications and Consequences of Aesthetics in *Undoing Aesthetics*, 1997, Sage Publications.
- WELSCH, Wolfgang, Grenzgänge der Ästhetik, Stuttgart, 1996.
- WELSCH, Wolfgang, Postmoderne-Pluralität als ethischer und politischer Wert, Köln, 1988.
- WELSCH, Wolfgang, Rationality and reason today, in *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*, eds. Dane R. Gordon and Józef Niznik, Amsterdam: Rodopi, 1998
- WELSCH, Wolfgang, Reason: traditional and contemporary or why should we still speak of reason after all ? in *International Philosophy Today*, vol. IV, Beijing, 2000.
- WELSCH, Wolfgang, Reason and transition on the concept of transversal reason, in <http://www2.uni-jena.de/welsch/>.
- WELSCH, Wolfgang, The Return of Beauty? in *Filozofski Vestnik*, 2/2007.
- WELSCH, Wolfgang, Unsere postmoderne Moderne, Weinheim, *Acta humaniora*, 1991.
- WELSCH, Wolfgang, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt a M., 1995.
- WELSCH, Wolfgang Wege aus der Moderne. Schüsseltexzte der Postmoderne-Diskussion, Weinheim, 1988.
- WELSCH, Wolfgang, Weisheit in einer Welt der Pluralität, in W. Oelmüller (ed), *Kolloquien zur Gegenwartsphilosophie*, vol. 12, Paderborn, 1989.

WELSCH, Wolfgang, Weisheit in einer Welt des Widerstreits, in *Studia Philosophia*, n° 47 (1988).

WERKE, Gesamte, Kritische Studienausgabe, vol. 1, eds. G. Colli y M. Montinari, München, 1993.

WILLKE, Helmut, Societal Guidance Through Law, in A. Febbrajo/ G. Teubner (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, 1991, Milano: Giuffrè.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, vol. 1, Frankfurt a. M., 1993.

---

# O “FRETE DE UNIFORMIZAÇÃO DE PREÇOS DE ÁLCOOL” NÃO É ISENÇÃO FISCAL

---

*Leonardo de Medeiros Fernandes - Advogado da Petrobras Distribuidora S.A.*

*Rodrigo Tomiello Silva - Advogado da Petrobras Distribuidora S.A.*

**Palavras-chave:** Constitucional. Tributário. Doutrina. ICMS. Não-cumulatividade. FUPA. Isenção Fiscal. Benefício Financeiro. Distinção. Jurisprudência do STF. *Distinguishing*.

## INTRODUÇÃO

A jurisprudência no eg. STF tem se orientado a fixar a seguinte tese:

*A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é firme no sentido de que a redução da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, (ICMS) corresponde à isenção parcial, permitindo o estorno do crédito tributário proporcional às operações realizadas.*

Nesse sentido:

*“TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra “b”, da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88” (RE 174.478, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJ de 30/9/2005).*

As Fazendas Públicas Estaduais defendem a tese de que o subsídio ao álcool combustível “Frete de Uniformização de Preços de Álcool” (FUPA) seria uma espécie de *isenção parcial* porque reduziu a base de cálculo do imposto ICMS. O pleito foi acolhido monocraticamente.

Sucede que, na hipótese, é necessário invocar a técnica hermenêutica do *distinguishing* para demonstrar serem inaplicáveis os precedentes jurisprudenciais que embasam a r. decisão monocrática.

Com efeito, há precedentes do eg. STF<sup>1</sup> no sentido de que o benefício fiscal de redução da base de cálculo do tributo equivale à sua *isenção parcial* e, por isso, possível o estorno proporcional do crédito do imposto ICMS, não havendo falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade. O caso *sub judice*, entretanto, não se enquadra nesses julgados.

O litígio constitucional se traduz, portanto, na questão se os créditos de “FUPA” constituem ou **não** *isenção parcial* decorrente de redução da base de cálculo do tributo ou uma *não-incidência pura*. Se **não** eles não se constituem benefício fiscal, dessarte, será **indevida** a exigência de estorno dos créditos em homenagem à norma constitucional da não-cumulatividade.

## 1. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO IMPOSTO ICMS

Diferente das contribuições sociais PIS e Cofins, que tiveram a não cumulatividade estabelecida posteriormente à sua criação e sua base ser legal e não diretamente sorvida da Constituição, o imposto ICMS está fundado na “não cumulatividade”. Este princípio é próprio da disciplina constitucional sobre o tributo de competência estadual.

Assim é possível afirmar que o mencionado tributo (ICMS) tem sua natureza calcada na “não cumulatividade”. O imposto é assim desde seu nascimento. A tradição jurídica nacional sobre o imposto de circulação de mercadorias sempre manteve a regra de créditos e débitos dessa exação como forma de sua apuração em homenagem aos tributos de valor agregado (IVA's) utilizados como prática fiscal ao redor do mundo.

A *não cumulatividade* do ICMS é espécie de controle da capacidade contributiva aplicada nas operações que envolvam circulação de mercadorias.

---

<sup>1</sup> Entre outros: RE 559671 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/05/2013, 2ª T, DJe de 18-06-2013.

Isso quer dizer que, ao creditar o tributo pago na etapa antecedente pelo fornecedor/contribuinte, o comprador que irá somar sua atividade à aquisição e dar seguimento à cadeia produtiva com a subsequente venda deste produto (adquirido ou resultado da utilização desta mercadoria em processo de elaboração de uma nova mercadoria), este contribuinte do ICMS (comprador e revendedor ou comprador e industrializados beneficiador), somente recolherá aquilo que agregou de valor econômico na sua específica etapa da cadeia produtiva.

Em uma palavra: o crédito do tributo pago, na etapa anterior, serve de controle da capacidade contributiva daquele que agrega valor na cadeia produtiva, tributando somente o acréscimo no valor econômico decorrente de sua etapa, excluindo as etapas anteriores.

Essa “fórmula” não é nova no Direito Tributário, tampouco na Economia que de há muito reflete sobre a incidência das etapas anteriores do *trabalho* na constituição do valor do produto que se pretende analisar.

Em tempo: FOUCAULT lembra dos estudos da Economia Clássica para descobrir, revelar ou criar “formas” de explicar a formação do “valor” das coisas no mercado<sup>2</sup>.

Como este trabalho segue um paradigma filosófico após a *revolução copernicana* promovida pela invasão da Filosofia pela linguagem, o trabalho do filósofo francês serve para iluminar o debate sobre a construção da ideia de “não cumulatividade”.

Como se nota, não se parte de um “*grau zero de sentido*”<sup>3</sup> mas de uma tradição, inclusive econômica, de “descontar” do “valor” das coisas, o “custo” das etapas anteriores do processo produtivo.

*Todo trabalho tem um resultado que, sob uma forma ou outra, é aplicado a um novo trabalho cujo custo ele define; e esse novo trabalho, por sua vez, entra na formação de um valor etc. Essa acumulação em série rompe pela primeira vez com as determinações recíprocas, as únicas que atuavam na análise clássica das riquezas.*

---

<sup>2</sup> As expressões formas e valor estão entre aspas por marcar a separação metafísica entre sujeito e objeto – reconhecida pelo próprio FOUCAULT, existente no período nas ciências às quais se refere.

<sup>3</sup> Grau zero de sentido é forma de LENIO STRECK denunciar a concepção de que os intérpretes criam o sentido a partir de sua consciência, como se não existisse tradição ou se o ser do intérprete não estivesse desde sempre inserido no mundo que interpreta, como se a existência fosse apartada da interpretação, ideia refém do esquema sujeito-objeto, refratário à revolução copernicana já citada neste trabalho.

*[...] As “riquezas”, em vez de se distribuírem num quadro e de constituírem assim um sistema de equivalência, organizam-se e se acumulam numa cadeia temporal: todo valor se determina não segundo os instrumentos que permitem analisa-lo, mas segundo as condições de produção que o fizeram nascer; e, mais ainda, essas condições são determinadas por quantidade de trabalho aplicadas para produzi-las.<sup>4</sup>*

O que a Constituição prevê para o imposto ICMS é que sua incidência se dará na cadeia produtiva de forma proporcional ao valor agregado na etapa a que se refere.

A operação matemática, portanto, é método de apuração do crédito tributário e, para o caso da exação ICMS constitui a sua essência que, uma vez afastada, descaracterizaria o próprio conceito desse tributo e quiçá, estar-se-ia diante de um novo imposto – qualquer outra coisa que não o ICMS<sup>5</sup> como o que conhecemos.

Na percuciente síntese de PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>6</sup>:

*Uma vez ocorrido o fato hipoteticamente previsto na regra-matriz do direito ao crédito – no caso, operação relativa à circulação de mercadoria -, surgirá, inexoravelmente, uma relação jurídica que tem como sujeito ativo o adquirente/destinatário de mercadorias, detentor do direito ao crédito do imposto, e como sujeito passivo o Estado. Tendo participado de operação sobre a qual incidiu imposto, advém para o adquirente o direito de, ao tornar-se alienante, valer-se de um crédito, cuja configuração dependeu também de um ato seu.*

Longe de se defender um método das Ciências Naturais, pretendemos uma taxonomia conceitual estanque. É preciso, contudo, respeitar os limites semânticos do texto.

A interpretação como atribuição de sentido (*Sinnegebung*) na linha defendida pela Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por LENIO STRECK, não permite ao intérprete uma livre atribuição de sentidos, como se os textos pudessem se adaptar as contingências do sujeito, descolando completamente os significados hauridos da tradição em deferência ao solipsismo do hermeneuta que se arvora da “autoridade”<sup>7</sup> para justificar o arbítrio.

---

<sup>4</sup> FOUCAULT; Michel. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 10.ed. São Paulo: Martins Fontes,2016.

<sup>5</sup> Não se ignora a existência, no passado (até 1965), da tributação em cascata do ICMS (antigo IVC), contudo, partindo da premissa de que a Constituição inaugura o ordenamento, trata-se o ICMS a partir de sua configuração constitucional.

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Derivação e positavação no direito tributário. v. II. São Paulo: Noeses, 2013.p.132.

<sup>7</sup> Autoridade no sentido muito bem descrito por CLARISSA TASSINARI com o qual é preciso concordar:

“Se queres dizer algo sobre um texto, deixe que este te diga algo antes” (tradução livre de “*Wer einen Text verstehen will, ist vielmehrer bereit, sich von ihm etwas zu sagen lassen*”). Esta frase de GADAMER expressa na obra “*Wahrheit und Methode*”, repetida como mestria por STRECK<sup>8</sup>, serve aqui justamente para impedir que uma interpretação do imposto ICMS retire a sua característica distintiva, ou seja, aquilo que permite classificar, conceituar e, porque não, controlar sua incidência frente a norma de outorga de competência sabidamente constitucional.

A “não cumulatividade”, assim entendida, é princípio fundante do imposto em questão. A Constituição definiu o tributo nesse formato. A alteração, pela via infraconstitucional, subverte as garantias constitucionais lançadas como *limitações ao poder de tributar*.

Esse arcabouço normativo-constitucional é, dessarte, pura “liberdade pública”, “direito de primeira dimensão”, componente inseparável da comunidade de princípios que forma e conforma a comunidade política na esteira da doutrina RONALD DWORKIN – corretamente lecionada por STRECK e MORBACH<sup>9</sup>.

Os tributos se distinguem por sua hipótese de incidência (fato gerador *in abstracto*), segundo disciplina clássica do vigente Código Tributário Nacional. Em que pese, atualmente, parecer que a destinação do produto da arrecadação deva fazer parte dessa definição, caso a definição precisa da natureza do tributo ainda seja considerada fundamental para as garantias do contribuinte e para a própria manutenção do federalismo, - e parece que é exatamente pra isso que servem essas definições – é importante que não se retire características que compõem a natureza do tributo e se pretenda continuar chamando pelo mesmo nome.

Os perigos de chamar pelo mesmo nome aquilo que deixou de ser, seja pela mudança da “coisa” em si, seja pelas circunstâncias ao redor é apontada por WITTGENSTEIN que lembra bem o perigo da subversão dos “jogos de linguagem”<sup>10</sup>:

---

“Pode-se perceber, portanto, uma tentativa de engrandecimento do papel da Suprema Corte a partir da ideia de que seus membros possuem a autoridade de traduzir, com certo descompromisso, a constituição para sociedade - e é por isso que o direito vira aquilo que os tribunais dizem que é (numa releitura do realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, assunto já explorado no item 3.1). No Brasil, o intérprete autorizado representa justamente essa leitura que é feita do papel da Suprema Corte, o que é ainda pior, considerando as diferenças existentes entre as constituições brasileira e norte-americana. TASSINARI; Clarissa. P.201-201.

<sup>8</sup> Entre outros: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-25/lenio-streck-mantenho-inconstitucional-repristinarseparacao>

<sup>9</sup> Idem nota 8. E Francisco Borges Motta em livro com mesmo nome. Também: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/opiniao-olavo-carvalho-faz-leitura-absolutamente-errada-dworkin>

<sup>10</sup> Nesse sentido: <https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito>.

*O que os nomes da linguagem designam deve ser indestrutível: pois deve-se poder descrever a condição em que tudo o que é destrutível é destruído. E nessa descrição haverá palavras; e ao que elas correspondem não se pode, então, destruir, pois, do contrário, as palavras não teriam significado.” Não posso serrar o galho sobre o qual me sento.<sup>11</sup>*

Cumprе ressaltar que a relação jurídico-tributária inaugurada pela prática do “verbo” (em grego “*typo*”, daí tipicidade) descrito na regra-matriz de incidência não tem como requisito ou condição de existência a operação financeira que é circunstância acidental no imposto ICMS.

Em outras palavras o tráfego jurídico pertinente ao ICMS é a transferência de domínio da mercadoria sendo desimportante se houve ou não o pagamento por essa transferência. Essa constatação é o que torna o sujeito passivo da obrigação tributária devedor do tributo ainda que ocorra a inadimplência por parte do adquirente. Isso tudo para dizer, com Paulo de Barros Carvalho<sup>12</sup> que

*Em qualquer caso, com ou sem formalização da obrigação tributária, há o direito ao crédito( e o conseqüente direito à compensação pelo primado da não-cumulatividade), visto que o nascimento deste decorre de norma jurídica distinta da regra-matriz de incidência do ICMS; decorre da transmissão da titularidade da mercadoria e não da ocorrência de lançamentos de ICMS que são alheios ao adquirente.*

Numa palavra final: o imposto ICMS é aquilo que a Constituição Republicana, em vigor, diz que é. Qualquer coisa diferente, ICMS não é. Esse ponto de partida é fundamental para a sequência do estudo.

## 2. ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

Nos termos da Constituição, a isenção tributária (*exemptio onis* = ação de retirar o ônus) é técnica de desoneração tributária instituída exclusivamente por **lei específica**, obedecidas as regras gerais de Direito Tributário encartadas em **lei complementar nacional** (art. 150, § 6º, c/c art. 153, inciso III, alínea “b”, CR/1988).

**A isenção** – assim como a anistia e a **redução de base de cálculo** – decorre do

---

<sup>11</sup> WITGENSTEIN; Ludwig Von. Investigações Filosóficas. P. 48. Novamente LENIO STREK denuncia esse risco com esteio em GADAMER, como já referido. O risco de não conferir aos textos seus devidos limites semânticos

<sup>12</sup> CARVALHO; Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 6.ed. rev.ampl.São Paulo: Noeses, 2015.p.759.

exercício da competência tributária e submete-se, **sem exceção, ao princípio da reserva legal tributária**, conforme dispõe o Código Tributário Nacional vigente (art. 176, *et seq*, CTN/1966).

Configura outorga expressa de *lei infraconstitucional*, faculdade do Poder Público competente, uma vez que se situa no plano da conveniência e oportunidade, avaliadas à luz das exigências da política fiscal. O CTN/1966 regula a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário e, por isso, dispensa apenas a obrigação principal sem tocar na obrigação acessória que deve ser cumprida pelo sujeito passivo (art. 175, CTN/1966).

Nesse sentido, só se pode isentar o que esteja *a priori* tributado. A isenção pressupõe incidência. Ela opera assim no plano da competência tributária, ou seja, na isenção, ocorre a incidência, verifica-se o fato gerador, instaura-se a relação jurídico-tributária, nasce a obrigação tributária mas, por força de **lei em sentido estrito**, o Contribuinte é dispensado do pagamento da exação.

Trata-se de um impedimento ao lançamento do crédito tributário. Quer dizer que o Ente Federativo, competente para instituir o tributo, outorga, mediante **lei sua**, um benefício ao Contribuinte no sentido de obstaculizar o ato final do processo de apuração do crédito tributário, excluindo-o, **retirando o ônus** (art. 175, inciso I, CTN/1966). Não extingue o tributo, nem o reduz, nem modifica a sua estrutura, mas dispensa o seu adimplemento.

Novamente com PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>13</sup>. Para o jurista, a norma de isenção subtrai parcela do campo de abrangência do critério do antecedente ou do consequente, podendo suprimir a funcionalidade da regra-matriz de oito maneiras:

*[...]pela hipótese: i.1) atingindo-lhe o critério material, pela desqualificação do verbo; i.2) mutilando o critério material, pela subtração do complemento; i.3) indo contra o critério espacial; i.4) voltando-se para o critério temporal; ii) pelo consequente atingindo: ii.1) o critério pessoal, pelo sujeito ativo; ii.2) o critério pessoal, pelo sujeito passivo; ii.3) o critério quantitativo, pela base de cálculo; e ii.4) o critério quantitativo, pela alíquota.*

A fim de suprimir a funcionalidade da regra-matriz somente lei em sentido estrito e, em atenção ao **princípio do paralelismo das formas**, portanto, somente **lei específica** daquele Ente Federativo poderá revogar a isenção tributária.

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 6.ed.rev.ampl. São Paulo: Noeses, 2015.p.616-617.

A legalidade estrita exigida não é somente um requisito formal para isenções. Trata-se de complemento à **disciplina orçamentária** que igualmente exige a edição de ato normativo primário para reger o orçamento público. Corolário da soberania popular e da natureza democrática da tributação eternizada na frase *no taxation without presentation* (art. 165, *caput* e § 11, c/c art. 84, inciso XXIII, c/c art. 48, tudo da CR/1988).

As isenções – renúncias fiscais que são – devem estar descritas na *lei de diretrizes orçamentárias* e da *lei orçamentária anual* com sua justificativa, previsão de impacto e medidas compensatórias (art. 165, § 2º, CR/1988; arts. 4º, 5º e 14, todos da Lei Complementar nº 101/2000). A *reserva legal*, portanto, serve como parâmetro de legitimidade da outorga de benefícios fiscais frente à necessidade de recursos para a consecução dos *fins estatais*.

A categorização dos atos jurídicos serve para que não se trate institutos diferentes como similares e, assim, seja evitado o equívoco na aplicação das regras que disciplinam a convivência social em países de constitucionalismo democrático.

Por isso que se faz necessária a incursão no Orçamento Público e na Contabilidade Pública para descobrir a real natureza do programa de uniformização do preço do álcool e, por fim, atestar o valor do crédito de ICMS a que tem direito o sujeito passivo da obrigação tributária.

A Conta Álcool (orçamento da União) nunca foi benefício fiscal, mas sim um fundo constituído com produto da arrecadação de tributos (antes IOF e posteriormente FUP e FUPA) com destinação específica para equalização dos preços de combustíveis no território nacional.

Estudo da Câmara dos Deputados<sup>14</sup> descreve bem o histórico do instituto e permite sua compreensão:

*Com o Decreto Lei 1.785/1980 foi criado o Fundo Especial de Reajuste e Estrutura de Preços de Combustíveis e Lubrificantes –FER de natureza contábil administrado pelo CNP.*

*A conta álcool oriunda do desdobramento do FER, apurava o custo financeiro dos estoques de álcool e a diferença entre o valor arrecadado por meio de FUPA e o valor pago as distribuidoras à título de ressarcimento de despesas de interiorização.*

---

<sup>14</sup> LIMA, Paulo César Ribeiro. *Preços dos combustíveis no Brasil*. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema16/2015\\_24474\\_precos-combustiveis-brasil\\_paulo-cesar](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema16/2015_24474_precos-combustiveis-brasil_paulo-cesar). Acesso em 25/12/2018.

Como visto, nunca se tratou de isenção fiscal, seja parcial ou não. Trata-se daquilo que o Direito Financeiro chama de “subvenção”. A arrecadação ingressa nos cofres públicos como receita e é entregue aos particulares que satisfaçam os critérios legais como modo de fomentar uma atividade desejada pelo Estado.

Por se tratar de recurso financeiro entregue ao particular para possibilitar a **efetivação de uma política pública**, essa ação passa ao largo de ser considerada exclusão do crédito tributário, na definição consagrada pela lei, pela doutrina e a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Guardião da Constituição, o eg. STF.

Com efeito, negar o crédito da etapa antecedente do imposto ICMS por considerar isenção parcial uma subvenção concedida pela União (ente distinto do ente tributante) desvirtua a natureza constitucional da não cumulatividade. Mas não só.

A retirada do creditamento de ICMS, em termos práticos, faz com que o Estado Federado **esvazie a política pública** construída em âmbito nacional, violando diretamente o **federalismo cooperativo e de equilíbrio**, esta marca da Constituição de 1988 e que fundamenta todo o Estado de Direito Fiscal na feliz interpretação do eg. STF (ADO-25, Informativo versão 849).

### 3. ISENÇÕES HETERÔNOMAS

A conclusão anterior permite ingressar em outro impeditivo para a correção da decisão do eg. STF. A autonomia federada impede que os entes interfiram na arrecadação uns dos outros.

É que a Constituição proíbe a outorga de **isenções heterônomas**. Por ela, só quem tem competência tributária para aquele tributo, poderá isentar. Ou ainda: o poder de tributar envolve o poder de isentar.

Resta claro, portanto, que a política energética efetivada por meio do benefício financeiro Frete de Uniformização de Preços de Alcool (FUPA) não se trata de “isenção tributária”, mas de subvenção econômica nacional, em nada interferindo na relação jurídico tributária entre Estado-membro e contribuinte de ICMS.

Essa **norma** incide exclusivamente nas relações institucionais domésticas, que

se estabelecem entre as Pessoas Políticas de Direito Público interno, em obséquio ao **pacto federativo**, princípio fundamental do Estado e da República<sup>15</sup> (art. 151, inciso III, c/c art. 1º, ambos da CR/1988).

#### 4. NÃO-INCIDÊNCIA

A *não-incidência* é diferente da isenção. Ela é verificada de duas maneiras. Encartada na Constituição, é a **imunidade tributária** (*não-incidência qualificada*). E a mais comum é quando simplesmente não há hipótese de incidência *tipificada* na lei, porque o legislador se omitiu ou preferiu se omitir (*não-incidência pura*). Nela, não existe a estrutura tributária, não há ocorrência do fato gerador, o tributo não existe. São eventos humanos não tributados que poderão vir a sê-lo algum dia.

No que tange ao imposto ICMS, a *isenção* ou *não-incidência*, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. O princípio da não-cumulatividade expressamente previsto, na Constituição, não permite o estorno de créditos pela Fazenda Pública nessas hipóteses (art. 155, § 2º, inciso II, “a”, CR/1988).

#### 5. FRETE DE UNIFORMIZAÇÃO DE PREÇOS DE ÁLCOOL (FUPA)

Situação bem diferente é o denominado **“Frete de Uniformização de Preços de Álcool”** (FUPA). Ele foi **criado** pela Resolução CNP nº 18, de 11 de dezembro de 1984<sup>16</sup>, com base nas autorizações constantes dos Decretos nº 83.700, de 05 de julho de 1979, e nº 88.626, de 16 de agosto de 1983.

Após doze anos, o FUPA foi **extinto** pelo Ministério das Minas e Energia através da Portaria MME nº 114, de 29 de março de 1996<sup>17</sup>.

A Agência Nacional do Petróleo (ANP) emitiu a **Nota Técnica SEE nº 13**, de março de 2001, intitulada *“Combustíveis no Brasil: Política de Preço e Estrutura Tributária”* (em anexo<sup>18</sup>), para explicar o **objetivo** da sistemática do FUPA à época.

---

<sup>15</sup> Com efeito, a jurisprudência constitucional é no sentido de que esse princípio tributário **não incide** nas hipóteses de concessão de isenção no plano do Direito Tributário Internacional (RE 543.943 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30-11-2010, 2ª T, DJE de 15-2-2011). À toda evidência, o presente caso não trata disso.

<sup>16</sup> Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/resolucoes/resolcnp/1984&item=rcnp-18--1984>; acesso em 24/09/2018.

<sup>17</sup> Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/portarias/portarias-mme/1996&item=pmme-114--1996>; acesso em 24/09/2018.

<sup>18</sup> Disponível em: [www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=1988](http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=1988); acesso em 24/09/2018.

Segundo o documento oficial da ANP, a **União** pretendeu cobrir os custos de transporte e despesas conexas de álcool etílico para fins energéticos, diferenças de preço desse produto, custos operacionais, de imobilização financeira de estoques e administrativos da Petrobras, relativos ao volume de álcool por ela comercializado.

A natureza não tributária desse componente do preço do setor sucroalcooleiro é evidente. Explicamos melhor.

O FUPA foi instituído pela **União** através de **ato infralegal** do antigo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), órgão autônomo subordinado diretamente ao Presidente da República (Decreto-lei nº 395/1938). Ele consistiu em **benefício financeiro** incidente sobre o preço do álcool etílico hidratado combustível e compreendeu, entre outras, as seguintes parcelas específicas<sup>19</sup>:

- a) custo de transporte e despesas conexas;
- b) diferença de preço do álcool etílico;
- c) custos operacionais, inclusive perda e armazenagem, os custos de imobilização financeira dos estoques e os custos de administração em valor equivalente a 2,0% do preço do álcool etílico adquirido pela Petrobras mediante autorização prévia do CNP, destinado ao mercado interno de consumo.

O referido subsídio do álcool etílico, vigente entre os anos de 1984 a 1996, concedido pelo Governo Federal, sob a rubrica FUPA, **não caracteriza** pois não-incidência (pura ou qualificada) nem isenção ou, muito menos redução da base de cálculo de modo que **não se pode excepcionar** o princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto ICMS, sem ofensas à CR/1988.

Na origem desse **benefício financeiro**, o Governo Federal concedeu-o aos produtores do álcool etílico (usinas e destilarias) com o objetivo de remunerá-lo adequadamente e equalizar a política de precificação.

A operacionalização desse **subsídio** se dava da seguinte maneira: os valores pecuniários eram repassados aos produtores pelas distribuidoras de combustíveis, no momento em que essas adquiriam daqueles o álcool etílico, que posteriormente comercializavam.

---

<sup>19</sup> Resolução CNP nº 18/84, Art. 1º.

Em virtude exclusivamente desse programa do Governo Federal, portanto, os preços de compra do álcool etílico dos usineiros pelas distribuidoras, na prática, eram superiores aos preços praticados por elas em suas saídas subsequentes. Isso se deu também porque havia limitação de preços dos combustíveis, como ocorreu com o conhecido Decreto nº 342, de 13 de novembro de 1991<sup>20</sup>.

Pela sistemática do FUPA, o Governo Federal reembolsava as distribuidoras de combustíveis pelos valores repassados aos produtores, através de um fundo que não incluía qualquer parcela do imposto ICMS. Compreendia, portanto, apenas a diferença entre os preços de compra e venda, sem computar o tributo, dado que havia o mencionado benefício financeiro.

Nessa medida, a revenda de mercadoria por preço inferior ao de aquisição não pode afastar o direito do Contribuinte (distribuidora) ao crédito de imposto ICMS para a compensação com o montante devido nas operações seguintes. À toda evidência, não é porque o “preço de venda” é menor que o “preço de compra”, que a causa disso é a concessão de benefício fiscal.

Esse incentivo que o produtor do álcool etílico gozava, há época da autuação fiscal, não englobou qualquer parcela de impostos em seu mecanismo de concessão, repasse e restituição. Sequer interferiu na relação jurídica tributária que se estabelecia entre a Petrobras Distribuidora S.A. e o Estado do Mato Grosso do Sul, seja para evitar, reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária.

A Empresa Estatal **observou estritamente os atos normativos da União** o que não representou subfaturamento dos preços. Isso porque, como explicado, na formação do preço de saída da usina, considerava-se a parcela referente ao benefício financeiro da sistemática FUPA: as distribuidoras devem repassar aos produtores os valores do subsídio no preço de aquisição do álcool etílico.

Veja-se que a contabilização da subvenção na entidade que a recebe difere sobremaneira de como se daria em caso de isenção fiscal.

A subvenção, segundo a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.143/2008, é contabilizada como receita, dentre os vários itens da Resolução destaca-se o 16:

*16. É fundamental, pelo regime de competência, que a receita de subvenção governamental seja reconhecida em bases sistemáticas e*

---

<sup>20</sup> Art. 1º A relação entre os preços máximos de venda do álcool hidratado para fins carburantes e o da gasolina automotiva de menor preço nas bases de distribuição será de 75%, excluídos impostos e fretes.

*racionais, ao longo do período necessário e confrontada com as despesas correspondentes. Assim o reconhecimento da receita de subvenção governamental no momento de seu recebimento somente é admitido nos casos em que não há base de alocação da subvenção ao longo dos períodos beneficiados.*

Possível perceber que o valor entregue às Distribuidoras, oriundos do FUPA não é tratado como isenção tributária pelo Orçamento Público e pela Contabilidade dessas sociedades empresárias e pela singela razão de que não se trata sequer de algo parecido à isenção tributária.

A relação jurídico-tributária não é alterada pela subvenção; mantém-se incólume, inalterada. Os créditos de imposto ICMS apurados nas etapas anteriores da cadeia não são alterados pela existência de um recurso destinado pelo Governo Federal aos produtores de álcool que passa pelas distribuidoras como centralizadoras da efetivação da política pública.

Há o reconhecimento da receita da subvenção pelas distribuidoras para caracterizar o ingresso de divisas e identificar sua origem ao que imediatamente é promovida a escrituração da contrapartida na despesa com o repasse desses recursos ao destinatário.

## CONCLUSÃO

Ao que tudo indica, portanto, essas parcelas **não são isenção tributária** nem configuram *não-incidência pura*, de modo que atrai o princípio constitucional da não-cumulatividade em favor da Agravante.

O FUPA **um)** foi instituído por “portaria”, **dois)** de órgão federal, **três)** na órbita das políticas de subsídio da União do álcool etílico hidratado combustível. A isenção tributária **um)** é outorgada por “lei específica”, **dois)** da Pessoa Jurídica de Direito Público detentora da competência constitucional tributária, e **três)** constitui causa de exclusão do crédito tributário.

Ademais, a incidência do imposto ICMS ocorreu normalmente, **não há que se falar em não-incidência** (qualificada ou pura) porque **um)** a hipótese de incidência não está proibida na Constituição, mas tipificada em *lei específica*; **dois)** ocorreu o fato gerador e **três)** o imposto ICMS existiu e foi recolhido

regularmente pela ora Agravante conforme a legislação tributária de regência e dos atos normativos federais.

O referido benefício financeiro de FUPA não se submete às normas da legislação tributária também porque:

a) não havia restituição de ICMS às distribuidoras de combustíveis que, nessa sistemática, funcionavam como mera repassadoras dos recursos financeiros;

b) a base de cálculo adotada nas saídas corresponderam exatamente ao valor da operação praticada, não sendo aplicado sobre elas qualquer espécie de benefício fiscal (isenção ou não-incidência), única hipótese admitida pela CR/1988 para justificar estorno de créditos do imposto ICMS.

Por fim, natureza não tributária desse componente do preço do setor sucroalcooleiro é evidente, pela constatação de que:

a) podia ela ser positiva ou negativa, nos termos do art. 2º da Resolução CNP nº 18, de 11 de dezembro de 1984, o que é inconcebível em um tributo;

b) sua natureza obrigatória decorria, pura e simplesmente, do regime de monopólio produtivo, do que resultava a impossibilidade de aquisição de álcool etílico sem que a referida parcela fizesse parte do custo respectivo, que era governamentalmente fixado.

Por todo o exposto, conclui-se que é juridicamente inviável o estorno de créditos – relacionados à sistemática – pela Fazenda Pública. As distribuidoras de combustíveis, à exemplo da Petrobras, portanto, têm direito à manutenção integral dos créditos tributários conforme o princípio da não-cumulatividade do imposto ICMS (art. 155, § 2º, inciso I, CR/1988).

---

# *PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE ADVOGADOS, MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA LEI Nº 10.826/2003*

---

*Luiz Iatagan Cavalcante Rocha<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar no campo dos direitos humanos a vedação imposta aos advogados ao seu direito de promover sua própria defesa e integridade física ao lhe ser usurpado com a promulgação da lei nº. 10.826/2003, mais conhecida como estatuto do desarmamento, o direito de portar armas de fogo para defesa pessoal, porém a referida lei trouxe em seu bojo o rol taxativo de exceções, na qual lhe é permitido portar arma de fogo se assim quisessem, e dentre estas exceções estão até hoje os membros do ministério público e magistrados, amparados por suas leis orgânicas, art. 42 da lei nº. 8.625/1993 e art. 35 da lei complementar nº. 35/1979, ao passo que o advogado desempenha um papel tão relevante quanto estes, além de ser equiparado constitucionalmente e ser indispensável a administração da justiça. Espera-se demonstrar, ainda, que a defesa do advogado, além de princípio constitucional a ser seguido, servirá de importante meio de valorização do operador do direito e da livre iniciativa profissional, uma vez que suas relações profissionais (advogado-cliente) e os

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Ceará (2011). Foi membro da comissão de defesa do consumidor - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará (2016-2017), é titular da sociedade de advogados denominada CAVALCANTE ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito do Consumidor, Trabalhista e Direito de Família. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal (2013-2014) e Pós Graduando em Direito Processual Civil (2018-...). <http://lattes.cnpq.br/8710605319731292> <http://orcid.org/0000-0002-9763-5744>

resultados adquiridos ao fim de um processo nem sempre atenderão as expectativas dos clientes ou até mesmo da parte adversa.

**Palavras-chave:** Advogado; Magistrado; Ministério Público; Isonomia, Porte de arma.

**PRINCIPLE OF THE ISONOMY BETWEEN ATTORNEYS, MAGISTRATES AND PROMOTERS OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES UNDER THE LAW OF LAW Nº. 10.826 / 2003**

**Abstract:** The present work seeks to analyze in the field of validity the generic denunciations of the public prosecution, as well as the sentences also generic with regard to corporate crimes per se, be they practiced by its partners or not. The member of the public prosecutor's office has the role of an accuser, and he has the constitutional responsibility to supervise the law and to initiate the appropriate criminal action, always obeying the intrinsic prerogatives of Article 41 of the Code of Criminal Procedure. Regarding the judges' decisions in the field of generality, the rule contained in article 93, section IX of the Federal Constitution, establishes that the defendant should be charged with criminal conduct in a reasoned manner, failing to violate basic principles of our law.

**Keywords:** General complaint; Generic sentence; Tax crimes; Corporate crimes.

## **INTRODUÇÃO**

O principal objetivo do presente estudo reside em investigar se de fato é aplicado o princípio da isonomia entre advogados, membros no ministério público e magistrados no tocante ao direito de ao menos tentar defender suas próprias vidas, uma vez que os dois últimos gozam desta liberdade, porquanto advogados ficam a mercê de seus clientes, e constantemente vem tombando no exercícios de seus *misters* como operadores do direito e peça fundamental a correta aplicação da justiça.

Desde a publicação do estatuto do desarmamento lei nº. 10.826, no dia 22 de dezembro de 2003, ficou vedado o porte de arma a todos os brasileiros inclusive para advogados, porém algumas exceções foram insculpidas ao longo do art. 6º da referida lei, bem como em outras leis infraconstitucionais.

Para que um advogado possa portar uma arma de fogo, para defesa pessoal, este deverá passar pela discricionariedade do delegado de Polícia Federal, mas quem garante que arbitrariedades não serão cometidas pela autoridade policial?

Não é incomum vermos advogados sendo ameaçados por seus próprios clientes, e que mesmo frente a tais ameaças o operador do direito tenha seu pedido de porte de arma indeferido pela autoridade policial.

Observa-se que o Delegado de Polícia Federal que analisa o pedido é subordinado às políticas públicas e a atual política é de desarmar o cidadão, seja ele advogado ou não, tendo este a obrigação indeferir a todos os pedidos. Pode-se dizer então que o pedido administrativo previsto no art. 10, da lei 10.826/2003, além das regras dispostas no site da polícia federal tem como escopo apenas um: maquiagem uma possível inconstitucionalidade o que já é.

Porém membros do ministério público e magistrados que desejem se utilizarem de armas de fogo para defesa pessoal não necessitam de qualquer exigência, bastando tão somente externarem seu interesse, após adquirirem a propriedade lícita de uma.

Cabe indagarmos, e princípio da isonomia pregado por nossa carta magna?

O art. 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, diz que *“todos são iguais perante a lei [...]”*, ao passo que o art. 133 do mesmo diploma legal garante que: *“o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*

Não existem somente regras constitucionais que equiparam os operadores do direito, há também normas infraconstitucionais que assim determinam, vejamos.

A lei nº. 9.906 de 1994 em seu art. 6º., afirma categoricamente não existir subordinação e nem hierarquia entre os membros do ministério público e da magistratura, se não vejamos:

*Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.*

Enfim, o presente trabalho, busca elencar todos os aspectos do tema proposto, oferecendo uma visão mais dinâmica e atual da igualdade existente entre membros do ministério público, magistrados e advogado em nosso ordenamento jurídico, mas que por ausência de interesses políticos e classistas favoreceu certas classes em detrimento de outra.

A estrutura de desenvolvimento desta pesquisa será qualitativa de natureza

bibliográfica, oportunidade em que serão analisadas legislações, livros, teses, dissertações, artigos científicos, a jurisprudência dos tribunais, bem como realizadas entrevistas com os operadores do direito.

O método utilizado na pesquisa será o método indutivo, onde através de dados coletados da doutrina, jurisprudência e casos práticos demonstrar-se-á uma conceituação do todo. Busca-se desta forma apresentar um estudo que englobe a universalidade, e não situações individuais.

Segundo Marconi e Lakatos (2005, p.86) “o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam”.

## **ADVOGADO COMO UM ADMINISTRADOR DA JUSTIÇA**

A constituição da República Federativa do Brasil, teve como escopo preliminar a consolidação do Estado Democrático de Direito no ano de 1988, na qual completou agora em 2018 três décadas de existência. Muitos autores a acusaram de ser um documento denso e cansativo, a carta magna mostrou-se de fato um garantidor basilar de direitos e garantias fundamentais, para a nação brasileira.

A nossa referida constituição expressa uma enorme preocupação com os direitos e garantias fundamentais de uma sociedade, especificamente quanto aos direitos sociais, garantindo sempre um mínimo de dignidade, com acesso à Justiça, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, além da proteção à infância.

Com a promulgação da nova constituição, esta assegurou ao seu povo nato ou naturalizado liberdades fundamentais, após 20 anos de arbitrariedades. A mesma em seu texto constitucional vetou torturas, penas cruéis, além de garantir incontáveis direitos anteriormente usurpados de seu povo como exemplo liberdade sindical, associativa, religiosa etc. Quanto a seara jurídica que é o que mais nos interessa, esta criou o STJ e o STF, além dos Tribunais Regionais Federais.

Notadamente para os advogados brasileiros, a nossa Constituição Federal de 1988, trouxe uma fundamental importância ao exercício de seu *mister*, em seu artigo 133, que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

decretando a indispensabilidade do advogado por cumprir função essencial à concretização da Justiça, dentro dos fundamentos constitucionais do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

O referido diploma legal determina que a função do advogado é de tamanha relevância, já que o mesmo além de ser fundamental para a correta prestação jurisdicional, somente este poderá postular em juízo em nome do cidadão, que desconhece toda a estrutura jurídica, ocupando de certo modo a função de mediador buscando sempre a defesa do direito e correta aplicação da lei.

Não se trata meramente de uma simples atividade profissional, prevista na lei nº. 8.906 de 04 de julho de 1994, mas sim de um função pública, pois quando este postula em juízo em nome de um cidadão ou de uma coletividade ele provoca o judiciário até então inerte, para que este simplesmente aplique o direito em si a partir dos debates, teses, e argumentos jurídicos que são apresentados na defesa de seu constituinte, procurando convencer o julgador e chegar a uma decisão justa.

A advocacia desempenha também um papel fundamental na organização e constituição do Poder Judiciário, um vez que o advogado, quando no exercício de sua função, contribui para a preservação do Estado democrático de Direito. O advogado opera de forma autônoma sem qualquer dependência aos demais operadores do Judiciário e em muitas oportunidades, vai além da defesa de seu constituinte porque suas declarações visam também os interesses maiores do povo brasileiro, destinatário final da aplicação do Direito.

## **PRINCIPIO DA ISONOMIA E SUA IMPORTÂNCIA ENTRE OS OPERADORES DO DIREITO**

O preceito constitucional é taxativo quanto à indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, sendo raros os procedimentos que independem de sua participação para que sejam efetivados.

No litígio necessariamente há de se ter a representatividade da Parte por Advogado, sob pena de ferir preceitos elementares, independente de qual seja a seara da prestação jurisdicional. Atente-se em âmbito criminal, a atuação do advogado é de tamanha relevância sem a qual não se desenvolve o devido

processo legal, sendo possível inclusive atuar a par do Representante do Ministério Público, na qualidade de Assistente de Acusação.

Fato certo é que nestas ocasiões, àquele atua como *mister* do ofício, Agente do Estado, deve ter seu trabalho reconhecido, porquanto representar os interesses da vítima ou de seus familiares, enfim, não há processo sem a efetiva participação do Advogado.

O texto legal estatutário nos leva a reflexão que não há qualquer subordinação entre Advogados, Magistrados e Membros do Ministério Público, sendo ademais que o promotor de justiça em procedimento criminal é parte em paridade ao advogado na atuação.

Neste mesmo sentido, diversos são os julgados dos Tribunais deste país:

*Protesto. Registro necessário. Advogado e seu papel. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados e magistrados. O advogado exerce seu mister no mesmo plano de igualdade do juiz (Lei no 8.906/94, art. 6º ) [...] (TRT-2, RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO RO 15450200290202002 SP 15450- 2002-902-02-00-2)*

Ausente o advogado, não se perfaz a administração da justiça, pois é ele quem assegura a defesa dos interesses das partes em juízo, o alcance do conceito "exercício de advocacia" leva a conclusão de que sem a qual não há justiça por meio do processo legal.

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA LEI Nº. 10.826/2003**

Dizer que o Advogado é indispensável ao bom funcionamento da justiça e que não existem diferenças entre magistrados, membros do ministério público e advogados ao compasso em que lhe privam os direitos e garantias fundamentais ao exercício profissional insculpidos no art. 5º inciso XIII da CF-88., XIII – "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer:"

Como pode um advogado exercer livremente seu ofício ou função se o mesmo tem que ir até ao cliente, muitas vezes em favelas, tendo inclusive de fazer muitas vezes a própria cobrança de seus honorários a fim de manter sua

própria subsistência, tudo isso totalmente desprotegido, em quanto o promotor de justiça e o magistrado tem o réu ali algemado além de vários policiais armados dentro do fórum, sendo que o réu não sabe nada da vida daquele que o acusa, nem do outro que o julga, mas sabe tudo sobre a vida do advogado que lhe assiste, vale lembrar que o escritório profissional do advogado não possui policiamento bancado pelo estado. Cadê a isonomia?

Ressaltemos que o conceito operacional de inviolabilidade comporta interpretação extensiva devendo portanto ser admitida a proteção da dignidade profissional e liberdade física do advogado, bem como seu direito basilar deste profissional, bem como de qualquer outro cidadão... o direito a vida; o exercício regular de ofício e sua liberdade física, uma vez que o mesmo é indispensável a administração da justiça em todos as suas áreas de jurisdição.

A advocacia se aperfeiçoa mediante a atuação livre, consciente e direta do titular da capacidade postulatória, art. 103 do Novo Código de Processo Civil (CPC) *"A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil"*

Podemos concluir que essa capacidade postulatória é uma ferramenta garantidora da pessoa do advogado, pondo-o em igualdade de condições aos juizes e promotores de justiça, já que a ausência deste profissional invalida todo e qualquer ato processual.

Os índices de violência urbana são mais de que reais e o pior de tudo são sempre crescentes, a cada dia que passa os crimes cometidos contra advogados no exercício de sua função não nos projetam a visões nada românticas a acerca do entendimento esposado de que direito ao porte de arma por esses profissionais se operará em favor não só do operador do direito, mas também em benefício do jurisdicionado (cidadão).

Imprescindível perquirir as condições reais de tempo, lugar e modo em que o exercício da advocacia se realiza, e, portanto como o direito a ampla defesa se desenrola. Devemos relembrar o fato de que o Advogado vai até ao cliente sem qualquer proteção ou chance de defesa, em busca dos seus honorários, em quanto o juiz e o promotor não vão e via de regra estes dois últimos profissionais se guarnecem por traz das muralhas dos fóruns onde há segurança privada ou estatal (polícia militar).

No âmbito forense promotores de justiça e magistrados preservaram seu direito fundamentais de proteção a vida, bem como seu exercício profissional, uma vez que possuem amparo em suas leis orgânicas para a efetivo proteção de suas vidas.

Lei orgânica do ministério público, art. 42 da lei nº. 8.625/1993:

*Art. 42. Os membros do Ministério Público terão carteira funcional, expedida na forma da Lei Orgânica, valendo em todo o território nacional como cédula de identidade, e porte de arma, independentemente, neste caso, de qualquer ato formal de licença ou autorização. (grifos nosso)*

*Lei orgânica da magistratura, art. 35 da lei complementar nº. 35/1979.*

*Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:*

*[...]*

#### **V - portar arma de defesa pessoal**

Neste norte, não se pode olvidar que o exercício da profissão do Advogado possui os mesmo riscos daquela desenvolvida por Juízes de Direito e Promotores de Justiça, ainda que figurem em polos diversos nas demandas judiciais.

A partir daí, denota-se que o Estatuto da Advocacia foi omissivo com relação à garantia legal dos advogados em ter o porte de arma de fogo, justamente por essa a razão tramita o Projeto de Lei nº. 704/2015 de autoria do Deputado Federal Ronaldo Benedet, a qual se encontra pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Importante ressaltar que o porte de arma de fogo para defesa pessoal não é e nem nunca será obrigação, mas sim faculdade, podendo o administrador da justiça no gozo de sua profissão seja ela a advocacia, magistratura, e ministério público, fazer tal requerimento ou não, a única diferença é que as duas ultimas terão seus pleitos prontamente atendidos, porquanto o profissional liberal estará fadado a morrer literalmente por sua profissão.

No tocante a legislação atinente a matéria os advogados são tratados de modo desiguais pela legislação infralegal, pois enquanto a Lei Orgânica da Magistratura e a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a estes o direito ao porte de arma de fogo para defesa de suas vidas, já que considera seus respectivos exercícios funcionais relevantes, o advogado que exerce papel similar no bom

funcionamento da justiça é talvez visto como uma peça dispensável e facilmente substituível já que deixa a vida deste profissional tão somente a cargo da defasada segurança pública.

O Advogado tem a opção de exercer ou não o seu mandato ao interesse da Parte, e quando assim o faz, por vezes é mal interpretado conquistando de imediato a adversidade rancorosa da Parte adversa, que por sua vez, esta também contratará outro Advogado que de igual forma por vezes viverá a mesma experiência.

Deve-se lembrar também que o advogado vive de honorários, não percebendo nenhum auxílio estatal a título de salário ou seja, o mesmo somente poderá se manter caso trabalhe e muitas vezes cobre por eles, diferentemente dos demais operadores que possuem o estado por trás dando-lhes total apoio não só financeira, mas também de segurança.

Tamanho é o equívoco de muitas pessoas que vivem e submetem-se a processos de qualquer ordem e natureza, e que muitas vezes que acabam de forma equivocada e diversa da pretendida, neste momento a parte direciona ao Advogado um tratamento de inimizade, não distinguindo a exigibilidade da sua atuação profissional, colocando assim em risco a sua integridade física e a sua própria vida, os fatos recentes tem com muita lástima assim revelado.

Importante salientarmos que o direito ao porte de armas defendido, não se trata de um mero privilégio, mas sim uma questão de isonomia entre advogados, membros do ministério público e magistrados, além de ser uma questão de sobrevivência e de proteção aos seus direitos e garantias fundamentais.

Logo, a extensão do direito de portar armas de fogo aos advogados se sustenta pelos mesmos fundamentos etiológicos. Afinal, não há hierarquia nem subordinação entre os mencionados operadores do direito (art. 6º, "caput", da Lei nº 8.906/94).

## **CONCLUSÃO**

Por fim, entendemos que a função desempenhada pelo advogado vai além da própria função em si, uma vez que ausente o operador do direito, o poder judiciário continuaria inerte além de não se estabelecer o contraditório e a ampla defesa institutos basilares da nossa constituição.

Pode-se olvidar que a isonomia entre o ministério público, magistrado e advogado é imprescindível ao bom funcionamento do Poder Judiciário, já que cada operador desempenha seu papel fundamental e insubstituível. Porém a cada dia que passa o exercício profissional do advogado tem ficado comprometido, uma vez que o mesmo não dispõe de condições mínimas para prover sua própria segurança. Prova disso é o fato que mais advogados morrer assassinados por ex-clientes de que juízes e promotores.

Ora o magistrado e o promotor de justiça exercem suas funções basicamente nas dependências do fórum ou tribunal, na qual possuem segurança estatal (Polícia Militar), porquanto o advogado exerce sua função nas ruas pois muitas vezes o profissional deve ir até o cliente ou em seus escritórios que a cada dia que passa está mais difícil de manter aberto, por questões financeiras.

As leis orgânicas da magistratura e do ministério público defenderam o direito constitucional a legítima defesa de seus membros, ao permitirem que os mesmos possam portar uma arma de fogo para defesa pessoal ou não, ao passo que a advocacia brasileira teve esse mesmo direito cassado quando ficou silente por duas vezes, sendo a primeira em 1994 com a lei 8.906 e a segunda vez em 2003 com a lei 10.826.

Esperou-se ainda esclarecer que a defesa a vida do advogado, deve ser respeitada e protegida, devendo sua valorização ser estimulada, para que as relações profissionais (advogado-cliente) e os resultados adquiridos ao fim de um processo positivos ou não, não coloquem em risco a vida do operador e caso ocorra, que o referido profissional tenha o mínimo de chance de exercer seu direito constitucional a defesa pessoal, lembrando que advocacia brasileira de modo geral tem sofrido incontáveis perdas uma vez que os advogados morrem sem terem qualquer chance de defesa, ou guarita estatal.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Brasília, DF, Senado, 1993.
- BRASIL. Lei Complementar nº. 35, de 14 de março de 1979. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF, Senado, 1979.

- BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, Senado, 1994.
- BRASIL. Lei nº. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Brasília, DF, Senado, 2003.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 31 maio 2018.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. A Crise Da Advocacia No Brasil (Diagnósticos e perspectivas), 2ª ed, São Paulo: Alfa-Omega 1994.
- AQUAVIVA, Marcus Cláudio. Ética Jurídica, 1ª ed. São Paulo: Desafio Cultural 2002.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. História da Advocacia e da OAB no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8326>>. Acesso em: 7 abr. 2015.
- BITTAR, Eduardo C.B. Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional, 2ª edição atualizada e ampliada – São Paulo : Saraiva, 2004.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade – 3. Ed - Malheiros Editores, 2003.
- Cartilha de prerrogativas: Comissão de direitos e prerrogativas, Sergei Cobra Arbex (org.). 2ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 29.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995.<<http://jus.com.br/artigos/2852/o-abuso-de-poder-e-as-prerrogativasdoAdvogado#ixzz3WoVOQ6k1>>
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo 53, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MARTINS, Joaquim de Campos. Sistema jurídico nacional: o advogado, o juiz e o promotor. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2962, 11 ago. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19755>>. Acesso em: 28 jan. 2017.



---

# *RESSIGNIFICAÇÃO DA POSIÇÃO PROCESSUAL DO INPI NAS AÇÕES DE NULIDADE: UM LITISCONSORTE DINÂMICO. NECESSIDADE DE AFETAÇÃO DO TEMA PELO STJ*

---

*Marcelo Mazzola*<sup>1</sup>

*Nathalia Ribeiro*<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa a controvérsia envolvendo a posição processual do INPI nas ações de nulidade, que, há muito, divide a doutrina e a jurisprudência. Em demandas dessa natureza, sobressai a tutela do interesse público e o INPI, a rigor, não defende interesse próprio, o que o autoriza a migrar de polo (litisconsorte dinâmico), tal como ocorre com os entes públicos na Ação Popular e na Ação de Improbidade Administrativa. Essa base teórico-normativa permite delinear, com mais segurança, a natureza de sua intervenção e compreender alguns reflexos processuais. Diante da relevância prática do tema e da divergência de posicionamentos, propõe-se a sua afetação pelo STJ, a fim de que o assunto seja equalizado em âmbito nacional.

**Abstract:** This article analyzes the controversy concerning the BPTO's procedural position in lawsuits involving the declaration of nullity of industrial property rights, which for long time now has been dividing doctrine and jurisprudence. In such actions, the public

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela UERJ. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado. mmazzola@dannemann.com.br

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Advogada. nribeiro@dannemann.com.br

interest protection stands out, and the BPTO does not defend its own interests, which allows the public entity to migrate between the parties (dynamic co-party), such as occurs in Popular Action and in Administrative Improbability Actions. This theoretical-normative basis allows to shape, with greater assurance, the judicial nature of BPTO's intervention and to understand its procedural impacts. Considering the practical relevance of the theme and the dissenting positions, the Superior Court of Justice shall issue a binding decision regarding the subject.

**Palavras-chave:** INPI. Posição processual. Interesse público. Litisconsorte dinâmico. Remessa necessária. Ônus sucumbenciais. Afetação pelo STJ.

**Keywords:** BPTO. Procedural position. Public interest. Dynamic co-party. Mandatory review. Court costs and counsel fees. Expectation of a binding precedent from the Superior Court of Justice.

## 1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje a discussão acerca da posição processual do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de marcas, patentes e desenho industrial.

Trata-se de tema recorrente e altamente polêmico tanto na doutrina como na jurisprudência.<sup>3</sup>

A relevância da matéria não é meramente teórica ou acadêmica, mas também prática. Definir a natureza da intervenção do INPI em demandas dessa natureza é fundamental para compreender alguns reflexos na esfera processual.

Com efeito, a depender do entendimento que se tenha sobre a posição do INPI, isso pode afetar, por exemplo, as regras de competência, a dinâmica da remessa necessária, a fixação dos ônus sucumbenciais, com repercussão, também, nos ônus, poderes, deveres e faculdades do ente público em juízo.

Discute-se, em linhas gerais, se o INPI seria assistente simples, assistente litisconsorcial, amicus curiae, réu ou interventor sui generis.

A ideia deste artigo é analisar e dialogar com cada uma das correntes acima e

---

<sup>3</sup> Não abordaremos neste artigo outras ações judiciais envolvendo atos administrativos do INPI (como, por exemplo, ações de nulidade contra o indeferimento de pedidos de registro), por entender que inexistente controvérsia sobre a sua posição processual de réu.

sustentar, ao final, a tese de que o INPI, na realidade, é um **litisconsorte dinâmico**, autorizado a realizar a chamada migração interpolar.<sup>4</sup> A base teórico-normativa que autoriza essa mudança de polo pelo ente público pode ser extraída da Lei de Ação Popular (art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/1965) e da Lei de Improbidade Administrativa (art. 17, §3º, da Lei nº 8.429/92).

Analisaremos, ainda, alguns reflexos processuais decorrentes dessa nova compreensão, propondo, no último item, a afetação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que a matéria seja equalizada, evitando-se que a dispersão jurisprudencial fomente iniciativas de gestão judiciária (*court management*) sem coesão nacional.<sup>5</sup>

## 2. PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Os artigos 56, 118 e 173 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96)<sup>6</sup> estabelecem que o INPI tem legitimidade para propor ações de nulidade de patente, desenho industrial e marca, respectivamente.

Por sua vez, quando as ações de nulidade forem ajuizadas por pessoas com “legítimo interesse”, **a autarquia federal deverá, necessariamente, intervir no feito**, assumindo a obrigação de publicar a anotação da decisão final transitada em julgado, para ciência de terceiros (arts. 57, caput e § 2º, 118 e 175, caput e § 2º, da LPI<sup>7</sup>).

<sup>4</sup> O marco teórico do presente artigo é o trabalho de Antonio do Passo Cabral, intitulado “Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda”. Em linhas gerais, o doutrinador sustenta que, em razão do dinamismo da relação processual, a legitimidade e o interesse processual devem ser compreendidos como aspectos cambiantes. Nessa linha, defende a legitimidade como atributo transitivo (legitimidade ad actum) e propõe a aplicação do conceito de “zonas de interesse”, permitindo a segmentação da participação processual. (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense, v. 404, jul./ago./2009., p. 03-42).

<sup>5</sup> Recentemente, por exemplo, a Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro publicou uma portaria (JFRJ – Portaria 2018/00110), estampando seu entendimento sobre a posição processual do INPI no âmbito daquele tribunal e criando uma nova sistemática no processamento das ações de nulidade. Faremos algumas observações a respeito no item 6.

<sup>6</sup> Art. 56. A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.

Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

Art. 173. A ação de nulidade poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.

Parágrafo único. O juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios.

<sup>7</sup> Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

Ocorre que a lei não é clara acerca da natureza dessa intervenção obrigatória. Consequentemente, não há uma homogeneidade de entendimentos no plano doutrinário e jurisprudencial.

Parte da doutrina defende que o INPI seria **litisconsorte passivo necessário (réu e somente réu)**, sob o fundamento de que o objeto da ação de nulidade é um ato administrativo da própria autarquia (a concessão do registro ou da patente), de modo que o INPI deve figurar no polo passivo para defendê-lo.

Nesse sentido, Lelio Denicoli Schmidt defende que “a necessariedade do litisconsórcio passivo advém não só da incidibilidade da relação jurídica deduzida em juízo, mas também do próprio texto legal”<sup>8</sup>

No plano jurisprudencial, alguns julgados do STJ<sup>9</sup> e dos Tribunais Regionais Federais<sup>10</sup> também reconhecem a condição de réu do ente público.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros. Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

<sup>8</sup> SCHMIDT, Lélío Denicoli. O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte? *Revista de Processo*, nº 94, abr./jun./1999, p. 215. Em sentido contrário, Nathalia Mazzoneto assinala que “a correta compreensão do papel do INPI no contexto da constituição de direito de propriedade industrial não permite concluir, da atual redação dos arts. 57 e 175, da LPI, se tratar ele de um litisconsorte necessário das ações que resultam em nulidade de direitos, a nosso ver.” Na visão da doutrinadora, “a intervenção que determina o legislador não importa integração na qualidade de sujeito processual, mas sim a possibilidade de participar, caso não encabece a demanda, única hipótese em que a competência da Justiça Federal é absoluta.” (MAZZONETTO, Nathalia. *Arbitragem e propriedade intelectual: aspectos estratégicos e polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41).

<sup>9</sup> “Ainda que se tratasse de ação de nulidade de registro propriamente dito, não há como negar a legitimidade do INPI para figurar no polo passivo; porquanto, ao contrário do que defende a recorrente, há interesse da autarquia na convalidação de sua decisão proferida em processo administrativo de nulidade, tendo em vista que a invalidação implicará comando ao INPI para que, em cumprimento à sentença, desconstitua o registro anteriormente proferido.” (STJ, REsp nº 1184867/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta turma, DJe 06/06/2014). No mesmo sentido REsp nº 1258662/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 05/02/2016 e REsp nº 1464975/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14/12/2016.

<sup>10</sup> TRF-1: AC nº 00275507020084013800, Rel. Juíza Federal Maria Da Penha Gomes Fontenele Meneses, Sexta Turma, DJe 08.04.17; TRF-2: AC nº 0027697-07.2012.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Marcello Ferreira de Souza Granado, 2ª Turma Especializada, DJe 13.11.17; AC nº 0058107-48.2012.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, 1ª Turma Especializada, DJe 07.04.2017; AC nº 0524317-60.2005.4.02.5101, Rel. Des. Fed. André Fontes, 1ª Turma Especializada, DJe 06.04.16; AI nº 0013515-56.2013.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva, 2ª Turma Especializada, DJe 05.12.13; TRF-3: AC nº 0024054-68.2005.4.03.610, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, Quinta Turma, DJe 25.11.16, AC nº 0024567-65.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, Quinta Turma, DJe 01.09.15, AC nº 0028865-42.2003.4.03.6100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, DJe 19.08.15, AC nº 2005.61.05.900003-9, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, 1ª Turma, DJe 04.11.13, AC nº 2001.03.99.029851-8, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, 2ª Turma, DJe 27.06.13; TRF-4: AI nº 5026738-92.2017.4.04.0000, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, Terceira Turma, DJe

Por sua vez, Cassio Scarpinella Bueno destaca que o INPI somente deverá figurar como litisconsorte passivo necessário se a causa de pedir envolver algum comportamento antijurídico adotado pela autarquia, e não em qualquer ação de nulidade de direitos de propriedade industrial, quando, então, deveria figurar como *amicus curiae*.<sup>11</sup>

Por outro lado, há quem sustente que o INPI deveria figurar como **assistente simples**, cabendo ao ente público escolher uma das partes para assistir, à luz do interesse público e observando-se os princípios e as regras que regem o sistema de propriedade industrial.<sup>12</sup> Sob essa ótica, o STJ já impediu, por exemplo, o ente público de recorrer por ter o assistido celebrado acordo judicial com a parte contrária (caso julgado no contexto do CPC/1973).<sup>13</sup>

28.11.17, AC nº 5064964-51.2013.4.04.7100, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Pezzi Klein, Terceira Turma, DJe 25.04.17, AC nº 5002488-27.2011.404.7009, Rel. Des. Fed. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, Quarta Turma, Decisão 27.07.16, AC nº 5000386-51.2010.404.7208, Rel. Des. Fed. Candido Alfredo Silva Leal Junior, Quarta Turma, DJe 05.11.15; TRF-5: AC nº 00000068620114058102, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, Terceira Turma, DJe 02/06/14.

<sup>11</sup> “Se, na causa de pedir, houver a descrição de algum comportamento antijurídico praticado por aquela autarquia, ela deverá ser parte, em litisconsórcio passivo necessário com o beneficiário de seu ato administrativo. Se, entretanto, a ação de nulidade pretender a desconstituição da própria patente, desenho industrial ou marca (aquilo que está contido no invólucro do registro e não, propriamente, o registro), não vemos como, por isso – só por isso – deva ser o INPI parte. (...) A intervenção do INPI, naqueles casos em que não seja ou possa ser autor ou réu – ou, quando menos, na medida em que não se entenda que ele seja autor ou réu – só poderá ser na qualidade de *amicus curiae*” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290-292)

<sup>12</sup> “Para formar nosso entendimento, optamos, então, por posição menos ortodoxa de interpretação da lei especial, concluindo que a intervenção do INPI prevista nos arts. 57 e 175 da Lei 9.279/96, ainda que tornada obrigatória, caracteriza-se como simples ou adesiva, nos moldes do art. 50 do CPC. (...) Logo, há de ser vista com ressalvas a posição adotada pela autarquia nas demandas anulatórias, em seu conteúdo prático, mas, de qualquer sorte, consubstanciado nas razões já expostas, somos por admitir sua intervenção como assistente simples da parte que assim desejar.” (ROCHA, Fabiano de Bem da. *Ações anulatórias de direitos da propriedade industrial e o INPI - litisconsorte ou assistente?*. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/fabiano\\_rocha.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/fabiano_rocha.htm). Acesso em: 15.05.18).

<sup>13</sup> “O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia a figura do assistente, como sendo o terceiro, não integrante da lide, que possui, direta ou indiretamente, interesse jurídico no processo. Em possuindo interesse jurídico direto, tem-se a assistência litisconsorcial; em possuindo somente interesse jurídico indireto, opera-se a assistência simples, regulada no art. 50 daquele diploma processual (...) Na assistência simples, também chamada adesiva, o interesse do assistente não decorre diretamente do litígio, e sim dos possíveis efeitos da solução da lide, razão pela qual é chamado de interesse jurídico indireto. O efeito processual dessa diferença é que o assistente litisconsorcial possui liberdade para questionar e proceder em juízo como melhor convier à satisfação dos seus interesses; por outro lado, o assistente simples tão somente adere às razões da parte assistida, não podendo ir contra seus interesses. No campo recursal, o principal efeito dessa diferença é que o assistente simples não possui legitimidade para recorrer caso não tenha o assistido interposto recurso ou tenha desistido. (...) Como se vê, o acordão a quo posicionou-se em sentido contrário ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o assistido não interpôs apelação, não tendo o assistente (INPI), conseqüentemente, legitimidade recursal para tanto, razão pela qual deve ser provido o recurso nesse ponto. (AREsp nº 799.400/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.11.16).

Registre-se que o INPI, via de regra, defende que sua posição processual é de assistente,<sup>14</sup> alegando a existência de uma assistência “muito peculiar e especial”.<sup>15</sup>

De outra banda, não são poucas as decisões dos Tribunais Regionais Federais reconhecendo que o INPI seria **assistente litisconsorcial**, seja em razão dos efeitos produzidos pela sentença de nulidade, seja em razão da independência dos seus atos processuais, sobretudo à luz do interesse público, independentemente da postura adotada pelo assistido.<sup>16</sup>

Sob outro prisma, vale mencionar o entendimento do Procurador Federal Antonio André Muniz de Souza no sentido de que o INPI seria um “**terceiro interveniente inominado especial**”. Em sua visão, a autarquia federal possui “interesse jurídico presumido por lei e diverso daquele das partes, para a defesa do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.<sup>17</sup>

Por fim, cumpre registrar que, em decisões mais recentes, o STJ vem adotando o entendimento de que a definição da posição processual do INPI depende da análise da causa de pedir da ação de nulidade e da própria conduta do ente público.

Para a corte infraconstitucional, se o INPI tiver dado causa à propositura da demanda, deverá figurar como litisconsorte passivo necessário, arcando, inclusive, com os ônus sucumbenciais. Porém, se não for essa a hipótese, a intervenção da autarquia nas ações de nulidade terá natureza “**sui generis**”,<sup>18</sup> uma espécie de

---

<sup>14</sup> Contestação apresentada pelo INPI nos autos do processo nº 0104285-50.2015.4.02.5101, em curso perante a 31ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>15</sup> Contestação apresentada pelo INPI nos autos do processo nº 0152250-24.2015.4.02.5101, em curso perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>16</sup> “(...) não se pode olvidar que o INPI, no caso, não atua como órgão imune ao menos a uma parcialidade judicial, porquanto, é no mínimo assistente litisconsorcial de uma das partes em processos em que se discute validade de patentes por ele concedidas, sendo certo que em razão disso a revisão de um de seus atos administrativos, agora em favor de uma das partes, acaba colidindo com a pretensão de outra, trazendo a causa ao Poder Judiciário na forma do art. 5º, XXXV, da CRFB e da parte final da Súmula 473 do STF” (TRF-2, AI nº 0015134-21.2013.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, 1º Turma Especializada, DJe 03.07.14). No mesmo sentido: TRF-1, AI nº 01000061818, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, DJ de 28.04.03; TRF-5 AC nº 0009097122011405810001, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, Quarta Turma, DJe 07.12.17.

<sup>17</sup> SOUZA, Antonio André Muniz de. “O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade – nova interpretação conforme a lei da propriedade industrial”. Revista CEJ - Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 28, p. 114, jan./mar./2005.

<sup>18</sup> “Por não se comprometer com o interesse individual de quaisquer das partes, o INPI, ao menos em tese, tem posição processual própria e independente da vontade das partes litigantes, o que de fato distancia a intervenção da LPI das intervenções típicas previstas no CPC.” (STJ, REsp nº 1.258.662/PR, Min. Rel. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, DJe 05.02.16).

“assistência especial”<sup>19</sup>. Nesse caso, o INPI não deverá ser responsabilizado pelo pagamento das custas e dos honorários advocatícios.<sup>20</sup>

Pois bem, antes de nos posicionarmos, iremos dialogar com cada um dos entendimentos mencionados, tecendo singelas considerações.

### 3. ANÁLISE SINTÉTICA DAS DIFERENTES CORRENTES

#### a) Assistência simples/litisconsorcial

A assistência é modalidade de intervenção de terceiros, que permite ao terceiro interveniente (chamado assistente) ingressar no processo para auxiliar uma das partes da demanda (o assistido) a obter sentença favorável.

De acordo com Alexandre Câmara, “requisito essencial para a admissão do terceiro como assistente é que tenha ele interesse jurídico na causa (art. 119)”<sup>21</sup>

No caso da assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando ser titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida e fica vinculado à vontade do assistido.<sup>22</sup>

Já na assistência litisconsorcial, o terceiro ingressa no feito alegando a existência de um interesse jurídico imediato na causa. Como afirma Fredie Didier, “trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido, daí porque seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária”<sup>23</sup>

<sup>19</sup> STJ, REsp nº 1.264.644/RS, Quarta Turma, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09.08.16.

<sup>20</sup> Tal posicionamento vem sendo prestigiado por alguns Tribunais Regionais Federais. A propósito, vide TRF-2: AC nº 0131856-93.2015.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, 1ª Turma Especializada, DJe 25.08.17; AC nº 2014.51.01.003380-1, Rel. Des. Fed. Antonio Ivan Athié, DJe 29.03.17; AC nº 0503580-50.2016.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, 1ª Turma Especializada, DJe 13.12.16; AC nº 0007488-46.2014.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Vice-Presidência, DJe 31.05.17; TRF-3: AC nº 0032274-50.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, Segunda Turma, DJe 01.06.17; TRF-4: AC nº 5003564-70.2012.4.04.7003, Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto, Terceira Turma, DJe 20.03.18; AC nº 5013928-77.2012.4.04.7205, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, Quarta Turma, DJe 28.10.16.

<sup>21</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 85-87.

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 481 e 484.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 487-488.

Nesse contexto, respeitadas as opiniões em contrário, a posição processual do INPI em ações de nulidade de patentes e registros de direitos de propriedade industrial não é de assistente simples ou litisconsorcial.

Isso porque, a assistência, a rigor, é facultativa (artigo 119 do CPC<sup>24</sup>), o que, a toda evidência, não é a hipótese da Lei de Propriedade Industrial. Como visto, o diploma especial estabelece que a “intervenção” do INPI será **obrigatória** em todas as ações de nulidade.

E mais, caso realmente fosse assistente, poderia, em tese, optar por intervir no feito, contrariando frontalmente o comando legal da lei específica. Nesse caso, isto é, sem a sua intervenção, restaria afastada a competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar as ações de nulidade (arts. 57 e 175 da Lei nº 9.279/96), por se tratar de um litígio entre dois particulares, sem a participação de qualquer ente público.

Note-se, ainda, que a assistência pressupõe a existência de “interesse jurídico no feito”, o que também não se aplica ao INPI, pois não defende direito material próprio, e sim interesse social difuso, com foco na livre concorrência e no desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

De fato, a sentença proferida nos autos da ação de nulidade não possui, a rigor, reflexo direto na relação jurídica mantida entre o INPI e o adversário do assistido (art. 124 do CPC<sup>25</sup>).

Registre-se, também, que, na qualidade de mero assistente simples, sequer poderia impedir, por exemplo, que a parte reconhecesse a procedência do pedido, desistisse da ação, renunciasse ao direito sobre o que se funda a demanda ou transigisse sobre direitos controvertidos (art. 122 do CPC<sup>26</sup>), o que, sem dúvida, esvaziaria a plenitude de defesa do interesse público.

Por fim, a incompatibilidade da assistência (simples ou litisconsorcial) fica ainda mais evidente quando o INPI, não raro, defende, por exemplo, a nulidade parcial da patente (art. 47 da LPI) ou do registro de marca (art. 165, parágrafo único, da LPI), posicionando-se em sentido contrário a ambos os litigantes.

---

<sup>24</sup> Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

<sup>25</sup> Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

<sup>26</sup> Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

b) *Amicus Curiae*

De acordo com o artigo 138 do CPC, o *amicus curiae* é a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, que poderá ser convocada a integrar a lide – de ofício pelo juiz/relator ou a requerimento das partes – para prestar esclarecimentos técnicos e específicos sobre a matéria objeto da controvérsia.

Na visão de Alexandre Câmara, “é um terceiro que ingressa no processo para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa, sendo certo que o que legitima a sua intervenção é um interesse institucional”.<sup>27</sup>

Sob esse prisma, não nos parece que a figura do *amicus curiae* seja a mais adequada para caracterizar a intervenção do INPI nas ações de nulidade, seja pelas suas especificidades, seja pelas limitações que seriam impostas à autarquia federal na defesa do interesse público.

Como se sabe, os poderes do *amicus curiae* são bastante limitados. De acordo com o CPC/15, autoriza-se apenas a oposição de embargos de declaração e a interposição de Recursos Especial/Extraordinário contra o acórdão do IRDR (art. 138, §§ 1º e 3º<sup>28</sup>).<sup>29</sup> Sem dúvidas, são restrições que limitariam muito a defesa do interesse público em juízo e a própria atuação do INPI, que, a rigor, participa ativamente de todos os atos processuais.

Ainda que o magistrado possa definir eventuais poderes adicionais do *amicus curiae* (art. 138, §2º, do CPC<sup>30</sup>), isso também não é suficiente, pois, como dito, a atuação do INPI deve ser plena e irrestrita, diante do interesse público em discussão.

Por outro lado, a intervenção do INPI no feito, na qualidade de *amicus curiae*,

<sup>27</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105.

<sup>28</sup> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>29</sup> Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN, ADC e ADO – Lei nº 9.868/99 e ADPF – Lei nº 9.882/99), o STF vem admitindo a sustentação oral do *amicus curiae* e a sua participação em audiências públicas.

<sup>30</sup> Art. 138. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*

sequer preveniria a competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações de nulidade (art. 138, § 1º, do CPC), o que obrigaria a autarquia federal a atuar em ações espalhadas nos mais longínquos foros estaduais do país, prejudicando certamente a defesa do interesse público.

c) Litisconsórcio passivo necessário (réu e SOMENTE réu)

Como se sabe, existe litisconsórcio quando há uma pluralidade de sujeitos em um polo da relação processual. Este pode ser ativo (dois ou mais sujeitos no polo ativo) ou passivo (dois ou mais sujeitos no polo passivo). Também pode ser facultativo ou necessário. Facultativo será quando não for obrigatório, isto é, quando a sua formação estiver a critério dos litigantes. Por sua vez, necessário será quando houver determinação legal (art. 114, primeira parte, CPC) ou, pela natureza da relação jurídica controvertida, “a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”<sup>31</sup>

No caso das ações de nulidade envolvendo direitos de propriedade industrial, quando o INPI não for autor, deve, obrigatoriamente, figurar no feito. Existe, portanto, uma determinação legal, o que sugere um litisconsórcio passivo necessário.

A questão é que, apesar da fotografia inicial ser de um litisconsórcio passivo necessário, isso não significa que o INPI seja, tecnicamente, réu e somente réu da ação. Como demonstraremos no próximo item, sua posição não é estática, podendo migrar para o polo autoral.

Isso porque, o INPI não é o titular do bem imaterial objeto da lide, isto é, não defende um direito material próprio. A bem da verdade, na qualidade de órgão responsável pela concessão de registros de direitos de propriedade industrial, o INPI atua objetivando a proteção do interesse público, que poderá ser convergente (ou não) com a pretensão autoral.

Ademais, o simples fato de o INPI ser normalmente citado para responder os termos da ação não significa que possa ser tratado unicamente como réu. Como se sabe, a citação é o ato pelo qual são **convocados** o réu, o executado ou o interessado **para integrar a relação processual** (art. 238 do CPC/15). Ou seja, a mera citação não define a respectiva posição processual e tampouco se trata de um ato convocatório para o ente público necessariamente se defender.

---

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 449-455. Não abordaremos a diferença entre litisconsórcio simples e unitário, além de outras classificações relacionadas, pois o assunto foge aos perímetros deste trabalho.

Nem mesmo a obrigação do INPI de publicar a anotação da decisão final para ciência de terceiros o transforma em réu na acepção do termo, uma vez que se trata de atividade totalmente burocrática, sem qualquer repercussão na sua esfera de direitos.

Aliás, a publicação da anotação da decisão final deve ser compreendida como forma de preservação do interesse público no âmbito dos direitos de propriedade industrial, pois se trata de ato “destinado a proporcionar segurança jurídica a terceiros”,<sup>32</sup> consistindo, ainda, em execução imprópria que não tem o condão de transformar a autarquia federal em parte.<sup>33</sup>

Note-se, também, que muitas vezes o INPI concede um registro ou patente sem ter conhecimento de situações específicas (por exemplo, quando concede um registro de marca sem ter conhecimento de eventual má-fé do depositante, que vem a ser atacado por ação de nulidade, com fundamento no artigo 6º bis (3) da Convenção da União de Paris; ou quando a exploração anterior de tecnologia obstará a concessão da patente), o que evidencia ainda mais sua ausência de responsabilidade para justificar sua rotulação como réu.

Pense-se, ainda, na hipótese em que o depositante do pedido de registro falsifica documentos, obtendo o registro posteriormente. Nesse caso, parece intuitivo que o INPI também não pode ser considerado efetivamente “réu”, apesar de integrar a relação processual.

Na realidade, mesmo quando comete um equívoco em relação à aplicação das regras de registrabilidade ou de patenteabilidade do bem de propriedade industrial, a autarquia, que, repise-se, não defende direito próprio, pode perfeitamente rever seus atos em sede judicial – desde que o faça de forma fundamentada e observando o interesse público (trata-se de poder-dever da administração pública,<sup>34</sup> respaldado pelos Enunciados das Súmulas 346 e 473

---

<sup>32</sup> IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126.

<sup>33</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

<sup>34</sup> “A melhor posição consiste em considerar-se como regra geral aquela, segundo a qual, em face de ato contaminado por vício de legalidade, o administrador deve realmente anulá-lo. A Administração atua sob o princípio da legalidade (art. 37, CF), de modo que, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. Não é possível, em princípio, conciliar a exigência da legalidade dos atos com a complacência do administrador público em deixá-lo no mundo jurídico produzindo normalmente seus efeitos; tal omissão ofende literalmente o princípio da legalidade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 160).

do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>) –, estando o Judiciário autorizado a desconstituir o respectivo ato administrativo, se assim entender.

Em nossa opinião, o INPI somente deveria figurar como réu (e somente réu) nas ações de nulidade em hipóteses específicas, tais como quando atuasse com dolo, fraude ou erro grosseiro<sup>36</sup> durante o processo administrativo ou violasse o devido processo legal naquela esfera, deixando, por exemplo, de apreciar os documentos e argumentos deduzidos pelas partes em suas manifestações.

Nesses casos, não há como negar que o INPI deu causa direta à propositura da ação de nulidade (Princípio da Causalidade), e, ainda que migre de polo no decorrer da demanda, deve responder pelos ônus da sucumbência, proporcionalmente com o titular do direito desconstituído.

Outra hipótese é quando o INPI, uma vez convocado para integrar a relação processual, mantém a posição esposada na esfera administrativa, ratificando o ato administrativo objeto da ação de nulidade.

d) Terceiro interveniente inominado especial e interveniente *sui generis*/assistente especial

Como já mencionado, parcela da doutrina e alguns julgados mais recentes do STJ tratam o INPI como “terceiro interveniente inominado especial” e “interveniente *sui generis*/assistente especial”. Trata-se de tese interessante e inovadora – delineada nos votos dos Ministros Marco Aurélio Belizze e Luis Felipe Salomão –, que reconhece as peculiaridades inerentes às ações de nulidade e ressalta a importância de atuação do INPI na defesa do interesse público.

Tal posição está em linha com o entendimento aqui defendido no sentido de que o INPI não atua como assistente simples ou litisconsorcial, *amicus curiae* ou litisconsorte passivo necessário (réu e somente réu).

A ponderação, porém, é que não se identifica em tais decisões o substrato teórico-normativo para embasar a figura do “terceiro interveniente inominado especial” e/ou do “interveniente *sui generis*/assistente especial”, isto é, uma modalidade de intervenção de terceiros atípica, com peculiaridades próprias.

---

<sup>35</sup> Enunciado da Súmula 346 do STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Enunciado da Súmula 473 do STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, pois deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>36</sup> Art. 28 da Lei nº 13.655/18 - O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

A propósito, a criação dessa “figura especial” traz a reboque algumas dúvidas e questionamentos, que podem, eventualmente, causar flagrante insegurança jurídica.

Por exemplo, se o INPI não é um litisconsorte, mas sim um “interveniente sui generis”, como justificar a competência absoluta da Justiça Federal (o art. 109, I, da CF)?<sup>37</sup> Na condição de “interveniente especial”, pode contestar e recorrer livremente de qualquer decisão, inclusive em sentido contrário ao das partes envolvidas? Pode sustentar oralmente e propor ação rescisória? Cabe remessa necessária quando a decisão estiver no mesmo sentido do entendimento do INPI em sede judicial, ainda que ele esteja virtualmente no “polo passivo”? Como fica a questão da condenação sucumbencial? E mais, quais são os direitos, deveres, ônus e faculdades dessa figura atípica?

Daí porque se propõe uma releitura da posição processual do INPI, à luz da sistemática facultada aos entes públicos na Lei de Ação Popular e na Lei de Improbidade Administrativa, o que permitirá delimitar melhor a atuação da autarquia em juízo.

#### 4. INPI COMO LITISCONSÓRTE DINÂMICO: A POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO INTERPOLAR

Inicialmente, convém destacar que as únicas duas hipóteses típicas de migração interpolar<sup>38</sup> em nosso ordenamento jurídico estão previstas nos artigos 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular) e 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 (Ação de Improbidade Administrativa):

*Lei nº 4.717/65:*

*“Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.*

<sup>37</sup> O dispositivo constitucional não menciona o “interveniente” (figura atípica) para fins de fixação de competência. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

<sup>38</sup> Há quem entenda que essa possibilidade também se aplica à ação civil pública. (LEÃO, Edmara de Abreu. Migração entre polos na Ação Civil Pública. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06.08.16. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56490&seo=1>. Acesso em: 16.05.18). A jurisprudência do STJ confirma tal entendimento. Vide AgRg no REsp nº 1012960/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04.11.09 e REsp nº 791.042/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 09.11.06.

*§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”*

*Lei nº 8.429/92*

*“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*

*§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717.”*

Nessas hipóteses, após a citação (obrigatória) do ente público para integrar a lide, este terá a oportunidade de analisar o tema discutido no processo para definir se irá contestar a ação (oferecendo resistência à pretensão autoral), adotar posição processual neutra (deixando de contestar ou apresentar manifestação favorável à tese autoral), ou, ainda, deslocar-se de sua posição inicial (polo passivo) para o polo ativo da demanda, filiando-se à tese defendida pelo autor da ação.<sup>39</sup>

Na visão de Paulo Barbosa de Campos Filho, trata-se de dispositivo de “elevado sentido ético-administrativo”,<sup>40</sup> que permite a flexibilização da atuação do ente público, autorizando-se um movimento pendular, com foco na defesa do interesse público.<sup>41</sup> Com efeito, tal sistemática possibilita que o ente público transite entre os polos da Ação Popular e da Ação de Improbidade Administrativa a qualquer tempo.

Há quem entenda, ainda, que o ente público pode figurar, ao mesmo tempo,

---

<sup>39</sup> “Assegura-se com isso a possibilidade de ser assumida, pela pessoa jurídica titular do direito posto em causa, a atitude que melhor convenha ao público interesse, desde a contestar frontalmente o pedido, postulando-lhe a improcedência, até a de admitir-lhe a procedência, seja abstendo-se, apenas, de contestar a ação, seja solidarizando-se, ostensivamente, com o autor popular no ataque à validade do ato, por ele arguido de lesivo e de juridicamente vicioso. (...) Uma tal mobilidade de comportamentos processuais permite, para tudo dizer-se em poucas palavras, desde a enérgica e formal repulsa a acusações levianas, imprudentes ou injustas, até a pronta restauração do império da lei, com o reconhecimento do erro pela própria Administração, com todas as vantagens, materiais e morais, daí decorrentes para o público interesse”. (CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Da ação popular constitucional. São Paulo: Saraiva, 1968, p.125-126).

<sup>40</sup> CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Da ação popular constitucional. São Paulo: Saraiva, 1968, p.149.

<sup>41</sup> “A rotação pelos polos da ação, que é permitida pelo interesse público em jogo, tem passagem livre quando se observa que, na realidade, o autor da ação não é adversário da pessoa jurídica de interesse público.” (MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). Revista forense, v. 104, n° 400, nov./dez., 2008, p. 243). Nesse particular, vale conferir também TRF-4 5003564-70.2012.4.04.7003, Des. Rel. Rogerio Favreto, Terceira Turma, DJe 20.03.18.

em ambos os polos da ação, para viabilizar a defesa do interesse público, quando a parte formular pedidos distintos em face dele.<sup>42</sup>

Por sua vez, Antonio do Passo Cabral vai além e assinala que:

*a depender da condição do sujeito, a migração entre polos pode ser sucessiva, ou seja, se e quando o sujeito processual convencer-se do acerto das razões de outros sujeitos e decidir pela atuação conjunta consigo. Essa é a atuação dos sujeitos desinteressados, como o amicus curiae e os órgãos da administração pública. Tais entes não ficam presos a um polo, podendo migrar novamente se assim se convencerem, sempre em prol do interesse público.*<sup>43</sup>

Na visão do doutrinador, até mesmo as agências reguladoras, por força de sua condição de órgãos fiscalizadores, não podem ser compelidas a permanecer vinculadas a um determinado interesse material, já que, independentemente da posição processual em que se encontrem no processo, devem sempre manter sua

<sup>42</sup> Nesse sentido, vale conferir: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. MICROSSISTEMA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NOS POLOS PASSIVO E ATIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVER DE FISCALIZAR A ATUAÇÃO DOS DELEGATÁRIOS DO SUS. DIREITO A RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DECORRENTE DO REPASSE DE VERBA. 1. As ações de defesa dos interesses transindividuais e que encerram proteção ao patrimônio público, notadamente por força do objeto mediato do pedido, apresentam regras diversas acerca da legitimação para causa, que as distingue da polarização das ações uti singuli, onde é possível evitar a ‘confusão jurídica’ identificando-se autor e réu e dando-lhes a alteração das posições na relação processual, por força do artigo 264 do CPC. 2. A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por isso que regulam a legitimação ad causam de forma especialíssima. 3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do §2º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes. 4. O art. 6º da Lei da Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade a lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, verbis: 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. 5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjurar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no polo passivo em relação aos demais. 6. In casu, a União e demandada para cumprir obrigação de fazer consistente na exação do dever de fiscalizar a atuação dos delegatários do SUS e, ao mesmo tempo, beneficiária do pedido formulado de recomposição de seu patrimônio por força de repasse de verbas. 7. Revelam-se notórios, o interesse e a legitimidade da União, quanto a esse outro pedido de reparação pecuniária, mercê de no mérito aferir-se se realmente a entidade federativa maior deve ser compelida a fazer o que consta do pedido do parquet. 8. Recurso especial desprovido para manter a União em ambos os polos em relação aos pedidos distintos em face da mesma formulados. (STJ, REsp nº 791.042/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 09.11.06).

<sup>43</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense, v. 404, jul./ago./2009, p. 35.

imparcialidade em busca do interesse público, aderindo à tese que se coaduna com o bem comum.<sup>44</sup>

Especificamente em relação ao momento processual adequado para a migração interpolar, Alexandre dos Santos Macedo e Rodrigo Mazzei<sup>45</sup> reconhecem a possibilidade de o ente público se retratar a qualquer tempo, sem se cogitar o óbice da preclusão, na defesa do interesse público, desde que escorada em argumentos/provas (novos) que justifiquem a retratação.<sup>46</sup>

Cumpra ressaltar que a migração interpolar deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF e 8º do CPC/15), assim como os cânones da boa-fé e da cooperação<sup>47</sup> (arts. 5º e 6º do CPC/15), pressupondo-se uma fundamentação clara e adequada por parte do ente público.

De fato, “a mudança de papéis processuais da Administração não é livre e exige fundamentação idônea lastreada em juízo de legalidade”.<sup>48</sup>

Nesse particular, concordamos com Antonio do Passo Cabral no sentido de que essa mesma base teórico-normativa pode ser aplicada a outras demandas

---

<sup>44</sup> “(...) por serem órgãos fiscalizadores, que devem compor interesses variados em prol do bem comum, não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado. Qualquer que seja a posição processual em que se encontrem no processo, as agências atuam inspiradas no interesse público da regulação e fiscalização, e exercem suas faculdades processuais com imparcialidade”. (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense, v. 404, Rio de Janeiro: Forense, jul./ago./2009, p. 23)

<sup>45</sup> MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). Revista forense, v. 104, nº 400, nov./dez., 2008, p. 245.

<sup>46</sup> Nesse sentido, vide: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. MIGRAÇÃO DE ENTE PÚBLICO PARA O PÓLO ATIVO APÓS A CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA 1. Hipótese em que o Tribunal a quo concluiu que o ente público somente pode migrar para o pólo ativo da demanda logo após a citação, sob pena de preclusão, nos termos do art. 183 do Código de Processo Civil. 2. O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do pólo passivo para o ativo na Ação Popular é possível, desde que útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965. 3. Não há falar em preclusão do direito, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do pólo ativo a qualquer tempo. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial provido. (STJ, REsp nº 945238/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.04.09).

<sup>47</sup> Para uma análise mais vertical do princípio da cooperação, ver MAZZOLA, Marcelo. Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

<sup>48</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Ação de Improbidade e a transferência de polo processual. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acao-de-improbidade-e-a-transferencia-de-polo-processual-16062017>. Acesso em 16.05.18.

envolvendo entes públicos, como, por exemplo, às ações de nulidade envolvendo direitos de propriedade industrial.<sup>49</sup>

Como se sabe, o artigo 2º da Lei 9.279/96 protege os direitos de propriedade industrial, resguardando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nessa esteira, cabe ao INPI – autarquia federal<sup>50</sup> vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços –, a defesa do interesse público na concessão e nas disputas sobre marcas, patentes e desenhos industriais.

Exatamente por isso, a Lei de Propriedade Industrial prevê a intervenção obrigatória do INPI em ações de nulidade, sempre que não figurar como autor da demanda (artigos 57, 118 e 175 da Lei nº 9.279/96).

Como já salientado, o INPI não é citado para defender interesse próprio, e sim convocado para integrar a relação processual (art. 238 do CPC/15), com impessoalidade<sup>51</sup> e imparcialidade, sendo certo que sua intervenção tem como pressuposto a proteção do interesse público.

Sim, porque, diferentemente das partes, que possuem interesses econômicos nas ações de nulidade, o INPI atua com os olhos voltados para o interesse público, com foco na livre concorrência e no desenvolvimento nacional.

Nesse contexto, entendemos que, apesar de o retrato inicial do INPI ser de litisconsorte passivo necessário<sup>52</sup> (quando, evidentemente, não for autor) – tal como ocorre com os entes públicos na Ação Popular e Ação de Improbidade

---

<sup>49</sup> O Desembargador Federal André Fontes, ainda que em obter dictum, já reconheceu a atuação despolarizada do INPI. TRF2, AI nº 0015558-63.2013.4.02.0000, Rel. Des. Fed. André Fontes, 2ª Turma Especializada, DJe 17.09.14.

<sup>50</sup> Ente público criado por lei (com autorização constitucional – artigo 37, XIX, da Carta Magna), dotado de personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas e especializadas da Administração Pública (art. 5º, I, do Decreto-Lei nº 200/67).

<sup>51</sup> Assim como ocorre na esfera administrativa (concessão do registro), a atuação do INPI no Poder Judiciário também deve observar o princípio da impessoalidade, que, como se sabe, é de aplicação obrigatória para os entes da administração pública direta e indireta (art. 37, caput, da Constituição Federal).

<sup>52</sup> “(...) como mencionado anteriormente, nas ações de nulidade de patente ou de registro de marca, o INPI, quando não for autor, há de integrar o feito na qualidade de litisconsorte passivo. O direito em discussão nessas ações, de a empresa ré ser titular de um privilégio tutelado por patente ou de registro de marca, e, portanto, deles usufruir com exclusividade, decorre de ato praticado pela referida autarquia federal. A ação, pois, engloba tanto os direitos patrimoniais do registro de marca ou de patente, quanto o ato administrativo que o concedeu.” (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 340).

Administrativa (arts. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 e 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92, respectivamente) –, isso não significa que seja citado para defender interesse material próprio. Deve, sim, ser convocado para intervir no feito, na forma dos artigos 57, 118 e 175 da Lei de Propriedade Industrial.

Nesse compasso, uma vez convocado, poderá o INPI, após examinar os fundamentos do pedido autoral e os demais elementos acostados aos autos, adotar algumas dessas condutas: manter o seu entendimento esposado na esfera administrativa, adotando uma postura – aí sim – de resistência à pretensão autoral, juntamente com o titular do direito; rever<sup>53</sup> o posicionamento adotado no processo administrativo, aderindo à tese autoral,<sup>54</sup> com a migração para o polo ativo da demanda (*litisconsorte dinâmico*); e/ou defender a procedência parcial dos pedidos, concordando parcialmente com ambas as partes.

Ou seja, a atuação do INPI, a rigor, é dinâmica, pois não tem relação direta com o polo que ocupa inicialmente. Tanto pode “permanecer” como réu, juntamente com o titular do direito, quanto aderir à tese do autor, migrando de polo, sempre buscando a preservação do interesse público, ou, ainda, opinar pela procedência parcial da demanda.

Pensamos que essa movimentação dinâmica do ente público não deve ser autorizada a qualquer momento,<sup>55</sup> sob pena de retrocessos processuais, flagrante insegurança jurídica e violação de consagrados princípios, como a duração razoável do processo, a isonomia, a eficiência, entre outros.

Especificamente em relação às ações de nulidade, que possuem peculiaridades e contornos próprios, esse deslocamento deveria ocorrer até a fase de saneamento do processo (art. 329 do CPC/15), quando, via de regra, ocorre a estabilização objetiva da demanda,<sup>56</sup> a menos que, excepcionalmente, surja algum fato novo capaz de repercutir diretamente na defesa do interesse público.

---

<sup>53</sup> Em razão dos limites deste artigo, não abordaremos a controvérsia em torno da legitimidade na seara administrativa para autorizar a migração dinâmica, isto é, se tal autorização caberia ao Presidente da autarquia, ao Procurador chefe ou aos examinadores.

<sup>54</sup> “Nada impede, é certo, que, uma vez em juízo, o INPI venha a rever seu entendimento, reconhecendo a procedência do pedido do autor”. (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 340).

<sup>55</sup> Em se tratando de ação popular, o STJ tem julgados no sentido de que é permitido ao ente público migrar do polo passivo para o ativo a qualquer tempo (REsp nº 1185928/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.06.10 e REsp nº 945238/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.04.09). Porém, também há decisões reconhecendo que esse movimento deve ser feito até a contestação (AgRg no REsp nº 973905/ SP. Ministro HUMBERTO MARTINS. DJ: 04/06/2009).

<sup>56</sup> Isso permitiria, inclusive, que, após a réplica do autor, o INPI aderisse à sua tese, deslocando-se para o polo ativo.

Em suma, defendemos que o INPI é um litisconsorte dinâmico. Embora sua fotografia inicial seja de réu (litisconsórcio passivo necessário), não será necessariamente réu e somente réu da demanda, pois pode migrar e aderir à tese autoral para a proteção do interesse público, assim como ocorre na Ação Popular e na Ação de Improbidade Administrativa.

## 5. ALGUNS REFLEXOS PROCESSUAIS: REMESSA NECESSÁRIA E ÔNUS SUCUMBENCIAIS

Compreendida a atuação dinâmica do INPI nas ações de nulidade, abordaremos dois reflexos processuais daí decorrentes, quais sejam, a necessidade de remessa necessária e a fixação dos ônus sucumbenciais.

Como se sabe, o artigo 496, I, do CPC/15 determina a remessa necessária (reexame da matéria pelo tribunal) quando for proferida sentença contrária aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público), caso não haja interposição de apelação no prazo legal.<sup>57</sup>

Assim, sempre que proferida sentença contrária à tese defendida pelos entes públicos nas ações judiciais, o *decisum* será necessariamente objeto de reexame pelo tribunal.<sup>58</sup>

Vale registrar que o CPC/15 promoveu relevantes alterações na sistemática da remessa necessária, reduzindo a incidência da regra, sobretudo quando se tratar de sentenças de baixa repercussão econômica e aquelas fundadas em alguns precedentes jurisprudenciais/administrativos (vinculantes).<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

<sup>58</sup> Não abordaremos a natureza jurídica da remessa necessária por fugir ao espectro do presente trabalho.

<sup>59</sup> Art. 496. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

Com relação às ações de nulidade de patentes e de registros de marcas e desenhos industriais, parece claro que, em razão da atuação dinâmica do INPI, se o ente público aderir à pretensão autoral e os pedidos autorais forem julgados procedentes, não deverá ocorrer a remessa necessária.

É que, embora o INPI seja inicialmente um litisconsorte passivo necessário, sua posição, como visto, não é necessariamente de réu. Assim, ao aderir à posição do autor (vencedora), não há necessidade de remessa necessária,<sup>60</sup> já que, tecnicamente, não houve uma decisão contrária aos interesses do ente público. Em outras palavras, não houve a sucumbência da autarquia.

Consequentemente, também nessa hipótese, não haveria que se falar em condenação em custas e honorários do INPI, devendo a condenação sucumbencial, sopesado o princípio da causalidade, recair unicamente sobre os ombros do titular do direito desconstituído (réu da ação), único vencido na demanda.

Por outro lado, se o ente público mantiver sua posição administrativa, ratificando a concessão da patente ou do registro no curso da ação de nulidade, deverá sim responder pelos ônus sucumbenciais,<sup>61</sup> de forma proporcional (art. 87, § 1º, do CPC), juntamente com o titular do direito desconstituído, caso a ação seja julgada procedente.

Caso opine pela procedência parcial dos pedidos, deverá responder no limite de sua sucumbência, proporcionalmente com a parte vencida.

Por fim, vale ressaltar que, nas hipóteses em que o INPI atuar com dolo, fraude e erro grosseiro ou tiver violado o devido processo legal administrativo, também deve responder, ainda que proporcionalmente, pelos ônus sucumbenciais, por ter dado causa direta à propositura da ação, independentemente da posição que venha a ocupar na respectiva lide.

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

<sup>60</sup> Note-se que, mesmo que o INPI não migre de polo e a ação venha a ser julgada procedente, a remessa necessária não será automática, devendo ser observado o critério econômico fixado no art. 496, I, do CPC.

<sup>61</sup> O INPI só responde pelo reembolso das custas desembolsadas pela parte vencedora, nos termos do art. 4º, I e parágrafo único, da Lei nº 9.289/96. Sobre o tema, já consignou o STJ: “a condenação das entidades isentas, quando vencidas, ao pagamento de custas processuais, deve limitar-se ao reembolso daquelas recolhidas pelo vencedor, isentas quanto às demais (art. 4º, I, e parágrafo único, da Lei 9.289/96)”. AgRg no REsp nº 1.241.379/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 18.06.13. Vide também REsp nº 1.144.687/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.05.10.

## 7. NECESSIDADE DE AFETAÇÃO DO TEMA PELO STJ

Como demonstrado, a discussão sobre a posição processual do INPI nas ações de nulidade é altamente controversa e repercute diretamente no plano processual.

Por se tratar de relevante questão de direito, com repercussão social, que se repete com alguma frequência em demandas dessa natureza, sem um padrão decisório definido, o tema precisa ser enfrentado e julgado o quanto antes pelo STJ, firmando-se uma tese de observância obrigatória.

Nesse ponto, vislumbramos duas possibilidades: afetação via Incidente de Assunção de Competência (arts. 947 do CPC e 271-B/271-G do Regimento Interno do STJ) ou pela sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036/1.041 e 256/257-E do Regimento Interno do STJ), permitindo-se, assim, a equalização da matéria em âmbito nacional.

Não se pode olvidar que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), razão pela qual a iniciativa do STJ seria muito bem vinda, não apenas para tornar o horizonte menos nebuloso, mas, sobretudo, para evitar a prolação de decisões conflitantes e iniciativas discrepantes no âmbito dos tribunais inferiores.

Aliás, em 24 de abril de 2018, a Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro editou a Portaria nº JFRJ-POR-2018/00110, que “dispõe sobre a posição processual do INPI e prazos aplicáveis em ações anulatórias de patentes e registros de desenho industrial e marcas e ações correlatas”.

Na aludida Portaria, consigna-se que o INPI, quando não for autor das ações de nulidade de patentes e registros de propriedade industrial, “intervirá no feito, na qualidade de assistente especial”, fazendo-se referência a dois julgados do STJ. Porém, a leitura do inteiro teor de tais arestos **revela a possibilidade de participação do INPI como litisconsorte passivo necessário**, a depender da causa de pedir e da atuação do ente público.

Ou seja, a posição delineada na referida Portaria não retrata fielmente o padrão decisório do STJ (atualmente sem efeito vinculante). Mais grave do que isso, a ressalva de que o INPI não deve ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais também não reflete a posição da corte infraconstitucional.

Chama atenção, ainda, o fato de a Portaria alterar, de forma abstrata, o prazo de manifestação de um litisconsorte,<sup>62</sup> além de criar uma sistemática própria para a sua manifestação, sem qualquer consulta pública e debates plurais, que, a nosso sentir, pode atrasar o rito procedimental e ferir a isonomia entre os sujeitos processuais.

Nesse contexto, aguarda-se, com brevidade, a afetação do tema e a posterior fixação da tese no âmbito do STJ.

## 7. CONCLUSÃO

É tormentosa a discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a posição processual do INPI nas ações de nulidade. O tema é relevante e repercute nas regras de competência, na dinâmica sobre a remessa necessária e na fixação dos ônus sucumbenciais.

Em razão do interesse público envolvido em tais demandas, defendemos que o INPI é um litisconsorte dinâmico, podendo migrar de polo, assim como é facultado aos entes públicos na Ação Popular e na Ação de Improbidade Administrativa.

Assim, quando convocado para integrar a relação processual, o INPI pode a) manter o entendimento esposado na esfera administrativa, hipótese em que, se a ação for julgada procedente, deve ser condenado, juntamente com o titular do direito desconstituído, ao pagamento dos ônus sucumbenciais (art. 87, § 1º, do CPC), justificando-se, ainda, a remessa necessária (observe-se apenas que, se a condenação não for superior ao teto previsto no art. 496, I, do CPC, pode ser dispensada a remessa necessária); b) rever seu ato administrativo, aderindo à tese autoral, hipótese em que, se a ação for julgada procedente, não deve ser condenado em custas e honorários, dispensando-se, nesse caso, a remessa necessária; c) pugnar pela procedência parcial dos pedidos (se concordar com ambas as partes), hipótese em que deve ser condenado aos ônus sucumbenciais proporcionalmente à sua resistência, aplicando-se a remessa necessária em relação ao capítulo que restou sucumbente, se for o caso (art. 496, I, do CPC),

Por outro lado, quando agir com dolo, fraude ou erro grosseiro durante o processo administrativo ou, ainda, violar o devido processo legal naquela esfera,

---

<sup>62</sup> O artigo 139, VI, do CPC permite que o magistrado dilate prazos processuais, à luz das nuances e peculiaridades do caso concreto, e não de forma genérica e abstrata.

deixando, por exemplo, de apreciar os documentos e argumentos deduzidos pelas partes em suas manifestações, o INPI, mesmo que migre de polo no decorrer da demanda, deve responder pelos ônus da sucumbência, proporcionalmente com o titular do direito desconstituído, por ter dado causa direta à propositura da ação de nulidade (Princípio da Causalidade).

Em suma, diante da densidade infraconstitucional do tema e da divergência de entendimentos no plano doutrinário e jurisprudencial, a matéria precisa ser apreciada o quanto antes pelo STJ, seja via Incidente de Assunção de Competência (arts. 947 do CPC e 271-B/271-G do Regimento Interno do STJ), seja pela sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036/1.041 e 256/257-E do Regimento Interno do STJ), permitindo-se a sua equalização em âmbito nacional.

## 8. REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, v. 404, jul./ago./2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Da ação popular constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Ação de Improbidade e a transferência de polo processual*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acao-de-improbidade-e-a-transferencia-de-polo-processual-16062017>. Acesso em 16.05.18.
- IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LEÃO, Edmara de Abreu. *Migração entre polos na Ação Civil Pública*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56490&seo=1>. Acesso em: 16.05.18.
- MAZZEI, Rodrigo. *A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa* (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). *Revista Forense*, v. 104, n.º 400, nov./dez., 2008.

*Ressignificação da posição processual do INPI nas ações de nulidade: um litisconsorte dinâmico. Necessidade de afetação do tema pelo STJ*

---

MAZZOLA, Marcelo. Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

MAZZONETTO, Nathalia. Arbitragem e propriedade intelectual: aspectos estratégicos e polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Fabiano de Bem da. Ações anulatórias de direitos da propriedade industrial e o INPI - litisconsorte ou assistente?. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/fabiano\\_rocha.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao008/fabiano_rocha.htm). Acesso em: 15.05.18.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte? Revista de Processo, nº 94, abril-junho, 1999.

SOUZA, Antonio André Muniz de. O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade – nova interpretação conforme a lei da propriedade industrial. Revista CEJ - Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 28, p. 114, jan./mar./2005.

---

# INCENTIVOS, DESINCENTIVOS E EXTENSÃO DO PRAZO DE PATENTES.

---

*Paula A. Forgioni<sup>1</sup>*

*"There is no such thing as a free lunch"*

## I. INTRODUÇÃO: A FORMATAÇÃO DE ESTRATÉGIAS EMPRESARIAIS POR INCENTIVOS E DESINCENTIVOS LEGAIS

1. Há muito se entende que os comerciantes agem de forma profissional<sup>2</sup>, **visando ao lucro**<sup>3</sup>. O Direito pressupõe que a empresa procurará sempre o ganho e agirá com tal escopo<sup>4</sup>; se não luta pelo proveito econômico, não é empresa, mas associação beneficente ou outro ente sem fins lucrativos.

Ademais, por serem profissionais, os agentes de mercado são racionais<sup>5</sup>, desenhando estratégias de maneira a satisfazer seu autointeresse com avidez<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Professora Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> Nesse sentido, dispõe o art. 966 do Código Civil: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

<sup>3</sup> O padrão jurídico estabelecido é a do comerciante ativo e probo, acostumado ao giro mercantil. Por todos, Cairu: "[...] os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habéis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...]". Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circumspectos em seus tratos. [...] [José da Silva Lisboa. Princípios de direito mercantil e leis de marinha, 6ª ed., Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1.874, v. II, p. 504].

<sup>4</sup> A unanimidade da doutrina jurídica acentua a característica da busca do lucro como inerente ao mercador/comerciante/empresa. Para a análise da bibliografia clássica, v. Paula A. Forgioni, A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.016, p. 29-73.

<sup>5</sup> Ainda que essa racionalidade seja limitada, pois as empresas encontram entraves à solução de problemas complexos. As decisões dos agentes são tomadas com incompletude de informações, sendo óbvia a impossibilidade de "prever e processar todas as contingências futuras relativas ao contrato" [Elizabeth Farina e outros. Competitividade, mercado, Estado e organizações, São Paulo: Singular, 1.997, p. 72]. Sobre a racionalidade limitada dos agentes, é indispensável a referência a Herbert Simon, Organizations and Markets, Journal of Economic Perspectives, 1.991, v. 5, n. 2, p. 25-44. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.5.2.25>>, acesso em 12 de junho de 2.018.

<sup>6</sup> Em linguagem econômica, afirma-se que os agentes são oportunistas, ou seja, movidos por "self-interest

A conjunção desses três fatores [racionalidade + busca do autointeresse + escopo de lucro] faz com que a empresa, diante de vários possíveis caminhos, escolha aquele que acredita capaz de lhe trazer maiores benefícios<sup>7</sup>. Estratégias são formatadas para obter a maior vantagem econômica possível.

2. Em seus processos de tomada de decisão, o agente econômico responde a **incentivos**, ou seja, a estímulos para se conduzir de uma ou de outra forma. Para os fins deste artigo, interessam mais de perto os impulsos jurídicos [i.e., postos pelo Direito] que recaem sobre as empresas, capazes de produzir efeitos econômicos e, portanto, prescrever seu comportamento.

A implementação de políticas públicas passa por esse mecanismo: o Estado coloca regras para encorajar condutas socialmente desejáveis e desencorajar aquelas indesejáveis, conforme objetivos previamente definidos no campo político<sup>8</sup>.

Como exemplo, pensemos em uma sociedade que deve optar entre ser pontual ou não no pagamento de seus impostos. Seu processo de tomada de decisão forçosamente ponderará que o inadimplemento da obrigação levará à imposição de multa. A chance de lhe ser impingida uma sanção constitui **incentivo** para a sociedade recolher seus tributos e **desincentivo** para sonegá-los. Se uma barragem se rompe e nada de muito grave acontece nem com a empresa, nem com seus administradores, arrefecem-se os incentivos para que, no futuro, conduta mais diligente venha a ser adotada. A sombra do futuro incide sobre o presente.

Nesse sentido, assim como todas as leis, a LPI não é exceção e também tece um sistema de estímulos comportamentais para os agentes econômicos, muitos dos quais ligados a recompensas típicas do monopólio. Analisemos os aspectos desse arranjo institucional e econômico, desdobrados a partir da Constituição Federal.

## II. OS INCENTIVOS E DESINCENTIVOS DA LPI

### II.1. Comandos constitucionais, inovação e sobrepreço

3. A LPI tem por embasamento a política pública insculpida no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal:

---

seeking with guile” [cf. Oliver E. Williamson. *Opportunism and its critics*, Managerial and decision economics, 1.993, v. 14, p. 97].

<sup>7</sup> Trata-se do que os economistas chamam de “maximização”, ou seja, “[c]hoosing the best alternative that the constraints allow can be described [...] as maximizing” [Robert Cooter e Thomas Ulen. *Law & Economics*, 3ª ed., Boston: Addison-Wesley, 1.999, p. 11].

<sup>8</sup> Sobre as sanções jurídicas e os estímulos de comportamento, indispensável a leitura de Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino: Giampichelli, 1.993, p. 128 e s.

*“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: [...]”*

*XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.*

O texto constitucional deixa entrever a complexidade da equação: garante-se ao particular o privilégio temporário típico da propriedade industrial [ou seja, a exclusividade de exploração ou exclusivos], mas essa prerrogativa não tem por escopo o seu interesse individual e sim “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Por um lado, o sistema jurídico deve proteger a inovação, concedendo incentivos econômicos para os empreendedores. Por outro, a Constituição determina a consideração dos interesses da sociedade e dos consumidores.

4. Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como “ilha de proteção” do agente econômico contra a força concorrencial, na qual se assegura um monopólio de exploração. Os direitos de propriedade industrial corporificam **privilégios** e tendem a diminuir o grau de concorrência em determinado setor da economia, restringindo a livre-iniciativa e a livre-concorrência de forma a recompensar o criador por seu esforço de inovação e, desta feita, incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias.

A justificativa econômica para a exclusividade baseia-se na ideia de que o agente econômico tenderia a não realizar investimentos sem a perspectiva de auferição de lucros<sup>9</sup>.

5. Partindo desse argumento e seguindo linha de pensamento esboçada desde o século XVI, muitos acabam indevidamente tomando os direitos de

---

<sup>9</sup> Na explicação de Herbert Hovenkamp e outros: “In a private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so” [IP and Antitrust: An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, New York: Aspen, 2.006, § 1.1]. Para William Landes e Richard Posner: “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 [for example, planting a crop], given that no one else can appropriate the resource in period 2 [harvest time]” [The economic structure of intellectual property law, Cambridge: Belknap Press, 2.003, p. 13].

propriedade industrial como espécie de direito natural<sup>10</sup> e absoluto de seu titular: a pesquisa e a inovação devem ser recompensadas mediante a outorga de exclusividade de exploração capaz de atribuir lucros sedutores.

O problema – ao qual não se costuma dar o devido destaque – reside no fato de que a **garantia do bom retorno econômico decorre da exclusividade e, portanto, da ausência de força concorrencial**, normalmente responsável por pressionar a redução dos preços e o aumento da qualidade. O titular do exclusivo acaba conseguindo impor aos consumidores **preços mais altos** do que praticaria caso enfrentasse a competição. No campo da propriedade industrial [mais do que em qualquer outro] a jocosa frase “não existe almoço grátis” faz-se verdadeira<sup>11</sup>. O incremento da remuneração do detentor do exclusivo provém dos bolsos dos consumidores.

6. É preciso admitir que “a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo”<sup>12</sup>. A concorrência, na célebre dicção de Jhering, é o “regulador espontâneo do egoísmo”<sup>13</sup>, até mesmo porque, como observava Ascarelli, “obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”<sup>14</sup>.

Deixada no exercício de sua atividade sem pressões competitivas, a empresa tende a explorar a coletividade para obter o maior lucro possível. Todo cidadão brasileiro tem noção das penúrias a que está sujeito quando se depara com um monopólio. Porém, se ao adquirente for garantida a *opção de escolha* entre os

---

<sup>10</sup> Essa é a visão de cultuados e antigos autores: “Assim, a propriedade intelectual é de direito natural e não um direito de criação humana, ainda que deduzido logicamente dos princípios do direito natural; ou, por outras palavras, a propriedade intelectual é imediatamente de direito natural e não apenas mediamente, por intermédio da atividade deliberante ou, pelo menos, discursiva da razão, ao contrário da propriedade privada” [João da Gama Cerqueira. Tratado da propriedade industrial, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.982, v. I, p. 157].

<sup>11</sup> A divulgação da expressão “there is no such thing as a free lunch” deve-se a Milton Friedman que, em 1.975, lançou um livro empregando essa frase como título. Apontam alguns pesquisadores que a frase não teria sido por ele cunhada, ao contrário do que normalmente se acredita [Fred Shapiro. Quote... Misquote, The New York Times Magazine, 21 de julho de 2.008. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html>>, acesso em 12 de junho de 2.018].

<sup>12</sup> Paula A. Forgioni. Os fundamentos do antitruste, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.016. p. 324-325.

<sup>13</sup> Rudolf von Jhering. A evolução do direito, Salvador: Progresso, 1.953, p. 140.

<sup>14</sup> Tullio Ascarelli. Os Contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, in: Ensaios e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1.952, p. 223.

bens oferecidos por vários agentes econômicos, eles serão forçados a *disputar* a oportunidade de troca, e aquele que *oferecer melhores condições* ganhará o contrato.

7. Ao mesmo tempo em que é *nociva* ao agente, a concorrência indica o caminho pelo qual ele poderá atrair novas oportunidades de negócios, aumentando a perspectiva de obtenção de proveito econômico; a fim de incrementar o volume de operações, a empresa deve desfrutar de *novas oportunidades de troca*. Para obtê-las, de duas uma: ou as subtrai de outros agentes ou as cria. Em ambas as hipóteses deverá *competir*, seja para sacá-la de seu concorrente, seja para impedir que outro se aproprie das novas oportunidades geradas.

A disputa é essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. A empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros.

8. Mas porque protegem o agente da concorrência, os privilégios distorcem o funcionamento do mercado, aumentando os custos de transação e sujeitando os consumidores às agruras dos preços de monopólio. Além disso, a sociedade restará privada das inovações – algumas, como no caso dos remédios, indispensáveis à vida. Quando se trata de inovação, progresso e propriedade industrial, é pertinente a observação de HOVENKAMP: “patents and copyrights sometimes constitute formidable barriers to entry”<sup>15</sup>. A proteção excessiva aos exclusivos pode retardar ou mesmo dizimar a inovação<sup>16</sup>.

9. Em suma: de uma parte, a garantia à propriedade intelectual tende a estimular o desenvolvimento tecnológico, de outra é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade<sup>17</sup>. Tudo está em acertar o “tênu

<sup>15</sup> Herbert Hovenkamp. *The antitrust enterprise: Principle and execution*, Cambridge: Harvard University Press, 2.008, p. 14.

<sup>16</sup> Lea Shaver. *Access to knowledge in Brazil: New research on intellectual property, innovation and development*, Londres: Bloomsbury Academic, 2.010, p. 8. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1729837](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729837)>, acesso em 7 de junho de 2.018.

<sup>17</sup> A esse respeito, Karin Grau-Kuntz: “A questão é simples: a lei garante proteção exclusiva aos bens imateriais com base no argumento de que a inovação é conveniente para o mercado [inovação = aumento da concorrência = aumento do bem-estar]. Em um primeiro momento, a concorrência é limitada pela propriedade industrial; entretanto, essa limitação gera concorrência, pois ambos os institutos são complementares e não antagonísticos. O estímulo à inovação dá-se por meio da atribuição de proveito econômico, ou seja, àquele que inovou é assegurado o direito de não ser imitado, o que implica vantagem concorrencial. Essa vantagem cristalizar-se-á no mercado, no processo de formação do preço do bem protegido, uma vez que o titular do direito exclusivo o determinará levando necessariamente em conta a concorrência oferecida pelos outros

equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano [...] e o estímulo à evolução cultural e industrial do país<sup>18</sup>.

## **II.2. O comportamento dos agentes econômicos no período do exame do pedido de patente pelo INPI**

10. LPI distingue claramente entre [i] o **depósito do pedido de patente** pelo requerente junto ao INPI e [ii] sua **concessão** pela autarquia<sup>19</sup>.

O **depósito do pedido de patente**, disciplinado pela Seção I do Capítulo III da LPI, acontece tão logo apresentado o pedido, após exame formal preliminar<sup>20</sup>.

Por sua vez, a **concessão da patente** ocorre quando, depois do “processo e exame” pelo INPI, o pedido é deferido e expedie-se a respectiva carta-patente. De acordo com o art. 38, § 3º da LPI, reputa-se concedida a patente na **data de publicação do ato respectivo**<sup>21</sup>.

produtos substituíveis existentes no mercado. Ou seja, os limites e a dimensão da vantagem que lhe assiste por ser titular do direito exclusivo serão determinados pela concorrência no mercado. Dizendo-o de outro modo: uma vez que o preço do produto será formado pelo processo concorrencial, a dimensão da vantagem garantida por esse direito exclusivo sobre o bem imaterial – a dimensão do estímulo – é formada pela situação de concorrência no mercado. Quanto mais inovativo for o produto, maior será o lucro do titular do direito exclusivo. Assim, se a propriedade intelectual garante o prêmio, a concorrência estipula o quantum desse prêmio. Esse é o pensamento tradicional sobre a propriedade intelectual. No entanto, note-se que ele pressupõe a existência de concorrência no mercado pois, como visto, a natureza do prêmio pela inovação é obrigatoriamente concorrencial. Se o titular do direito exclusivo possui a exclusividade e não está sujeito à concorrência, seu prêmio não será de natureza competitiva, mas monopolista. Ocorre que esse prêmio que não é determinado ou limitado pela concorrência mostra-se absoluto e sem dimensões, é contrário à natureza estimuladora da competição da propriedade intelectual, aviltando-a” [O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. Disponível em: <[https://ibpieuropa.org/?media\\_dl=327](https://ibpieuropa.org/?media_dl=327)>, acesso em 7 de junho de 2.018].

<sup>18</sup> Newton Silveira e Walter Godoy dos Santos Jr. Propriedade intelectual e liberdade, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, 2.006, n. 142, p. 20. Nas palavras de um conservador autor norte americano: “The key to economic efficiency lies in balancing the social benefit of providing economic incentives for creation and the costs of limiting the diffusion of knowledge” [Herbert Hovenkamp e outros, IP and Antitrust: An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, New York: Aspen, 2.006, p. 1-10].

<sup>19</sup> Sobre o procedimento administrativo relacionado às patentes, v. Denis Borges Barbosa, Tratado da propriedade intelectual, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2.017, t. II, p. 1.422 e s.

<sup>20</sup> Dispõe o art. 20 da LPI que a data de depósito é a data de apresentação do pedido: “Apresentado o pedido, será ele submetido a exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolizado, considerada a data de depósito a da sua apresentação”.

<sup>21</sup> “Art. 38. A patente será concedida depois de deferido o pedido, e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente.

§ 1º O pagamento da retribuição e respectiva comprovação deverão ser efetuados no prazo de 60 (sessenta) dias contados do deferimento.

§ 2º A retribuição prevista neste artigo poderá ainda ser paga e comprovada dentro de 30 (trinta) dias após o prazo previsto no parágrafo anterior, independentemente de notificação, mediante pagamento de retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

§ 3º Reputa-se concedida a patente na data de publicação do respectivo ato”.

11. Quando a patente é outorgada, seu titular passa a deter o **direito de exploração exclusiva** daquela invenção. Novamente, a LPI é clara:

*“Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:*

*I - produto objeto de patente;*

*II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteadado”.*

12. Porém, no intervalo de tempo compreendido entre o depósito e a concessão da patente, terceiros podem arvorar-se na comercialização de produto ligado à possível patente ou à tecnologia que está em análise pelo INPI.

Parece razoável que, enquanto a patente não for efetivamente concedida, a Lei não proíba terceiros de exercerem esse comércio<sup>22</sup>. Todavia, se o privilégio for ao final garantido, terceiros terão abocanhado lucros que deveriam pertencer ao inovador.

13. A LPI resolve a situação estabelecendo que, em caso de “exploração indevida” do objeto da patente, “inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a concessão da patente”, assegura-se “ao titular da patente [...] o direito de obter indenização”. Textualmente:

*“Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela **exploração indevida** de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”.*

14. Tome-se a situação de um produtor de remédios genéricos diante dos incentivos e desincentivos postos por esse quadro normativo.

A empresa farmacêutica X depositou um pedido de patente. Se a empresa de genéricos Y produzir medicamento concorrente valendo-se da tecnologia ainda em análise pelo INPI e a patente for concedida ao final, Y deverá indenizar X, amargando perdas. A indenização quase que seguramente suplantarà o valor de todos os lucros auferidos pela fabricante de genéricos. **Assim, para o concorrente potencial, o risco envolvido na eventual entrada no mercado é bastante elevado.**

Quanto mais embasado e sólido for o pedido de patente em análise, maior

<sup>22</sup> Porque, em teoria, existe a possibilidade de a patente não ser concedida ao final do procedimento administrativo.

será o risco assumido pela empresa que desafiar o depositante no mercado, porque quase certo será o seu dever de indenizar.

15. Vimos acima que agentes econômicos tendem a ser racionais e a responder a incentivos.

Embora, em teoria, o lançamento de um produto concorrente àquele que está em processo de análise seja possível pelo texto da LPI, ninguém se aventura no empreendimento. Os concorrentes potenciais não se arriscam, ainda mais quando querem concorrer com pedidos de patentes “fortes”, cuja probabilidade de concessão é altíssima. O **desincentivo** à atuação de novos entrantes mostra-se capaz de neutralizar qualquer força concorrencial, impermeabilizando o mercado.

*Não se deve ter qualquer receio em assumir que o quadro de incentivos e desincentivos posto pelo parágrafo único do art. 40 garante ao detentor da patente o monopólio de exploração desde o momento do depósito do pedido de patente que, atualmente, em muito ultrapassa vinte anos*<sup>23</sup>. Na prática, desde o momento do pedido, a empresa que pleiteia a patente acaba gozando de elevada proteção contra a concorrência, ou seja, de um privilégio jurídico e econômico<sup>24</sup>. **Há, portanto, um monopólio de fato.**

---

<sup>23</sup> Sobre essa realidade, lembrem-se os ensinamentos do Professor Denis Barbosa, em seu Tratado da Propriedade Intelectual [2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.017, t. II, p. 1.510-1.511]: “[A] eficácia econômica de uma patente não se limita ao prazo de vigência da patente. Com efeito, o poder dissuasório de uma patente, em face de seus concorrentes, nasce do momento em que o titular do pedido de patente exerce seu direito de fazer o primeiro depósito no mundo. A partir desse depósito, nasce para o titular o poder de requerer o monopólio em todo e qualquer país onde se reconheça o direito de prioridade ou direito de requerimento ao estrangeiro. Em cada um desses Estados cria-se uma expectativa de direito que desaconselha o investidor prudente de exercer a concorrência com o uso da solução técnica para a qual se pede a exclusividade. A ciência da existência desse pedido se dará, na maior parte dos casos, após o período de sigilo que é – em regra – de dezoito meses. Interesses estratégicos podem fazer com que o titular torne público a descrição ou referência do teor do pedido para – exatamente – desincentivar a competição mesmo pelos competidores que têm tecnologias competitivas que possam colidir, ainda que em parte, com o objeto do pedido. A regra, aliás, é que, na manifestação de simples intenção de produzir, um concorrente potencial receba a notificação de cease and desist, como se chama internacionalmente o aviso do titular da patente para retirar a presunção de boa fé do competidor”.

A questão é também tratada no artigo “A inexplicável política pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial” [Revista da Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – EMARF, Rio de Janeiro, 2.013/2.014, v. 19, p. 127 e s. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfv019.pdf>>, acesso em 7 de junho de 2.018].

<sup>24</sup> Exatamente nessa linha manifestou-se recentemente o STJ: “O autor do invento possui tutela legal que lhe garante impedir o uso, por terceiros, do produto ou processo referente ao requerimento depositado, além de indenização por exploração indevida de seu objeto, a partir da data da publicação do pedido (e não apenas a partir do momento em que a patente é concedida). Dessa forma, apesar da expedição tardia da carta-patente pelo INPI, a invenção do recorrente não esteve, em absoluto, desprovida de amparo jurídico durante esse lapso temporal” [STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.721.711/RJ, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de abril de 2.018].

A conclusão é irrefutável: “o investimento em montar fábricas, efetuar treinamento de pessoal, tentar obter mercado, para depois se ter todo o proveito econômico, e mais ainda, canalizado para o titular que – eventualmente – vier a obter o privilégio, **não compensa o risco**. Ou seja, a patente efetivamente vale *como um instrumento de mercado* antes da sua concessão. O efeito econômico precede a plenitude do efeito jurídico”<sup>25</sup>.

16. Mesmo que um concorrente potencial resolvesse atuar no mercado, a proteção oferecida pela LPI àquele que apresentou o pedido de patente faz-se incrivelmente forte: tão logo obtido o privilégio, recobrará qualquer prejuízo sofrido durante o tempo de análise pelo INPI.

As quantias auferidas por esses monopólios são astronômicas. Nas palavras do STJ, “[t]ratando-se de medicamentos, adiar a entrada em domínio público das invenções significa retardar o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento de preços mais altos, o que contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o acesso da população a tratamentos imprescindíveis”.

As drogas genéricas são, em regra, 35% mais baratas do que as de referência e os preços dos medicamentos caem, em média, 66% após o término da proteção patentária<sup>26</sup>. É fato incontroverso que a extensão indevida de prazos de vigência de patentes impõe sensíveis custos adicionais para seus adquirentes e para a sociedade como um todo.

### II.3. O problema do *backlog* e os prazos do art. 40

17. No mundo ideal, os pedidos de patentes seriam analisados pelo INPI de forma ao mesmo tempo profunda e célere. Infelizmente, apesar do empenho dos servidores do INPI, não é isso que ocorre, até mesmo porque os recursos da Administração são exageradamente limitados. Existe o chamado *backlog*, isto é, o acúmulo de trabalho, uma “pilha de pedidos em espera”, como se diz coloquialmente.

<sup>25</sup> Denis Barbosa. Tratado da Propriedade Intelectual, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.017, t. II, p. 1.512.

<sup>26</sup> Conforme estudo: Renata M. de Almeida e Alexandre G. Vasconcellos, Implicações da indefinição do prazo de vigência das patentes “mailbox” para a saúde no Brasil: um estudo de caso de uma patente de combinação de fármacos para o tratamento de HIV/AIDS, Cad. Prospec., Salvador, v. 9, n. 4, p. 376-385, out/dez 2.016. Disponível em < <https://portalseer.ufba.br/index.php/nit/article/view/17599> >, acesso em 20 de junho de 2.018, e referido pelo acórdão do STJ supramencionado.

O período que entremeia o depósito do pedido de patente e sua concessão é demasiadamente longo, não correspondendo a qualquer tempo econômico ou padrão de eficiência. É comum esse processo levar mais de dez anos<sup>27</sup>.

18. O caput do art. 40 da LPI determina que “[a] patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos [...] **contados da data de depósito**”. O seu parágrafo único complementa a disciplina:

*“O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção [...] a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.*

Por força desse parágrafo único, considerando o *backlog* hoje existente, a proteção concedida às patentes ultrapassa em muito o prazo de vinte anos, sujeitando os consumidores a preços muito mais elevados do que os vigentes em um mercado competitivo. Ademais, esse tempo

dependerá da duração do procedimento administrativo no INPI e, portanto, não é conhecido de antemão pelos agentes econômicos.

19. Por isso, é incorreta a afirmativa frequentemente repetida pelos detentores de patentes, no sentido de que, na prática, a vigência de proteção conferida pela patente seria significativamente menor do que os 20 anos assegurados pelo caput do art. 40 da LPI. **Não é!** Na realidade dos fatos, o prazo de proteção está se mostrando bastante superior, como atesta publicamente o Diretor Executivo do INPI:

*“Hoje, mais de 65% das patentes concedidas são enquadradas na regra do parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279, de 1.996”<sup>28</sup>.*

A situação fática e jurídica é tão grave que merece ser tratada com maiores detalhes.

#### **II.4. Prazo de gozo do privilégio variável; desincentivo a novos investimentos**

20. Por força do parágrafo único do art. 40, o período de exclusividade concedido ao detentor da patente *não é fixo* e dependerá do tempo tomado pelo procedimento administrativo junto ao INPI.

---

<sup>27</sup> “O tempo médio de espera para o requerente de uma patente obter um ato decisório do INPI está em 10,23 anos. [...] Para fármacos, são mais de 13 anos” [Mauro Sodré Maia, *Backlog de patentes*, Revista Facto, Rio de Janeiro, 55ª ed., 2.018, p. 21].

<sup>28</sup> Mauro Sodré Maia, *Backlog de patentes*, Revista Facto, Rio de Janeiro, 55ª ed., 2.018, p. 21.

Quanto maior o tempo dispendido na análise pelo órgão, maior a vantagem atribuída à empresa solicitante e maiores os prejuízos à sociedade e aos consumidores, pois mais longo será o período do monopólio. A sociedade fica privada do acesso à inovação e os adquirentes seguirão pagando mais pelos produtos, especialmente no caso de medicamentos.

21. Como visto acima, um medicamento não é lançado do dia para a noite, ainda mais considerando a complexa regulação do setor. É necessária toda uma preparação para que isso ocorra, que inclui investimentos para viabilizar a futura produção.

O desconhecimento prévio do tempo de duração do privilégio gera um ambiente de incerteza no mercado, fazendo com que os potenciais concorrentes não realizem investimentos imediatos, mas aguardem a finalização da análise pelo INPI para, somente após, aviarem o empreendimento do fármaco. Repitamos à exaustão: agentes econômicos são racionais. Sem saber quando começará a faturar, por que uma empresa imobilizará capital, deixando recursos parados à espera do *gran finale* que não sabe quando ocorrerá?

A incerteza sobre quando se poderá iniciar a comercialização do medicamento, trazida pelo parágrafo único do art. 40 da LPI, desestimula os investimentos e prejudica o bem-estar social.

## II.5 Incentivos perversos

22. Os efeitos produzidos pelo parágrafo único do art. 40 trazem *incentivo absolutamente perverso para o interesse público*: quanto mais a análise se alongar no INPI, mais vantagens terá a empresa que pleiteia a patente, pois maior será o prazo de seu monopólio. Venceu-se acima que, durante o processo no INPI, há um **monopólio de fato**, porque o requerente do privilégio já está protegido da competição; desta feita, um potencial concorrente não entrará no mercado ciente de que, no momento em que a patente for concedida, deverá pagar indenização, entregando os lucros auferidos nas mãos do rival.

Considerando que o agente econômico racional busca seu autointeresse com avidez<sup>29</sup>, é compreensível que empresas depositárias do pedido de patente, muitas vezes, tudo fazem para atrasar o andar do procedimento.

<sup>29</sup> Cf. Oliver Williamson, op. cit.

23. A junção da estratégia protelatória e da escassez de recursos da Administração Pública é deletéria para a sociedade, para os adquirentes e para o Estado. Conforme demonstrado pelos estudos mencionados, cada ano de exclusividade significa vultosa transferência de riqueza dos consumidores e do Estado para as empresas detentoras da patente agraciada.

### III. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LPI

24. Esclarecidos os fatos e o sistema de incentivos/desincentivos da LPI, podemos analisar a questão central deste texto. É nítido o cenário de **inconstitucionalidade** que cerca o parágrafo único do art. 40 da LPI, por quatro principais motivos:

*[i] o primeiro deles é que o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, exige que o privilégio da patente seja temporário e, por força do parágrafo único do art. 40, o prazo passa a ser indeterminado;*

*[ii] o segundo é que o parágrafo único do art. 40 transfere para o particular a responsabilidade por um prejuízo causado pelo Estado;*

*[iii] o terceiro é que a indevida extensão do privilégio da patente, promovida pelo parágrafo único do art. 40, viola os princípios da livre-concorrência e da livre-iniciativa, afastando-se dos requisitos necessários para a concessão de privilégios firmados pela Constituição Federal; e*

*[iv] o quarto é que o parágrafo único do art. 40 avilta a tutela dos consumidores, exigida pela Constituição Federal.*

#### III.1 Violação do art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal

25. No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Contudo, para que se dê a concreção desse preceito, a concessão de exclusivos deve ser um *instrumento pró-concorrencial*. Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema jurídico para satisfazer os interesses do agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma ferramenta de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem.

A proteção das criações ocorre para atribuir *incentivo competitivo* às empresas,

e não para lhes agraciar com poder ilimitado. Se a humanidade já evoluiu para incorporar a função social ao exercício da propriedade de bens móveis e imóveis, não há razão para excepcionar os direitos de propriedade intelectual desse compromisso.

Nesse prisma, tanto a livre-concorrência como a concessão de direitos de propriedade intelectual colocam-se como elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar, coarctando a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico.

26. Exatamente porque constituem “garantia de monopólios” e restringem a livre-iniciativa e a concorrência, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como *exceção* a essa que é uma das principais vigas da nossa ordem econômica. Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, a “proteção ordinária conferida ao titular de patentes consiste em privilégio que excepciona a regra geral de nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo visa a assegurar a ampla concorrência e a livre-iniciativa”<sup>30</sup>. Em uma frase, posta por insígnis professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

*“A regra é a liberdade, o exclusivo industrial ou comercial é a exceção”*<sup>31</sup>.

27. Assim, os exclusivos brotam e vivem nos quadrantes da nossa Constituição; não são fins em si mesmos, mas instrumentos que se prestam aos escopos maiores insculpidos no *caput* do art. 170 e nos arts. 1º, IV e 3º.

Não é por outra razão que o art. 5º, inciso XXIX da Constituição Federal dispõe que “a lei assegurará [...] privilégio **temporário** para [...] proteção às criações industriais [...] **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**”.

Assim, dois são os requisitos que devem formatar a regulação e concessão da propriedade industrial no Brasil:

*[i] o privilégio há de ser temporário; e*

*[ii] somente poderá ser concedido se conforme o interesse social e o nosso desenvolvimento tecnológico e econômico.*

<sup>30</sup> STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.721.711/RJ, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de abril de 2.018, p. 11.

<sup>31</sup> António José Avelãs Nunes e outros. A inconstitucionalidade das patentes “pipeline” brasileiras (artigos 230.º e 231.º do Código da Propriedade Industrial de 1996), Revista Eletrônica do IBPI, Edição especial patentes pipeline, 2.009, p. 10. Disponível em: <<https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-edicao-especial-patentes-pipeline>>, acesso em 2 de junho de 2.018.

28. No contexto constitucional, temporário não significa apenas “não eterno”. Quer dizer **marcado no tempo**. Mais uma vez, a realidade dos fatos precisa ser levada em conta: **não pode ser considerado temporário um privilégio econômico cujo término não é conhecido dos competidores e do mercado**. “Sabe-se que vai acabar, mas não se sabe quando”, em termos concretos, traz os mesmos efeitos do privilégio não-temporário, pois implica a inércia dos concorrentes [agentes econômicos racionais], em prejuízo da sociedade.

29. Para cumprir sua finalidade, o privilégio não pode ser *excessivo, desarrazoado*, a ponto de prejudicar a sociedade e o desenvolvimento. A proteção patentária concedida por prazo demasiadamente longo sacrifica o interesse social e, portanto, afronta a Constituição.

Diverge-se quanto ao prazo de proteção que seria “adequado” em cada situação, em determinado País<sup>32</sup>. Há, contudo, um forte indicativo: o prazo de **vinte anos**, posto pelo próprio TRIPS. Se seu texto [art. 33] estabelece que o prazo das patentes é de **vinte anos**, pode-se considerar que os ordenamentos jurídicos de seus signatários assumem que, regra geral, períodos de proteção superiores a esse termo não trazem os benefícios esperados da concessão de exclusivos<sup>33</sup>. O art. 40 da nossa LPI segue exatamente esse prazo de privilégio.

Porém, no caso concreto brasileiro, por força do *backlog* do INPI, a proteção concedida às patentes chega a se estender por mais de trinta anos. Forçoso constatar ser prejudicial ao bem-estar social, além de violar as diretrizes do próprio TRIPS. Uma proteção patentária que exceda em 50% o prazo original, implicando o dispêndio adicional de enormes quantias pela sociedade, a todo sentir não é favorável ao desenvolvimento do País.

### III.2. Violação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal

30. A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2.004, com a introdução do inciso LXXVII no art. 5º, o cidadão passou a ter direito a um procedimento

---

<sup>32</sup> Esse número decorre de uma opção política, que variará conforme o País e a época. O mais anedótico dos exemplos refere-se ao copyright do personagem Mickey, imagem a partir da qual o império Disney foi erigido. São inúmeras as modificações das leis estadunidenses de copyrights ao longo da história, para impedir que essa criação caia no domínio público [para a notícia do fato, v. How Mickey Mouse Keeps Changing Copyright Law, Artrepreneur, New York, 18 de outubro de 2.017. Disponível em: <<https://mag.orangenius.com/how-mickey-mouse-keeps-changing-copyright-law/>>, acesso em 7 de junho de 2.018].

<sup>33</sup> A autora deste artigo ressalva sua opinião de que mesmo o prazo de vinte anos estabelecido pelo TRIPS pode mostrar-se excessivo, considerando a atual velocidade do desenvolvimento tecnológico e o ritmo de produção de inovações. Contudo, essa questão não é aqui relevante, pois não se discute o lapso temporal posto no caput do art. 40 da LPI.

administrativo com “razoável duração”, bem assim aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por óbvio, a demora de mais de dez anos para a concessão de uma patente não é uma “duração razoável”, como vem sendo reiteradamente afirmado pela jurisprudência<sup>34</sup>. Além disso, esse *backlog* vai de encontro ao princípio da eficiência que pauta a atuação da Administração, determinada pelo art. 37<sup>35</sup>.

A *demora excessiva* do procedimento no INPI é de responsabilidade da União, que com ela deve arcar, por força do art. 37, § 6º:

*“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.*

31. O fato é que o parágrafo único do art. 40 da LPI institui um mecanismo

<sup>34</sup> Acórdãos têm sido proferidos especialmente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com base em julgado no qual o STJ afirmou que “[n]ão é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, ex vi dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99” [STJ, Primeira Seção, Mandado de Segurança nº 22.037/DF, com relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado em 2 de março de 2.017, citando o acórdão da Terceira Seção, Mandado de Segurança nº 13.584/DF, com relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 26 de junho de 2.009].

Como exemplo, v. TRF da 2ª Região, Turma Especializada I, Remessa Ex Officio nº 0136260-56.2016.4.02.5101, voto do Ministro Relator Marcelo Granado, p. 2]. Vale também destacar o julgado TRF da 2ª Região, Turma Especializada I, Apelação cível/Reexame necessário nº 0097520-92.2017.4.02.5101, voto do Ministro Relator Antonio Ivan Athié, proferido em 22 de fevereiro de 2.018, no qual se lê a seguinte passagem: “Com efeito, não se afigura razoável, e tampouco atende aos ditames do art. 5º, LXXVIII, e art. 37, caput, da Constituição Federal, que a Autarquia Impetrada demore mais de uma década para exarar decisão sobre matéria que está inserida em sua competência institucional, afrontando, com isso, manifesto direito da impetrante de ter seu pleito solucionado”. [p. 2].

O entendimento do Ministério Público segue a mesma linha:

“7. Como bem explicitado pela Procuradoria da República no Rio de Janeiro (fl. 534), o pedido de patente em apreço foi protocolizado em 2003, sendo que, até a impetração do presente mandamus, aproximadamente 13 anos se passaram sem a sua devida análise.

8. É notório que a Carta Magna impôs ao administrador a gestão pública eficiente, pautada na razoável duração dos processos. Desse modo, não se faz necessário grande esforço para se concluir pela inobservância das máximas principiológicas em referência quando se tem em mente o tempo compreendido entre a apresentação do pedido de patente e a impetração deste writ.

9. Ademais, vale ressaltar que a autoridade coautora atuou contrariamente aos ditames da Lei nº 9.784/1999, a qual estabelece expressamente o prazo máximo de trinta dias, prorrogáveis uma vez por igual período, para prolação de decisão em procedimento administrativo (artigo 49)”. [parecer do Ministério Público Federal no Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 0136260-56.2016.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, TRF da 2ª Região].

<sup>35</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

que transfere os prejuízos econômicos [danos] decorrentes da demora da análise do INPI do Estado para os adquirentes dos produtos.

Marcou-se acima que, ainda mais no caso dos fármacos, as patentes protegem seus titulares da concorrência ao instituírem monopólio sobre determinada tecnologia. Se não há competição, elevam-se os preços.

Por conta do *backlog*, o prolongamento do prazo da patente faz com que o adquirente dos produtos pague por esse *plus*, por esse lucro anormal, bastante superior àquele que seria auferido em um mercado competitivo. Assim, o adquirente do produto assume o ônus pelo atraso do Estado na análise do pedido de patente, em franca violação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

### **III.3 Violação dos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência [art. 1º e 170, *caput* e inciso IV da Constituição Federal]**

32. O privilégio patentário concedido por prazo desconhecido, viabilizado pelo parágrafo único do art. 40, viola os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

A livre-iniciativa é um dos fundamentos da República e da ordem econômica [cf. art. 1º e 170, *caput*, da Constituição Federal]. Ela vem tradicionalmente identificada com a “liberdade de comércio e de indústria”, “liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”<sup>36</sup>, e garante aos agentes econômicos *ingresso ao mercado, à arena de disputas*. A existência de adequado fluxo de trocas, de encontro entre oferta e demanda, depende da possibilidade de os indivíduos atuarem no mercado.

O papel central do princípio da livre-iniciativa na economia capitalista é *garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer*<sup>37</sup>, *assegurando o acesso à contratação*. Está visceralmente atado à liberdade de iniciativa econômica e à *liberdade de empresa*, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte propria*<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Eros Roberto Grau. A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.008, p. 203.

<sup>37</sup> Na dicção de Fábio Konder Comparato: “Liberdade de iniciativa comporta um duplo sentido: [...] Garante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas, ou seja, a *liberdade de acesso ao mercado* (art. 170, parágrafo único). [...] Mas protege-se, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado” [Regime constitucional do controle de preços no mercado, Revista de Direito Público, Londrina, n. 24, 1.991, p. 18-19].

<sup>38</sup> Natalino Irti, *Diritto e mercato*, in: AAVV, *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Bari: Laterza, 1.999, xvii.

Um contraponto histórico faz-se útil para compreensão dessa relação entre liberdade de iniciativa e legalidade. Na Idade Média, o acesso ao mercado era minuciosamente regulado pelos estatutos das corporações de ofício, que impunham o monopólio da fabricação e da comercialização, regras de conduta e de polícia que neutralizavam a concorrência entre seus membros e, via de consequência, coíbiavam a possibilidade de captação da clientela alheia.

Com a ascensão da burguesia, mostrou-se necessário ampliar os horizontes dos negócios e, assim, *augmentar as oportunidades econômicas*. Explica-se a série de leis francesas que ceifaram as amarras medievais<sup>39</sup>. A liberdade de iniciativa corporativa o ideal de desaparecimento dos ligames das corporações medievais, abrindo espaço para o sistema de mercado que começava a se impor.

Mas não apenas; historicamente, a busca pela liberdade de iniciativa significa também a *revolta contra os privilégios* tradicionalmente concedidos ou gozados pelo monarca. Liberdade de iniciativa evoca o *aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes*<sup>40</sup>.

Assim, desde a sua origem, a livre-iniciativa está ligada à *liberdade de atuação e ao repúdio de privilégios*, da proteção de alguns, em detrimento de outros. Sem empreendedorismo não há desenvolvimento. Sem livre-iniciativa não há empreendedorismo.

33. Já o princípio da livre-concorrência desdobra-se a partir daquele da livre-iniciativa. Vem posto como um pilar da nossa ordem econômica constitucional, no art. 170:

<sup>39</sup> O princípio da liberdade de iniciativa econômica é originalmente posto no édito de Turgot, de 1776, e reafirmado plenamente no decreto d'Allarde, de 1.791. A partir de 1º de abril daquele ano, “seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ [imposto direto], a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. No mesmo 1.791, a Lei Le Chapelier reiterou essa diretriz, ao proibir as corporações de ofício.

<sup>40</sup> Uma das primeiras contestações de privilégios de que se tem notícia é relatada no conhecido Case of Monopolies, julgado na Inglaterra no ano de 1.603. A rainha havia atribuído a Edward Darcy o monopólio da importação e da fabricação de cartas de jogo. Esse poder real de concessão de privilégios é contestado, alegando-se que a outorga de monopólios empobrecia o país, pois eles levavam ao aumento de preço, à diminuição da qualidade e do nível de atividade econômica da população em geral. No início do século XVII, o Parlamento inglês, visando a minar o poder do soberano, invoca argumentos calcados no princípio da liberdade de iniciativa: a concessão de privilégios para exploração exclusiva não deveria ser tolerada porque avilta o bom fluxo de relações econômicas, prejudica a população, eleva os preços, diminui a qualidade e impede o desenvolvimento de atividade econômica por terceiros. Após outras decisões no mesmo sentido, em 1.610, é promulgado o Statute of Monopolies, disciplinando e reduzindo as hipóteses de concessão de privilégios pelo monarca. Sobre o Statute of monopolies e outras decisões contestando o poder real de concessão de monopólios, v. Harold Fox, *Monopolies and patents: A study of the history and the future of the patent monopoly*, Toronto: The University of Toronto Press, 1.947. p. 113 e s.

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

*[...]*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.*

Nossa Constituição enxerga a concorrência como um fator de produção de *externalidades positivas*, capaz de colaborar para o funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores<sup>41</sup>.

Tem-se, aí, um dos mais fortes pilares da ordem econômica constitucional [art. 170, *caput* e inciso IV]: para o bem da coletividade, os agentes econômicos devem disputar/concorrer.

34. Mostrou-se que, no mais das vezes, a patente implica restrição da competição, pois ao seu titular é assegurado valioso monopólio. Por outro lado, o estímulo financeiro às patentes pode fomentar a inovação e trazer desenvolvimento.

Uma patente outorgada por prazo excessivo, ainda mais no caso dos fármacos de alto custo, faz minguar a competição, esteriliza a atividade de outras empresas que poderiam empreender no mercado, gerar lucros, riquezas e desenvolvimento e salvar vidas.

---

<sup>41</sup> Na lição de Friedrich A. Hayek: “A concorrência, quando não obstada, tende a ocasionar um estado de coisas em que: *primeiro*, alguém produzirá tudo o que for capaz de produzir e vender lucrativamente a um preço em que os compradores preferirão seu produto às alternativas existentes; *segundo*, tudo que se produz é produzido por alguém capaz de fazê-lo pelo menos a um preço tão baixo quanto o de quaisquer outras pessoas que na realidade não o estão produzindo; e, *terceiro*, tudo será vendido a preços mais baixos, ou pelo menos tão baixos quanto aqueles a que poderia ser vendido por qualquer pessoa que de fato não o faz” [*Direito, legislação e liberdade*, São Paulo: Visão, 1.985, v. III, p. 78].

35. Por força do parágrafo único do art. 40 da LPI, a patente pode alcançar prazo de proteção além de trinta anos. Não é de se espantar que seus detentores defendam essa extensão com unhas e dentes, pois cada ano adicional em que são presenteados pelo aniquilamento da competição significa milhões de reais em seus ganhos.

Novamente trazendo o parâmetro determinado pelo próprio acordo TRIPS e pelo *caput* do art. 40 da LPI, há de se reconhecer que trinta anos [50% a mais do que o prazo original] castram tanto a livre-concorrência quanto a livre-iniciativa, em prejuízo do desenvolvimento da nação.

#### III.4. Violação do art. 170, inciso V, da Constituição Federal [proteção aos consumidores]

36. Outro importante princípio que organiza nossa ordem econômica constitucional – e, conseqüentemente, todo o sistema jurídico – é o da proteção ao consumidor, posto pelo art. 170, inciso V, da Constituição Federal.

A remuneração a maior do titular da patente é paga pelo comprador dos produtos protegidos, ou seja, pelos consumidores e pelo Estado. Queira-se admitir ou não, há um *sobrepreço* imposto pelo monopólio e o consumidor/Estado é obrigado a pagar por ele. Em linguagem econômica há uma *transferência de riqueza* do consumidor/Estado [sociedade] para os titulares das patentes.

A extensão do prazo da proteção operada pelo parágrafo único do art. 40 da LPI sujeita o consumidor/Estado ao pagamento de preços muito superiores aos que aconteceriam se houvesse concorrência. Abriga os detentores das patentes da competição, mantendo os competidores fora do mercado por prazo que pode ultrapassar os trinta anos.

Não há como entender que essa proteção excessiva e exagerada, que impede a entrada no mercado de novos *players* muito além do período determinado pelo TRIPS, atenda ao ditame constitucional da proteção ao consumidor.

#### IV. A IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DA PATENTE EM VIRTUDE DO COMPORTAMENTO DE SEU FUTURO TITULAR

37. Vigem, entre nós, diretrizes jurídicas no sentido de que a ninguém pode aproveitar a própria torpeza. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ensina o velho brocardo.

Em nosso ordenamento, a regra deriva de dois importantes comandos: a vedação ao abuso de direito e a coibição de comportamentos eivados pela má-fé<sup>42</sup>.

Como se sabe, muitas vezes, o prazo das patentes é estendido não apenas em decorrência do *backlog*, do acúmulo de trabalho no INPI, mas por atos protelatórios praticados pelo próprio requerente da patente. Isso não é de se estranhar. Como posto acima, o parágrafo único do art. 40 dá lugar a **incentivos perversos** que fomentam tal conduta. Quanto mais o agente demorar para cumprir formalidades e praticar atos necessários ao bom andamento do processo, mais dias gozará de proteção.

38. Essa estratégia permite àquele que pleiteia a patente beneficiar-se da própria torpeza e, portanto, não pode ser amparada por nosso ordenamento jurídico. A todo sentir, tem-se no caso a incidência do artigo 187 do Código Civil, tornando essa conduta ilícita. *In verbis*:

*“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

## CONCLUSÃO

39. O parágrafo único do art. 40 da LPI é manifestamente inconstitucional, porquanto viola os seguintes dispositivos da nossa Carta Magna:

[i] **art. 5º, inciso XXIX**, porque [i.1] produz efeitos em tudo diversos à proteção temporária e [i.2] não atende aos requisitos impostos para a concessão do privilégio, quais sejam, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

[ii] **art. 37, § 6º**, porque transfere para o particular a responsabilidade por indenização que caberia ao Estado;

[iii] **art. 1º e 170, caput e inciso IV**, porque viola os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência; e

[iv] **art. 170, inciso V**, porque prejudica os consumidores brasileiros.

De qualquer forma, seu prazo não poderia ser prorrogado se o atraso no processo de análise no INPI for causado pelo próprio titular da patente. O art. 187 do Código Civil veda o abuso de direito e, conseqüentemente, que o agente se aproveite da própria torpeza.

---

<sup>42</sup> Para as discussões em torno do tema, superadas pela consolidação da doutrina do abuso de direito, v. Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civis*, tradução da 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.937, 188 e s. A evolução histórica da cláusula é traçada por Fritz Sturm, *Aperçu sur l'origine du brocard Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Dijon: Faculté de droit et de Science politique de Dijon, 1.971.

---

# *AS FUNÇÕES DECLARADAS E REAIS DA PENA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA*

---

*Rayssa Gonçalves de Paula Silva*<sup>1</sup>

**Resumo:** O tema principal deste trabalho é a finalidade das penas de acordo com a Criminologia Crítica. O objetivo geral é analisar as funções atribuídas à pena de acordo com o discurso oficial/dogmático e de acordo com o discurso crítico. Trata-se de um estudo descritivo com abordagem qualitativa, baseado em pesquisa bibliográfica. Com a pesquisa, verifica-se que há dois discursos sobre a função da pena: o discurso oficial (funções declaradas) e o discurso crítico (funções reais). Segundo o Direito Penal (discurso oficial), a pena tem as funções de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral. De modo diverso, segundo a Criminologia Crítica (discurso crítico), a pena tem as funções reais de garantia da dominação de classes e da desigualdade social e de imunização dos comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade.

**Palavras-chave:** Pena. Finalidades da Pena. Direito Penal. Criminologia Crítica.

**Abstract:** The main theme of this work is the purpose of punishment according to Critical Criminology. The general objective is to analyze the functions attributed to the punishment according to the official/dogmatic discourse and according to the critical discourse. This is a descriptive study with a qualitative approach based on bibliographic research. There are two discourses about the purpose of punishment and prison: the official speech (declared purposes) and the critical speech (real purposes). According to the Criminal Law (official speech), the punishment has purposes of retribution, special prevention and general prevention. According to Critical Criminology (critical speech), punishment

---

<sup>1</sup> Possui pós-graduação lato sensu em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional UNINTER e graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Técnica Judiciária da Justiça Federal de 1ª Instância – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

has the real purposes of guaranteeing class domination and social inequality and of immunizing the harmful behavior of the elites of economic and political power of society.

**Keywords:** Punishment. Purposes of Punishment. Criminal Law. Critical Criminology.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar e compreender as funções atribuídas à pena de acordo com o discurso oficial/dogmático e de acordo com a Criminologia Crítica.

O discurso oficial, baseado na dogmática penal e amplamente difundido na doutrina e nos meios de comunicação de massa, apresenta que as penas possuem a função de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral. Estas são as funções declaradas.

No entanto, a Criminologia Crítica se propõe a ir além da ordem social estabelecida e analisar as funções da pena de acordo com a estrutura de classes. Ou seja, a teoria crítica expõe as funções reais da pena, demonstrando os efeitos nocivos do cárcere para os condenados.

Assim, a problematização do tema consiste em pesquisar quais são as funções declaradas e reais da pena do ponto de vista da Criminologia Crítica. Busca-se ainda investigar de que forma a aplicação da sanção penal influencia os condenados e a sociedade.

A relevância desta pesquisa reside em compreender quais são efetivamente as funções da pena na sociedade capitalista e apresentar uma análise crítica sobre o tema.

## 2 AS FUNÇÕES DECLARADAS DA PENA

As teorias sobre os fins da pena estão intrinsecamente ligadas à própria origem do Direito Penal. Nesse contexto, Jorge de Figueiredo Dias ensina que:

*O problema do fim da pena criminal é tão velho quanto à própria história do Direito Penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem*

*sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do Direito Penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do Direito Penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso, se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma (DIAS, apud MASSON, 2016, p. 613).*

Albrecht assevera que “teorias da pena não são teorias sobre a pena, mas são fórmulas de fundamentação para a pena”, pois enquanto teorias da criminalidade indagam continuamente sobre condições para a ocorrência de desvio social, “as teorias da pena, que na maioria dos casos partem de um modelo de criminalidade etiológico-individualizante, tratam sempre da geral justificação da pena” (ALBRECHT, 2010, p. 62).

Nesse cenário, o discurso oficial da teoria jurídica da pena é constituído pelas funções declaradas ou manifestas; de outro modo, as funções reais ou latentes configuram o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena (CIRINO, 2008, p. 460-461).

Segundo o discurso oficial da teoria jurídica, a pena tem as funções retributiva (teoria absoluta), preventiva (teoria relativa) ou dupla função (teoria mista ou unificadora), que serão especificamente analisadas nos próximos subitens.

## 2.1 Teoria absoluta e finalidade retributiva

A teoria absoluta, representada por Kant e Hegel, compreende a pena como um imperativo de justiça, com a negação dos fins utilitários. O cometimento do delito é o fundamento da punição.

A pena como retribuição do crime é característica do Direito Penal Clássico e representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime (CIRINO, 2008, p. 461-462). Nessa teoria, a pena, no sentido religioso de expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, se mostra necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito.

Assim, a pena encontrava-se ligada ao sentimento de vingança contra o

Autor do delito e à ideia de Justiça Divina através da imposição de um castigo ao criminoso.

A crítica à teoria retributiva, formulada por adeptos da prevenção especial e geral, aduz que compensar um mal com outro mal pode corresponder apenas a uma crença, não sendo democrático nem científico. Ademais, a finalidade precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos e não a realização de vinganças privadas.

## **2.2 Teoria relativa e finalidade preventiva**

A teoria relativa busca um fim utilitário para a pena e tem como base a necessidade social da punição (o que é danoso deve ser punido). A finalidade é de prevenção especial/particular (impedir o indivíduo de cometer novos crimes) e de prevenção geral (intimação de todos).

### **2.2.1 A pena como prevenção especial**

A prevenção especial consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais.

Segundo Juarez Cirino (2008, p. 464-465), a função de prevenção especial da pena criminal era dominante no Direito Penal dos Séculos XIX e XX, sendo atribuída legalmente aos sujeitos da aplicação e da execução penal: o juiz, no momento de aplicação da pena, e os técnicos da execução da pena criminal com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado. A prevenção especial da pena se desdobra em negativa e positiva.

A prevenção especial negativa ocorre através da neutralização, com a incapacitação do preso para a prática de novos crimes. De acordo com Masson (2016, p. 615), a finalidade é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca-se evitar a reincidência. Quanto ao tema, Juarez Cirino pontua que:

*A prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos*

*considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão — e, assim, a neutralização do condenado seria um das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal (CIRINO, 2008, p. 465).*

Por sua vez, a prevenção especial positiva tem por objeto a ressocialização do condenado. Segundo Cirino, esta prevenção é realizada através de correção, de ressocialização, ou de reeducação pelo trabalho de “psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena” (2008, p. 465). A expectativa é a de que a prisão influencie diretamente na personalidade o indivíduo para que este não cometa mais crimes.

Em síntese, a pena teria a função de intimidar autores ocasionais, corrigir os sujeitos que podem ser corrigidos e neutralizar aqueles que não são corrigíveis.

A crítica jurídica da prevenção especial positiva sustenta, de outro modo, que o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, pois o Estado não tem o direito de melhorar as pessoas de acordo com critérios morais próprios.

### 2.2.2 A pena como prevenção geral

A prevenção geral também visa evitar crimes futuros, através de uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna.

Na dimensão negativa, o Estado espera que a ameaça da pena desestimule os indivíduos de praticarem crimes. O objetivo é “criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-estímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime” (DIAS apud MASSON, 2016, p. 614).

A crítica jurídica da prevenção geral negativa ressalta a ineficácia inibidora de comportamentos antissociais da ameaça penal, assim como a inutilidade das cruéis penas corporais medievais. Juarez Cirino, quanto ao assunto, explicita que:

*Nesse sentido, é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena — ou o rigor da execução penal —, mas a certeza (ou a probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o autor de praticar crimes — na verdade, uma velha teoria já enunciada por BECCARIA (1738-1794), sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos do controle (CIRINO, 2008, p. 467).*

Atualmente, a finalidade de prevenção geral negativa apresenta-se cotidianamente pelo direito penal do terror. Há, de fato, uma tendência para o terror estatal, que busca intimidar mediante a pena.

Nesse contexto, a crítica jurídica realça ainda dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral negativa fundada na ameaça penal:

*Primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal (...); Segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade humana, porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais (CIRINO, 2008, p. 467-468).*

De outro modo, a prevenção geral adquiriu, no final do século XX, uma forma positiva pós-moderna — geralmente definida como integração/prevenção.

Juarez Cirino explica que “na verdade, existem pelo menos duas posições principais sobre prevenção geral positiva na literatura contemporânea, com proposições semelhantes, mas com pressupostos e objetivos político-criminais diferentes” (2008, p. 468).

Nesse sentido, autores como Roxin assumem a natureza relativa da prevenção geral positiva, definindo a denominada integração/prevenção como demonstração da inviolabilidade do Direito, imprescindível para preservar a confiança na ordem jurídica e intensificar a fidelidade jurídica do povo (CIRINO, 2008, p. 468).

De modo diverso, Jakobs torna absoluta a função de prevenção geral positiva e a define como demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma realizada à custa do competente/responsável, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso.

Nessa temática, ressalte-se que Jakobs se preocupou ainda em dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes, um voltado para os cidadãos e outro para os inimigos, instituindo, assim, o Direito Penal do autor. Nesse sistema, os criminosos poderiam ser classificados em autores de fatos normais (punidos como cidadãos) e autores de fatos de alta traição (punidos como inimigos).

Em relação ao cidadão, a pena teria a função de sanção contra fatos passados, com o significado simbólico de reafirmação da validade da norma. Para o inimigo, a pena seria uma medida para evitar o perigo de fatos futuros, com o significado físico de custódia de segurança preventiva (CIRINO, 20--?, p. 3).

Pode-se inferir, portanto, que a pena como prevenção geral se baseia na intimidação dos sujeitos mediante ameaça penal (prevenção geral negativa) e na suposta integração, como demonstração da inviolabilidade do Direito (prevenção geral positiva). Em todo caso, para a teoria crítica ocorreria a violação de princípios e direitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

### 2.3 Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade

Segundo a teoria mista, a pena tem a função simultânea de retribuição e de prevenção. "A pena assume um tríptico aspecto retribuição, prevenção geral e prevenção especial" (MASSON, 2016, p. 616).

Para Cirino (2008, p. 469-470), a teoria unificada da pena criminal retrata uma combinação das teorias isoladas, feita com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal.

No Brasil, o Código Penal adota a teoria unificada ao determinar a aplicação da pena "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (art. 59 CP). Segundo o ensinamento de Cirino:

*A reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.*

*(...) Em outra perspectiva, essa tríptica função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução penal (CIRINO, 2016, p. 471).*

Para o Supremo Tribunal Federal, a constrição da liberdade é vista como um mecanismo de retribuição e prevenção, conforme se observa do julgado abaixo:

*Se é assim - vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária -, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro. Esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais. Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial. É neste ponto que o regime das execuções penais, para permanecer fiel àquela inspiração constitucional da dignidade da pessoa humana, tem que sequenciar a conhecida garantia da individualização da pena. E se digo “sequenciar”, é pelo fato de que tal garantia não se exaure com a sua primeira e necessária aplicação, que é o momento sentencial da dosimetria da reprimenda que venha a ser imposta ao sujeito condenado em ação penal. 8. Com efeito, as coisas sinalizam imbricamento. Encaixe em congruente unidade. É por reconhecer a todo ser humano uma dignidade inata (inciso III do art. 1º) que a Lei Republicana interdita a pena de morte (como regra geral) e a prisão ad aeternum. Imprimindo à execução da pena constritiva de liberdade, por consequência, um paralelo mister reeducativo (STF, HC 91.874/RS, 2007).*

Depreende-se, assim, que as funções declaradas da pena são a de retribuição e prevenção, que podem atuar em conjunto (dupla função). A função de retribuição está ligada a ideia de vingança contra o Autor do delito. A função de prevenção está associada à necessidade de impedir o indivíduo de praticar novos crimes, mediante a neutralização e ressocialização, e de intimidar a todos, através da ameaça penal, com o objetivo de preservar a confiança na ordem jurídica.

### **3. AS FUNÇÕES REAIS DA PENA**

As funções reais da pena são apresentadas pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena. O referido discurso é elaborado por duas teorias principais: a) a teoria negativa/agnóstica da pena, baseada na dicotomia estado de direito/estado de polícia, desenvolvida pelo trabalho coletivo de Raúl Zaffaroni e Nilo

Batista; b) a teoria materialista/dialética da pena, baseada na distinção entre as funções reais e as funções ilusórias da ideologia da pena nas sociedades capitalistas, produzida pela tradição marxista em criminologia, constituída por Pasukanis, Rusche/Kirchheimer, Melossi/Pavarini e Baratta, com a contribuição de Foucault (CIRINO, 2008, p. 472).

### 3.1 Teoria negativa/agnóstica da pena criminal

De acordo com a teoria negativa/agnóstica, produzida por Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a pena não é um conceito jurídico, mas sim um conceito político, ou seja, é simplesmente uma manifestação do poder de Estado sem qualquer finalidade jurídica.

Nesse sentido, a pena criminal é definida como ato de poder político equivalente ao fundamento jurídico da guerra. Segundo a teoria, é considerada falsa a ideia de que a pena teria as funções de retribuição e prevenção (geral e especial), pois, na realidade, a pena serviria para objetivos ocultos.

Ressalte-se ainda que a teoria agnóstica não defende a abolição do sistema penal, pois considera imprescindível a existência do Direito Penal para a estrutura da sociedade. No entanto, sustenta que seria necessário restringir o Estado de Polícia e maximizar o Estado de Direito.

Segundo Cirino, do ponto de vista científico, a teoria negativa/agnóstica da pena é uma teoria negativa das funções declaradas ou manifestas da pena criminal, expressas no discurso oficial de retribuição e de prevenção geral e especial, e é uma teoria agnóstica das funções reais ou latentes da pena criminal, uma vez que “renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos” (2008, p. 473-474).

Por sua vez, do ponto de vista político-criminal, a teoria negativa/agnóstica da pena tem por finalidade:

*(...) Ampliar a segurança jurídica de todos os habitantes mediante redução do poder punitivo do estado de polícia e correspondente ampliação do estado de direito, pelo reforço do poder de decisão das agências jurídicas – fundado em conceito único limitador do sistema punitivo-, capazes de limitar, mas incapazes de suprimir o estado de polícia, cujo poder maior*

*transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar e controlar ideais, movimentos e dissidências (CIRINO, 2008, p. 474).*

A crítica feita por Cirino é a de que, do ponto de vista conceitual, o componente agnóstico do conceito, entendido como renúncia do conhecimento das funções reais ou latentes do sistema penal, na medida em que demonstra:

*Desinteresse científico sobre as realidades ocultas por detrás da aparência de instituições sociais, parece romper com a tradição histórica da Criminologia Crítica – nesse caso, em contraste com a inegável natureza crítica do trabalho intelectual dos autores, que explicam a repressão penal pela seletividade fundadas em estereótipos desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização etc. (CIRINO, 2008, p. 475).*

Do ponto de vista metodológico, Cirino afirma que a teoria negativa/agnóstica da penal desconsidera o conceito de modo de produção da vida social, ou seja, a relação capital/trabalho assalariado e a luta de classes, como método de análise dos fenômenos sociais, “o que explicaria a relativa abstração dos conceitos de Estado, de poder político e de pena criminal, carentes de determinações históricas concretas: o Estado parece independe da estrutura de classes da sociedade civil” (2008, p. 475).

Nesse sentido, Cirino (2008, p. 476) sustenta que a teoria em questão demonstra cancelar as dimensões de realidade e de ilusão e abandonar a crítica criminológica baseada na dialética das funções declaradas e reais da pena.

Verifica-se, portanto, que, a teoria negativa vai além do discurso oficial, ao compreender a pena, não como um conceito jurídico, mas sim como um conceito político. É transformadora, também, ao negar as funções declaradas da pena (de retribuição e prevenção). No entanto, não é uma teoria que se preocupa com a análise das funções reais da pena e do sistema penal, e, por isso, se distancia da Teoria Crítica.

### **3.2 A teoria materialista/dialética da penal criminal**

A teoria materialista/dialética tem por base o materialismo histórico, cuja síntese foi formulada por Marx em 1859. De acordo com essa concepção, não é possível compreender o Direito e o Estado por si mesmos, mas apenas através das relações da vida material da sociedade civil. Assim, as superestruturas jurídicas e políticas seriam estabelecidas sobre a estrutura econômica da sociedade e o

modo de produção da via material condicionaria os processos da vida social, política e intelectual. Nesse sentido, Cirino afirma que “não é a consciência dos homens que determina o ser, mas o ser social que determina a consciência” (2008, p. 478).

Essa explicação materialista da pena criminal foi inaugurada por Pasukanis em 1924 e inicia uma tradição de pensamento crítico na teoria jurídica e criminológica. Ainda nessa tradição, Rusche/Kirchheimer elaboraram a tese de que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas” (*apud* CIRINO, 2008, p. 479), evidenciando a relação de mercado de trabalho/sistema de punição, na qual “o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pela disciplina da fábrica, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão” (CIRINO, 2008, p. 479).

Do mesmo modo, Foucault, em *Vigiar e Punir*, conceitua o sistema punitivo como:

*Fenômeno social concreto ligado ao processo de produção, menos pelos efeitos negativos de repressão e mais pelos efeitos políticos positivos de dominação/exploração, uma economia política de corpo programada para produzir corpos dóceis e úteis como disciplina da força de trabalho – cujo êxito histórico aparece no controle diferencial da criminalidade, com repressão das camadas sociais subalternas e imunidade das elites de poder econômico e político da sociedade capitalista (apud CIRINO, 2008, p. 479).*

Para a Criminologia Crítica, baseada na teoria materialista, o Direito Penal é um sistema dinâmico desigual porque: em relação à definição de crimes, configura proteção seletiva de bens jurídicos representativos dos interesses das classes hegemônicas; e em relação à aplicação e execução das penas, consiste na estigmatização e repressão seletiva de indivíduos marginalizados, orientada por indicadores sociais negativos (pobreza, desemprego etc.) que ativam estereótipos, preconceitos e todo o sistema ideológico internalizado dos agentes de controle social, excluindo ou reduzindo o critério de racionalidade atribuído à dogmática penal (CIRINO, 2008, p. 494).

Desse modo, a pena teria a função real de garantir e reproduzir a escala social vertical e de imunizar os comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade.

No nível da criminalização primária, ocorre a proteção seletiva de interesses e privilégios das classes sociais hegemônicas através da criminalização de comportamentos característicos das classes subalternas, e da exclusão dos comportamentos típicos das elites de poder econômico.

No nível da criminalização secundária, a posição social do acusado significa uma variável decisiva do processo penal de dois modos: com a concentração das chances de criminalização nos marginalizados sociais e a imunização penal da alta sociedade.

Assim, a pena tem a função de retribuição equivalente do crime, baseada no valor de troca medido pelo tempo de liberdade pessoal suprimida, mediante a neutralização de condenados reais. E as funções de prevenção especial positiva (correção individual) e prevenção geral positiva (afirmação da validade da norma) configuram o discurso oficial legitimador das funções reais da pena (manutenção da desigualdade social nas sociedades contemporâneas).

### **3.2.1 A pena como retribuição equivalente do crime**

Segundo Cirino (2008, p. 477-478), a finalidade do discurso crítico da teoria materialista/dialética é apresentar a natureza real da retribuição penal nas sociedades contemporâneas.

De acordo com a teoria crítica, nas sociedades capitalistas, a estrutura material das relações econômicas é fundada no princípio da retribuição equivalente. Na esfera da responsabilidade penal, “a retribuição equivalente é instituída sob a forma da pena privativa de liberdade, como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida” (CIRINO, 2008, p. 480).

Nesse contexto, Cirino assevera que a pena como retribuição equivalente “representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista, que deve perdurar enquanto subsistir a sociedade de produtores de mercadorias” (2008, p. 483).

Constata-se, assim, que a pena, como retribuição equivalente do crime, é um fenômeno sócio-estrutural específico das sociedades capitalistas, que possuem como fundamento material a produção e a circulação de mercadorias.

### 3.2.2 A prevenção especial como garantia das relações sociais

O crime é considerado uma realidade ontológica pré-constituída segundo o discurso do processo legal devido. No entanto, para a teoria crítica, o crime é compreendido como uma realidade social construída pelo sistema de controle, a criminalização é um bem social negativo distribuído desigualmente pela posição social do autor e o sistema de justiça criminal é uma instituição que transforma o cidadão em criminoso (CIRINO, 2008, p. 485-486).

Com base nesses fundamentos, para a teoria crítica/dialética, a prevenção especial é apenas um instrumento de garantia das relações sociais estabelecidas. De acordo com Baratta:

*A aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social” (BARATTA, 2002, p. 166).*

Sob essa nova ótica, a teoria crítica apresenta diversas objeções à prevenção especial negativa, que é constituída pela neutralização do condenado através da privação de liberdade (incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos), dentre as quais se destacam:

*a) a privação de liberdade produz maior reincidência – e, portanto, maior criminalidade –, ou pelos reais efeitos nocivos da prisão, ou pelo controle seletivo fundado na prognose negativa da condenação anterior;*

*b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva de uma autoimagem de criminoso – portanto, habituado à punição.*

*c) a execução da pena privativa de liberdade representa máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado;*

*d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizar a self fulfilling prophecy, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas;*

*e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle.*

*f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o labelling approach (CIRINO, 2008, p.484-485).*

No mais, para a teoria crítica, a função de prevenção especial positiva, na qual a pena é concebida como tratamento curativo, apenas demonstra o fracasso histórico do projeto técnico-corretivo da prisão.

Isso porque é notória a crise da execução da pena, como realização do projeto-técnico corretivo da prisão. A crise existe porque “a prisão só ensina a vier na prisão” (CIRINO, 2008, p. 487). Assim, diante da rotulação como criminoso, o condenado busca a adaptação pessoal à cultura da prisão, que ocasiona a transformação da autoimagem e a deformação da personalidade.

A expectativa da comunidade de que o rotulado se comporte de acordo com rótulo, ou seja, “de que assuma o papel de criminoso praticando novos crimes, fecha as supostas possibilidades de reinserção social e completa o modelo sequencial de formação de carreiras criminosas” (CIRINO 2008, p. 488).

Nota-se, assim, que o objetivo declarado de prevenção especial da pena (através da neutralização e ressocialização do criminoso) não é alcançado na prática. De modo contrário, a privação de liberdade equivale à incapacitação seletiva dos indivíduos marginalizados e introduz o condenado em uma carreira criminoso.

### **3.2.3 A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante**

Quanto à prevenção geral negativa da ameaça penal, a análise crítica destaca que esta poderia desestimular os crimes de reflexão, que são os crimes econômicos, ecológicos, tributários etc., integrantes do Direito Penal simbólico. Contudo, não produziria efeitos nos crimes impulsivos, decorrentes

da criminalidade comum. Deste modo, a função de intimidação da prevenção geral negativa atua, na realidade, como retribuição equivalente da pena criminal.

Por fim, a prevenção geral positiva assume funções distintas de acordo com as posições liberais (Roxin) ou autoritárias (Jakobs). Para a posição liberal, a pena tem a finalidade de proteção de bens jurídicos. De modo diverso, para Jakobs, a pena é definida como reação contra a violação da norma e, na visão de Cirino (2008, 489-490), essa teoria é autoritária porque: a) reduz o crime à lesão da vontade do poder ao prescindir da lesão de bens jurídicos como fundamento constitucional de punibilidade; b) parece ter por objetivo a garantia da fidelidade do cidadão à vontade do poder e não a proteção de bens jurídicos contra lesões dolosas ou imprudentes; c) ao sustentar a ideia de que a punição do criminoso aumenta a confiança no Direito, reforçando a fidelidade jurídica do povo, reduz a missão do Direito Penal a satisfazer os impulsos punitivos da população, atrelando o Direito à barbárie primitiva. Nas sociedades contemporâneas, Cirino afirma ainda que:

*A legitimação do poder político do Estado ocorre pela criação de uma aparência de eficiência repressiva na chamada luta contra o crime – definido como inimigo comum –, que garante a lealdade do eleitorado, e, de quebra, reproduz o poder político (...).*

*Por último, a legitimação do Direito Penal pelo papel ideológico de criação de símbolos no imaginário popular é simbólica, mas com evidente efeito instrumental: é simbólica, porque a penalização das chamadas situações problemáticas não significa solução social do problema, mas simples solução penal produzida para efeito de satisfação retórica da opinião pública —, ou seja, nenhuma solução; mas possui efeito instrumental invertido, porque legitima o Direito Penal como programa desigual de controle social, agora revigora do para a repressão seletiva contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital — porque, pelo menos ao nível simbólico, o Direito Penal seria igual para todos.*

*Aliás, o discurso efficientista da prevenção geral positiva permite justificar a redução ou exclusão de garantias constitucionais de liberdade, igualdade, presunção de inocência e outras garantias do processo penal civilizado — cuja sistemática supressão ameaça reduzir o Estado de Direito no estado de polícia contido em seu interior (CIRINO, 2008, p. 491-492).*

Dessa forma, observa-se que, para a teoria crítica, a função declarada de prevenção geral apenas encobre a função real da pena de garantia da ordem social.

### **3.2.4 Teoria unificada como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal**

De acordo com a teoria unificada, a pena tem, simultaneamente, as funções de retribuição e prevenção (funções declaradas).

No entanto, para a criminologia crítica, as teorias unificadas, como integração das funções declaradas da pena, representam apenas a soma dos defeitos das teorias particulares. Isso porque não haveria nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar teorias contraditórias, com objetivos reciprocamente excludentes.

Ademais, para a teoria Crítica, as funções declaradas da pena não correspondem às funções reais e atuam apenas como forma de legitimação do discurso oficial.

## **4 CONCLUSÃO**

Com a realização da presente pesquisa, pode-se verificar que há dois discursos que explicam tanto os objetivos do Direito Penal quanto às finalidades da pena: o discurso jurídico oficial e o discurso jurídico crítico.

Para o discurso oficial, o Direito Penal tem o objetivo de proteger bens jurídicos fundamentais. Para o discurso crítico, a lei penal reflete os interesses das elites de poder econômico e político e o Direito Penal tem o objetivo de garantir a estrutura de classes e a desigualdade social.

Enquanto o discurso oficial defende que a pena tem as funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral, o discurso crítico assevera que a pena tem as funções de retribuição equivalente do crime, garantia das relações sociais (prevenção especial) e afirmação da ideologia dominante (prevenção geral).

Sob a ótica da teoria crítica, a prisão tem por finalidade transformar o sujeito real (condenado) em sujeito ideal (trabalhador), adaptado à disciplina do trabalho na fábrica. Na prática, o cárcere representa o ponto culminante do mecanismo de criminalização e é incapaz de ressocializar. Isso porque a prisão promove a desaculturação do indivíduo, que perde os seus papéis sociais e aprende apenas a viver na prisão.

Assim, verifica-se que as funções declaradas da pena, de correção e ressocialização, são um fracasso. Contudo, as funções reais de garantia de uma sociedade desigual são um sucesso.

Desse modo, são necessárias alternativas à pena e não, simplesmente, penas alternativas. O Direito Penal Mínimo deve ser buscado, com o fim de proteger o indivíduo do poder punitivo do Estado. Deve-se considerar o contexto sociocultural no qual o indivíduo está inserido e analisar os efeitos reais das penas.

De fato, as respostas para a reformulação do Direito Penal devem ser buscadas na realidade social e não apenas nas teorias declaradas e difundidas nos livros.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia - Uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schliessl Cardoso). Florianópolis: Empório do Direito: Rio/Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la criminologia critica*. In: *Dei Delitti e delle Pene*, n. 1, 1991; \_\_\_\_\_, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 91.874/RS, Relator Min. Carlos Britto, Data de Julgamento: 31/08/2007. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776182/habeas-corpus-hc-91874-rs-stf>>. Acesso em 05 de maio. 2018.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – volume 1 – 10ª ed. rev.; atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral - 3. ed.* - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral - 7. ed, rev. atual. ampl.* -Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.
- \_\_\_\_\_. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 06 de julho de 2018.
- \_\_\_\_\_. *Os Discursos sobre Crime e Criminalidade*. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os\\_discursos\\_sobre\\_crime\\_e\\_criminalidade.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf)>. Acesso em: 04/04/2018.
- \_\_\_\_\_. *30 Anos de Vigiar e Punir (Foucault)*. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 04/04/2018.



---

# CLÁSSICAS DICOTOMIAS DO DIREITO

---

Reis Friede<sup>1</sup>

**Resumo:** o presente artigo tece breves considerações sobre três clássicas dicotomias do Direito, analisando, assim, os denominados direito positivo, direito objetivo e direito público, em contraposição ao direito natural, direito subjetivo e direito privado, respectivamente.

**Palavras-chave:** direito positivo/direito natural; direito objetivo/direito subjetivo; direito público/direito privado.

## CLASSIC LAW DICHOTOMIES

**Abstract:** the current article makes brief considerations on three classic Law dichotomies, analyzing, thus, the so-called Positive Law, Objective Right and Public Law in opposition to the Natural Law, Subjective Right and Private Law, respectively.

**Keywords:** Positive Law/Natural Law; Objective Right/Subjective Right; Public Law/Private Law.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Acepções do Vocábulo *Direito*. 3. Direito Positivo e Direito Natural. 4. Direito Objetivo e Direito Subjetivo. 5. Direito Público e Direito Privado. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

VENOSA (2006, p. 11) explica que, tendo em vista a equivocidade que lhe é peculiar, definir *direito* é algo complexo, pois dificilmente será sintética e

---

<sup>1</sup> Reis Friede é Desembargador Federal, Presidente Eleito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: [reisfriede@hotmail.com](mailto:reisfriede@hotmail.com) .

compreensível uma definição que abranja todas as suas acepções. Não obstante, segundo o mesmo autor, “quando nos debruçamos exclusivamente sobre a origem etimológica da palavra *direito*, não há maior dificuldade”, posto que, conforme cediço, o termo em questão provém de *directus*, *directa*, *directum*, *rectum*, a significar *direto*, *reto*, *correto*, *conforme*. A fim de comprovar que tal pluralidade de significados acaba por dificultar a compreensão a respeito do que se entende por *direito*, MASCARO (2015, p. 1) apresenta alguns exemplos reveladores dos diversos modos de se empregar a palavra em epígrafe.

*“Quando se vê uma mãe bater com violência em seu filho, diz-se que isso não é direito. Quando se surpreende um ladrão em pleno furto, fala-se que ele está agindo contra as leis. Quando se assalta um banco, também se diz que não se está agindo em conformidade com o direito. Mas também, para muitos, a atividade bancária de emprestar a juros não é considerada correta, e, para alguns outros, fundar um banco é um ato de muito mais crime do que assaltar um banco.*

*Não é justo, para alguns, que um mendigo roube o pão. Mas não é justo, para muitos outros, que o mendigo não tenha um pão. Para alguns, o direito é inspirado em livros tidos como sagrados, como a Bíblia. Para outros, o direito é puramente técnico, e se restringiria a um conjunto de leis emanadas do Estado.*

*Perante tantas coisas que são denominadas ou não por direito, e perante tantas outras em relação às quais se atribui um caráter justo ou injusto, há uma grande dificuldade para identificar aquilo que se chama, especificamente, por direito.” (MASCARO, 2015, p. 1)*

Como se observa, a doutrina, de um modo geral, apresenta as seguintes acepções possíveis para o vocábulo em questão: direito como *ciência do Direito*, direito como *justiça*, direito como *direito subjetivo*, direito como *direito potestativo*, direito como *ordenamento jurídico*, direito como *fenômeno social*.

## 2. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO DIREITO

O **vocábulo** *direito* é empregado frequentemente para designar a *ciência do Direito*, expressão que ainda encontra certa oposição junto à doutrina, malgrado a absoluta predominância do entendimento que afirma o seu caráter científico. Assim, de acordo com as lições de VENOSA (2006, p. 9), o Direito, “como ciência, enfeixa o estudo e a compreensão das normas postas

pelo Estado ou pela natureza do homem”, não se limitando, porém, a apresentar e classificar regras, mas, igualmente, tem “como objeto analisar e estabelecer princípios para os fenômenos sociais, tais como os negócios jurídicos, a propriedade, a obrigação, o casamento, a filiação, o poder familiar, etc.” Enquanto verdadeira *ciência*, o Direito abrange o estudo, a sistematização e a interpretação das normas jurídicas integrantes de determinado *ordenamento jurídico*, cabendo ressaltar, por oportuno, que a ciência do Direito, conforme recorda REALE (2002, p. 62), “durante muito tempo teve o nome de *Jurisprudência* [com ‘J’ maiúsculo], que era a designação dada pelos jurisconsultos romanos”, sendo que, atualmente, a palavra *jurisprudência* (com ‘j’ minúsculo) ostenta uma significação estrita, para indicar a “doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais”.

O termo *direito*, da mesma forma, tem sido adotado como sinônimo de *justiça*, palavra que, em essência, apresenta apenas um de seus valores basilares, ao lado da *segurança jurídica*, da *ordem* e do *bem comum*, dentre outros. MONTORO argumenta que, dentro dessa percepção, há dois sentidos diferentes, ambos relacionados com o conceito de *justiça*, assim explicados:

*“Por exemplo, quando dizemos que ‘o salário é direito do trabalhador’, a palavra ‘direito’ significa ‘aquilo que devido por justiça’.*

*Outras vezes ‘justo’ significa a ‘conformidade’ com a justiça. Por exemplo: quando digo que ‘não é direito condenar um anormal’, quero dizer não é conforme à justiça.” (MONTORO, 2011, p. 63)*

A primeira acepção acima abordada por MONTORO (2011, p. 63-64) guarda relação com o *justo objetivo*, uma vez que a palavra *direito*, no caso em particular, traduz o *bem* que é devido a uma pessoa por exigência da *justiça*, ao passo que, no segundo sentido, o termo *direito* denota um qualificativo, ou seja, a conformidade com as exigências da *justiça*.

O vocábulo *direito* também é compreendido enquanto *direito subjetivo*, figura que pode ser representada, resumidamente, pela confrontação de sujeitos que ostentam, em uma determinada relação jurídica, posições contrapostas, quais sejam, a *possibilidade* de se exigir algo de um (X) e o respectivo *dever* inerente a outro (Y). Destarte, consiste o *direito subjetivo* na *facultas agendi*, isto é, na possibilidade, conferida pela norma jurídica, de se exigir determinado comportamento de outrem, contrapondo-se, assim, ao *direito objetivo*, considerado a *norma agendi*, a norma de agir (norma de conduta). Tal dicotomia

demonstra que o Direito, ao mesmo tempo em que ostenta uma *feição objetiva* (correspondente ao conjunto de textos normativos que integram um dado *ordenamento jurídico*), possui, ademais, um *aspecto subjetivo*, consistente na faculdade jurídica (*facultas agendi*) atribuída a determinado sujeito, transformando-o em titular de poder em relação ao que se encontra no outro polo de uma determinada relação jurídica.

Afirma-se, ademais, que a palavra *direito* pode ter o significado de *direito potestativo*, isto é, aquele que confere ao respectivo titular, mediante ato próprio de vontade, e em certas situações, a possibilidade de gerar determinados efeitos jurídicos, atingindo, inclusive, terceiras pessoas, que a eles não poderão se opor. Trata-se o *direito potestativo*, portanto, de um direito de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito, que se encontra em uma situação jurídica passiva (denominada de *estado de sujeição*) (DIDIER JR., 2012). Desta feita, no *direito potestativo* um dos sujeitos da relação jurídica (*sujeito ativo*) tem o poder de, livremente, atuar em relação ao outro (*sujeito passivo*), a quem cabe tão somente suportar a ação do titular do direito. A título de exemplo, cite-se o art. 1.804 do Código Civil, que confere ao herdeiro o *direito potestativo* de aceitar ou não a herança. Recorda DIDIER JR. que o direito à escolha do procedimento a ser adotado também configura um direito potestativo.

*“Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (arts. 554 e segs. do CPC) ou pelo procedimento comum para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido ‘direito líquido e certo’), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou do procedimento comum.” (DIDIER JR., 2015, p. 284)*

Em outra perspectiva, o termo *direito* é concebido não como *ciência, justiça, norma isolada* ou *poder*, mas, sim, como um amplo *conjunto de normas jurídicas*, as quais, reunidas sistematicamente, configuram um *ordenamento jurídico*. SILVA (2015, p. 35), ao afirmar que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo-se, portanto, em um “sistema normativo”, destaca tal característica sistêmica. Assim, quando se diz que “o Direito brasileiro não prevê punição para o suicídio”, pretende-se afirmar, em particular, a inexistência, no *ordenamento jurídico* pátrio, de qualquer regra jurídica que importe em punição para aquele que eliminou a própria vida.

Por fim, é possível conceber o Direito enquanto *fenômeno social*, não existindo, pois, senão na sociedade e, da mesma forma, não podendo ser concebido fora dela (*ubi societas, ibi jus; onde está a sociedade, está o direito*), razão pela qual a *sociabilidade* constitui-se em uma de suas notas essenciais, correspondendo o Direito “à exigência indeclinável de uma convivência harmônica” (REALE, 2002, p. 2).

### 3. DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

A doutrina alude à clássica dicotomia entre *direito positivo* (Juspositivismo) e *direito natural* (Jusnaturalismo). A expressão *direito positivo* pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (*lei*) ou não-escrita (*norma consuetudinária, norma costumeira* ou *costume jurídico*). É, ainda, o Direito institucionalizado e que deve ser observado por todos, passível de ser imposto coercitivamente. Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisões humanas, seja através da atuação estatal (o processo de elaboração das leis, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os costumes jurídicos. Assim, a análise do direito positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos o cerne do brocardo *ubi societas, ibi jus; onde está a sociedade, está o direito*.

Em contraposição, o *direito natural*, cujo fundamento – conforme a concepção que se adote – seria a *natureza das coisas*, a *vontade divina* ou a *razão humana*, seria válido por si mesmo e legitimado por uma ética superior à própria normatividade do Estado, incidindo no espaço social como um todo, independente do lugar (*universalidade*), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; diferentemente, o *direito positivo* (enquanto obra humana) seria produto histórico de certa sociedade, sendo, portanto, válido em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder a respectiva validade por decisão política do Estado.

### 4. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

É cediço que o fenômeno jurídico pode ser apreciado sob o prisma *objetivo* (*direito objetivo*) ou *subjetivo* (*direito subjetivo*), sendo aquele o conjunto de normas jurídicas que regulam o comportamento humano (norma de conduta, norma de agir, *norma agendi*), geralmente prescrevendo uma sanção para o caso

de sua violação, expressão que corresponderia, segundo alguns autores, ao termo *law* do sistema anglo-saxão (*common law*). Trata-se, destarte, da norma jurídica em si, enquanto comando que pretende projetar um comportamento (NUNES, 2002, p. 116). Ao lado de tal perspectiva *objetiva*, o termo *direito* ostenta, ainda, um viés *subjetivo*, que, diferente do anterior, possui afinidade com o vocábulo *right* do aludido sistema (*common law*), caracterizando, assim, não mais a norma de agir (*norma agendi*), mas a faculdade de agir (*facultas agendi*) conferida pelo *ordenamento jurídico*. Neste sentido, leciona FERRAZ JR.:

*“A segunda grande dicotomia de que devemos tratar é entre direito objetivo e subjetivo. A distinção parece exigida pela ambiguidade da palavra direito [...]. A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, visto que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, facultades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no direito das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de herdeiro, mencionamos algo que lhe pertence. Para clarificar, lembramos que o inglês tem duas palavras diferentes para enunciar os dois termos: law (direito objetivo) e right (direito subjetivo).” (FERRAZ JR., 2015, p. 112)*

Em adição, esclarece NUNES (2002, p. 116) que não se deve confundir as expressões *direito objetivo* e *direito positivo*, confusão que, segundo o mesmo autor, decorre do fato de se conceber este último apenas sob o enfoque objetivo, quando, na verdade, o mesmo abarca tanto o *direito objetivo* quanto o *direito subjetivo*.

Conforme explica FERRAZ JR. (2015, p. 112), “os romanos, pelo menos no sentido técnico da expressão, não conheceram o que hoje chamamos de direito subjetivo”, sendo certo que havia, naquela quadra, “algo que não se confundia com a *lex*, que os juristas medievais iriam expressar em termos de *facultas agendi* e *norma agendi*”, vale dizer, a faculdade de agir e a norma de agir, respectivamente.

Para TELLES JR. (2002, p. 255-256), *direito subjetivo* é a “permissão, dada por meio de norma jurídica válida, decorrente do *direito objetivo*, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado pela violação da norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”.

Sobre a natureza jurídica do *direito subjetivo*, a doutrina, de um modo geral, elenca as seguintes teorias e respectivas objeções que lhe foram dirigidas. Conforme explica FERRAZ JR., a *teoria da vontade*, formulada pelos juristas alemães FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779-1861) e BERNHARD WINDSCHEID (1817-1892), concebe o *direito subjetivo* como um *poder da vontade* reconhecido pelo ordenamento jurídico.

*“Os juristas dogmáticos, desde o século XIX, esmeraram-se em fornecer os fundamentos para uma caracterização plausível da dicotomia. O Direito Objetivo, encarado como um conjunto de normas da mais variada espécie, constitui um dado objetivo. A questão em torno da qual se empenham é saber se o direito subjetivo constitui também um dado por si ou se, ao contrário, é engendrado pelo próprio direito objetivo. A ideia de liberdade [...] é um elemento precioso para dizer que o direito subjetivo constitui uma realidade por si: o direito objetivo apenas a reconhece e lhe dá as condições de exercício. Senão, vejamos.*

*Como na noção de liberdade está imanente a ideia de livre arbítrio, a vontade livre parece ser, inicialmente, um fundamento plausível para o direito subjetivo com uma realidade por si. Forma-se a teoria da vontade (WINDSCHEID, 1906:156). O direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento protege e confere.” (FERRAZ JR., 2015, p. 114)*

REALE assinala que WINDSCHEID, fundando-se na noção de *facultas agendi*, “sustentava que o direito subjetivo é sempre uma expressão da vontade, entendido este termo, a princípio, de maneira empírica, como uma faculdade psicológica”, registrando, ademais, que tal compreensão liga-se, “no fundo, a uma velha crença, à de que o homem, logo ao nascer, já é senhor ou titular de ‘direitos naturais’, inerentes à sua personalidade, independentemente do fato de serem estes reconhecidos ou não pelo Estado”.

*“O homem tem, em suma, um poder de querer que, entre outras, assume a forma de poder de querer segundo regras de direito, para a realização de fins próprios numa convivência ordenada.*

*Temos, desse modo, uma compreensão do direito subjetivo vinculada à pessoa humana, como ente racional e volitivo, o que corresponde a uma superada visão antropomórfica do Direito. Não há dúvida que o homem deve ser a medida e o fim, por excelência, do Direito, mas isto não significa que possa ou deva ser entendido como a explicitação ou exteriorização de um homo juridicus, cuja forma de querer representaria o direito subjetivo.*

*A teoria do direito subjetivo em termos de 'vontade juridicamente protegida' esbarra com dificuldades intransponíveis, tais como foram apontadas desde JHERING a KELSEN, que formularam objeções incontestáveis. Observa-se, por exemplo, que muitas vezes o direito subjetivo existe e continua existindo a despeito da vontade do titular ou contra essa mesma vontade. Imagine-se que o credor de uma importância não se disponha a cobrá-la. O Direito positivo lhe dá a ação para efetivar o seu direito." (REALE, 2002, p. 253-254)*

Assim, conforme destacado por REALE, a principal crítica doutrinária apontada para tal perspectiva teórica reside no fato de haver *direito subjetivo* mesmo quando ausente qualquer vontade (em sentido jurídico e próprio) por parte do respectivo titular. Os menores incapazes, por exemplo, ostentam direito de propriedade. Ademais, é lícito afirmar que há *direito subjetivo* ainda que o titular o desconheça. É o caso, pois, do herdeiro que desconhece a sua própria condição enquanto tal.

RUDOLF VON IHERING (1818-1892), também jurista alemão, opôs pesadas críticas à teoria precedente, sendo uma delas a possibilidade de haver *direito subjetivo* mesmo quando ausente qualquer vontade (em sentido jurídico e próprio) por parte do respectivo titular. Em resumo, a concepção teórica formulada por IHERING na sempre lembrada obra *L'esprit du Droit Romain* define *direito subjetivo* como sendo um *interesse* (utilidade, vantagem ou proveito) *juridicamente protegido* por meio de uma *ação judicial*, tradução que envolve um elemento de natureza *material* (o interesse) e outro de índole *formal* (a proteção do interesse pelo Direito). Assim, na visão de IHERING, a noção essencial de *direito subjetivo* consiste não na *vontade*, mas no *interesse juridicamente (elemento material)* protegido por meio de uma *ação judicial (elemento formal)*. A principal objeção que se aponta à teoria de IHERING reside no fato de que o cerne do *direito subjetivo* não está no interesse. Este, na realidade, apenas expressa o *objeto* em razão do qual o *direito subjetivo* existe. Conforme adverte MONTORO (2011, p. 503), há "casos de direitos subjetivos em que não existe interesse da parte do titular"; ademais, "há muitos interesses protegidos pela lei, que não constituem direitos subjetivos." No mesmo sentido crítico, TELLES JR. (2002, p. 265) ilustra que a permissão conferida pelo *direito subjetivo* "tanto pode ser para fazer ou ter o que interessa como para fazer ou ter o que não interessa".

GEORG JELLINEK (1851-1911), também pretendendo apontar a natureza do *direito subjetivo*, definiu-o como sendo o *poder da vontade* reconhecido e

protegido pelo ordenamento jurídico, tendo por objeto um bem ou interesse. Observa-se que a teoria em questão conjuga, na definição ora abordada, dois elementos: o *poder da vontade* e o *interesse protegido*, razão pela qual é denominada de *teoria mista*, assim explicada por REALE.

*“JELLINEK achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer.*

*A teoria eclética indiscutivelmente é engenhosa e estava fadada a alcançar grande sucesso, como tudo aquilo que aparece apaziguando contrastes e conflitos. Ainda hoje em dia é a teoria mais vulgarizada, aquela que mais se encontra elogiada e aceita nos tratados gerais de Direito, inclusive por seu cunho pragmático, tão do gosto dos juristas práticos.” (REALE, 2002, p. 257)*

## 5. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Sendo o Direito um conjunto ordenado e sistematizado de normas jurídicas, importa analisar sua tradicional divisão em dois grandes ramos, distinção que remonta à época dos romanos, e que restou historicamente inscrita na célebre frase *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (Digesto, 1.1.1.2), trecho que, traduzido livremente, afirma que o *direito público* seria relativo ao estado da coisa romana, ou seja, à coisa pública, ao passo que o *direito privado* seria concernente aos interesses particulares.

Analisando a referida frase, FERRAZ JR. (2015, p. 103) explica que ULPIANO, jurista romano, ao estabelecer tal dicotomia entre *jus publicum* e *jus privatum*, “certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto o lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência”.

De sua parte, KELSEN, na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que o dualismo *direito público* e *direito privado* provoca fissuras no sistema unitário do Direito, razão pela qual refuta a divisão em tela, considerando-a tautológica.

A crítica de KELSEN em relação à divisão do Direito em dois grandes ramos é explicada a partir de uma construção escalonada da *ordem jurídica*, conforme recordado por SGARBI:

*“No alto do edifício normativo, encontra-se a regra fundamental ou primária que assegura a unidade do sistema jurídico no seu movimento da criação.*

*Com isso, uma pluralidade de normas constitui uma unidade, já que toda a validade repousa, em última análise, numa única norma jurídica que constitui a junção da pluralidade normativa convergente. Assim, nos termos desse plano teórico em que cada grau superior fornece fundamento ao grau inferior, o direito privado não possuirá uma qualidade diversa ou mesmo originária em relação a qualquer plano interno do direito estatal. A partir desse ponto de vista, KELSEN passa a acomodar todas as dissonâncias nos termos de seu marco teórico.”* (SGARBI, 2007, p. 33-34)

De qualquer forma, malgrado a oposição teórica firmada por KELSEN e outros, a separação levada a efeito pelos romanos percorreu os séculos e alcançou os dias atuais. FERRAZ JR. (2015, p. 105), ao mesmo tempo em que consigna a importância da divisão em questão, informa que tal distinção permite alcançar uma “sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura.” Destarte, a partir da dicotomia sob comento, as normas jurídicas são catalogadas em dois grandes arcabouços normativos (normas de *direito público* e normas de *direito privado*), ambos regidos por princípios específicos, providência que possibilita, no plano prático-operacional do Direito, identificar a norma a ser aplicada ao caso concreto.

A doutrina alude a uma pluralidade de critérios que objetivam estabelecer a distinção entre *direito público* e *direito privado*, multiplicidade que decorre, entre outros fatores, do próprio aspecto dogmático inerente à *Ciência do Direito*. Assim, é plenamente explicável que haja tantos critérios que, ao longo do tempo, com mais ou menos fundamentos, tenham sido propostos com o fim de elucidar tão intrigante dualidade. À época dos romanos, a distinção baseava-se no **critério da utilidade ou do interesse, o qual não se revelou adequado para explicar satisfatoriamente a divisão proposta. Conforme registrado por DINIZ (2000, p. 249), o “critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque**

não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular”, havendo, na verdade, segundo a autora, uma “correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também a do Estado e vice-versa”.

Propôs-se, então, outro critério, fundado na *predominância do interesse*. Com efeito, segundo este critério, o *jus privatum* abrange normas destinadas a tutelar, *imediatamente*, o interesse privado e, de forma *mediata*, o interesse público; por sua vez, o *jus publicum* abarca normas destinadas a proteger, de modo *imediato*, o interesse público e, *mediatamente*, o interesse privado. A dificuldade decorrente do emprego de tal raciocínio (fundado no critério da predominância) reside justamente em apontar, de modo cientificamente preciso, o interesse que deve predominar, razão pela qual é lícito concluir que o aludido fator de diferenciação não viabilizou a devida distinção dogmática, dando margens a questionamentos e críticas.

Ainda no que concerne ao mesmo aspecto distintivo, SAVIGNY, citado por DINIZ (2000, p. 249), aduz que a “tradicional divisão baseia-se no *fim* do direito”, ou seja, “enquanto no *direito público* o todo se apresenta como o fim e o indivíduo permanece em segundo plano, no *direito privado* cada indivíduo, considerado em si, constitui o fim deste ramo do direito”, concluindo a autora, destarte, que tal “concepção não teve grande aceitação, pois o Estado também pode ser fim de relação jurídica regulada pelo direito privado, como no caso em que for parte num contrato de compra e venda”.

TELLES JR., por seu turno, propõe um critério *misto*, mas reconhece, entretanto, a imperfeição deste enquanto fator de distinção do tema em exame.

*“Aliás, há um critério prático, geralmente suficiente, para fazer-se a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado. É um critério misto, pelo qual utilizamos, com esse fim, dois elementos diferentes: o interesse preponderante, protegido pela lei, e a forma da relação jurídica, regulada pela lei. [...].*

*Levando em consideração os dois referidos elementos - o elemento do interesse ou utilidade preponderante e o da forma da relação jurídica - podemos estabelecer a distinção entre o Direito Público e Direito Privado. O Direito Público é aquele que protege utilidades ou interesses preponderantemente públicos e regula relações jurídicas de subordinação;*

*e o Direito Privado é aquele que protege interesses preponderantemente privados e regula relações jurídicas de coordenação.” (TELLES JR., 2002, p. 227-228)*

Ainda no âmbito da mesma diferenciação, GUSMÃO (2000, p. 146) assevera que no *direito público* o “Estado se apresenta como portador de potestade suprema, investido de *imperium*”. Da mesma forma, reconhecendo que qualquer tentativa de distinção entre *direito público* e *direito privado* não restará imune à censura doutrinária, VENOSA aponta (como norte diferencial) um critério fundado no *poder de império* inerente ao Estado.

*“Pertencerão ao direito público as normas que regulam o Estado quando exerce a soberania. Nessas relações existe o poder de império. Quando o Estado se despe da soberania e se relaciona em condições de igualdade com os indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas, o campo será o do direito privado, assim como quando a relação é entre particulares no mesmo plano de igualdade. A dificuldade desse critério, conforme aponta PAULO NADER [...], é constatar quando o Estado atua ou não na relação com seu poder de império. É impossível estabelecer previamente a conduta do Estado; o exame sobre normas de direito público e de direito privado deve ser aferido no caso concreto.” (VENOSA, 2006, p. 23)*

BATALHA (2000, p. 453), baseando-se no mesmo critério acima indicado, afirma que o *direito público* disciplina o Estado e as relações deste no exercício de seu poder soberano (poder de império) com os indivíduos, ao passo que o *direito privado* regula as relações jurídicas dos indivíduos entre si ou deles com o Estado (despido do poder de império).

Malgrado a predominância de tal critério de diferenciação, forçoso reconhecer que nenhum deles afigura-se suficientemente capaz de estabelecer, com precisão, os limites entre o *direito público* e o *direito privado*.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza. *Nova Introdução ao Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *O Direito de Ação como Complexo de Situações Jurídicas*, Revista de Processo, nº 210, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*, v. I, 17ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015.

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- MASCARO, Alysso. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 29ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- SGARBI, Adrian. *HANS KELSEN, Ensaios Introdutórios (2001-2005)*, v. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva 2002.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.



---

# *ENFRENTANDO O PODER PUNITIVO: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA*

---

*Renata Saggioro Davis<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo problematizar o modelo de justiça retributiva trazido pela Lei 11.340.06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, no enfrentamento da violência doméstica e familiar. O sistema de justiça e todo seu aparato estatal burocrático-penal, instituído sob base conservadora e patriarcal, enquanto imprime suas lentes estigmatizadoras e seletivas sob tais conflitos, desprivilegia o protagonismo das partes envolvidas e contribui para a manutenção das estruturas patriarcais que intensificam os conflitos de gênero e seus processos de violência. Compreende-se que o sistema penal e suas agências punitivas não são meios idôneos para a implementação de políticas sociais tal qual a de emancipação de mulheres. É apresentada então a justiça restaurativa como novo paradigma de resolução de conflitos que visa restaurar as relações intersubjetivas e comunitárias, em reverência aos ideais de autonomia e não-dominação, se desvinculando do formalismo excessivo do sistema de justiça, cuja obsessão é a atribuição de culpa. O desafio da construção deste modelo, contudo, requer especial atenção para a não expansão de reformuladas práticas de controle para que possa representar alternativas comprometidas com os valores democráticos e emancipatórios que se visa alcançar.

**Palavras-Chave:** Violência doméstica e familiar. Lei Maria da Penha. Punitivismo. Feminismo. Criminologia Crítica. Justiça Restaurativa.

---

<sup>1</sup> Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Penal pela Universidade Católica de Petrópolis. Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa de Direito Penal.

## 1. INTRODUÇÃO

A luta pela igualdade de gênero representa uma pauta que, ao longo dos anos, vem sendo trabalhada por diferentes frentes por meio de teorias e movimentos feministas. Visando a emancipação das mulheres nos campos econômico, social, cultural e político, diversos são os recortes realizados que discutem o fenômeno da desigualdade entre os sexos.

Inicialmente, o feminismo, enquanto movimento ocidental, articula-se na passagem do século XIX para o XX com reivindicações relacionadas, principalmente, ao direito ao voto e ao trabalho, com o objetivo de inserir a mulher na vida pública. As pautas passam, então, já nos anos 60, a abranger questionamentos acerca da sexualidade, direitos reprodutivos e as bases patriarcais da família. Entretanto, é o movimento negro, denunciando o racismo existente – sobretudo nos países com histórico escravagista – o responsável por revelar que a discriminação racial e a desigualdade de classe atravessam a discriminação de gênero de forma distinta, demandando uma compreensão interseccional do fenômeno da desigualdade (CRENSHAW, 2002).

Pois bem. A desigualdade de gênero, fruto da dominação masculina, assenta-se no fato de que a noção de homem, considerado em seu aspecto tanto biológico quanto social, foi desenvolvida com fundamento na premissa, tomada como neutra, mas que de fato foi imposta, de que cabe a eles realizar o papel predominante e superior. “A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte, bem como nos esquemas imanentes a todos os *habitas*: moldados por tais condições, portanto objetivamente concordes, eles funcionam como matrizes das percepções, dos pensamentos e das ações de todos os membros da sociedade, como transcendentais históricos que, sendo universalmente partilhados, impõem-se a cada agente como transcendententes” (BOURDIEU, 2012, p. 45).

Com efeito, o exercício dessa dominação penetra e conforma as compreensões de liberdade, sexualidade e justiça. Daí a necessidade, a partir de um giro epistemológico, de elaborarem-se novas teorias comprometidas com a emancipação feminina.

No campo das teorias acerca da liberdade, feministas vêm destacando a

necessidade de se trabalhar com novos paradigmas capazes de desafiar práticas patriarcais e costumes que negam às mulheres acesso às ferramentas necessárias para alcançá-la. A concepção dominante de liberdade, conforme construída ao longo dos séculos, ignora que o patriarcado não apenas limita as opções e escolhas das mulheres, como também a percepção de si mesmas. Para a cientista política feminista Nancy Hirschmann (2006, p. 220), se a noção de liberdade requer uma auto-definição e esta auto-definição não é possível num cenário de linguagens e contextos sexistas, é preciso que as mulheres os recriem para que, a partir de uma perspectiva crítica, suas escolhas possam ser melhor avaliadas e a criação de novas seja facilitada.

De acordo com Catharine Mackinnon (1990, p. 208), para quem a dominação masculina é sexual na medida em que o homem sexualiza a hierarquia – inclusive a existente entre os gêneros – é preciso que uma teoria feminista da sexualidade *“treats sexuality as a social construction of male power: defined by men, forced on women, and constitutive in the meaning of gender”*, para que possa modificar a experiência das mulheres. Em seus estudos, adverte que a prostituição e a pornografia se apresentam como os pilares sob os quais o controle dos homens sobre as mulheres é exercido, o que se reflete nas relações entre ambos e na relação Estado-particular (MACKINNON, 1993).

De fato, grupos dominantes tendem a perceber e a interpretar normas e valores culturais de forma a perpetuar seus próprios interesses (AN-NA'IM, 2009, p. 69), se valendo, para tanto, das estruturas de poder, sempre conduzidas pelo homem branco proprietário. Nesse sentido, o Estado e o Direito possuem papel central na reprodução e manutenção da opressão sobre as mulheres.

## 2. AS MULHERES SOB O CONTROLE DO SISTEMA PENAL

Nas últimas décadas, o avanço e o fortalecimento das demandas feministas com suas pautas emancipatórias, especialmente no enfrentamento da violência doméstica e familiar, teve como um de seus desdobramentos a elaboração da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher pela Organização dos Estados Americanos, em junho de 1994, que ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará. No cenário brasileiro, o documento foi ratificado pelo Poder Executivo em 27 de novembro de 1995 e promulgado pelo Decreto nº 1.973/96.

Dentre as disposições da normativa de direitos humanos, os Estados Partes se comprometeram a “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” e a “incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.”<sup>2</sup> Em 7 de agosto de 2006, uma década depois, foi promulgada a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, para alcançar os referidos objetivos.

Desde então, mais onze anos se passaram, e algumas reflexões acerca da escolha da solução criminalizante e judicializada para os conflitos envolvendo a violência de gênero, denunciadas por perspectivas feministas antipunitivas, merecem destaque.

Depreende-se, inicialmente, que os discursos dominantes, que sustentam cadeias de opressão, se estruturam em noções falsas de neutralidade e imparcialidade. O direito, como mecanismo de reprodução dessas estruturas de dominação é, também, sexuado, e entendê-lo como “enclave do patriarcado significa refletir sobre o fato de que as características presentes do direito estão marcadas pelo contexto patriarcal das nossas sociedades” (BERGALLI e BODELÓN, 1992. p. 52).

Quando a análise se volta para o tratamento conferido à mulher pelo sistema penal<sup>3</sup>, percebe-se que sua intervenção sempre se deu como forma de controle ou de neutralização. Seja tomando-as por desviantes (bruxas, prostitutas, adúlteras) ou vítimas objetificadas, é possível atribuir à norma penal a função de construção e delimitação desse gênero feminino (BERGALLI e BODELÓN, 1992, p. 45-46).

Observando-se o contexto histórico brasileiro, percebe-se que a mulher foi – e ainda é – objeto do poder punitivo privado e doméstico do chefe da família (BATISTA, 2007), legitimado pela ordem vigente. Em sua faceta pública, o poder punitivo permanece exercendo sua carga simbólica na categorização e valoração das mulheres.

---

<sup>2</sup> Art. 7º b e c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>

<sup>3</sup> Sistema penal é aqui compreendido como “a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal, a totalidade das normas, dos saberes e categorias cognitivas que propagam e legitimam ideologicamente a sua atuação e os seus vínculos com a mecânica de controle social global, na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivos que se enraizam, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microsistemas penais” (ANDRADE, 2012).

Em sua qualidade de vítima, sob a ótica da legislação penal, a mulher foi permanentemente classificada conforme fatos relacionados à sua sexualidade. A expressão “mulher honesta”, retirada do Código Penal apenas no ano de 2005 com a Lei 11.106, indicava – sem nenhum constrangimento – quais mulheres eram dignas ou não da proteção da ordem jurídica. Nas famosas lições de Nelson Hungria, um dos autores do anteprojeto do Código Penal de 1940, “desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação” (HUNGRIA e LACERDA, 1980, p. 150).

Com efeito, o que a lei buscava salvaguardar não era nem mesmo a dignidade sexual daquelas concebidas como honestas, e sim os costumes (da sociedade patriarcal), como era intitulado o próprio Capítulo I do Título IV do Código. A evidente *ratio* da norma consistia na preservação da família enquanto instituição, conclusão que pode ser extraída da regra que declarava extinta a punibilidade do agente na hipótese do agressor contrair matrimônio com a vítima.<sup>4</sup> Se essa compreensão foi retirada do ordenamento jurídico apenas há pouco mais de dez anos, não restam dúvidas sobre a sua permanência arraigada na sociedade e em todo o sistema de justiça.

*“Adere-se, portanto, à hipótese de que há uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira (e do próprio Poder Judiciário) e as práticas observadas na Justiça brasileira. Em apertada síntese, pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista (poder-se-ia dizer até aristocrática), constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo” (CASARA, 2014).*

Seria, então, possível acreditar que a Lei Maria da Penha, em seu eixo

---

<sup>4</sup> À época debatia-se, inclusive, se haveria ou não a configuração de estupro caso o marido mantivesse relação sexual com a esposa sem o seu consentimento. Em estudo realizado pelo IPEA, em 2014, restou demonstrado que 9,3% dos estupros notificados foram praticados pelo cônjuge, havendo fortes indícios desse percentual ser ainda maior haja vista que estupro marital é um fenômeno muito pouco discutido. Ver [http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf)

criminalizante, ao optar pelo recrudescimento penal no enfrentamento da violência doméstica e familiar estaria tentando reverter, ou ao menos reduzir, as marcas dessa desigualdade sistêmica?

É importante verificar que, nesse âmbito, a lei continua a operar na mesma lógica porquanto a mulher permanece sendo percebida como sujeito passivo, frágil, incapaz, vítima do seu próprio destino, em que apenas o Estado pode defender seus interesses, o que significa nada mais do que a reprodução de estereótipos de gênero. Tanto o é, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, deu interpretação conforme aos artigos 12, I e 16 da Lei 11.340/2006<sup>5</sup> para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal no ambiente doméstico. Vale dizer, no momento em que a mulher procura uma Delegacia de Polícia para relatar uma agressão, ela perde seu protagonismo e todo o controle do processo, que passará a ficar integralmente sob a tutela do Ministério Público. Na verdade, pouco interessa às instituições formais de controle que esse conflito doméstico, estabelecido dentro de uma trama repleta de complexidades, possa ser resolvido por outras vias.

### **3. A INCONGRUÊNCIA DO SISTEMA PENAL FRENTE AO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Como se pode imaginar, a violência de gênero no âmbito doméstico e familiar apresenta uma dimensão de complexidade que a difere de outras formas de violência, pois costuma possuir como pano de fundo relacionamentos em que existe alto grau de envolvimento afetivo, psicológico e econômico (MEDEIROS, 2015, p. 104).

Em virtude dessa particularidade, quando buscam o amparo do Judiciário por meio do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a maior parte dessas mulheres não deseja o encarceramento de seus maridos,

---

<sup>5</sup> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

companheiros, filhos, irmãos, pais, padrastos, etc. Segundo estudo apresentado em 2015 ao Ministério da Justiça, intitulado “Violência contra a mulher e as práticas institucionais”<sup>6</sup>, constatou-se que 80% das mulheres não almejam o encarceramento de seu agressor, muito embora a principal resposta oferecida para seu conflito seja a pena privativa de liberdade.

Ao contrário, a percepção de 70% dessas mulheres é a de que suas questões poderiam ser resolvidas por meio da obrigatoriedade de frequência a grupos de agressores para conscientização (30%) ou com a ajuda de psicólogos e/ou assistentes sociais (40%). Todavia, diante do obscurantismo existente nos signos e linguagem da justiça e seus procedimentos, muitas acabam não tendo a correta dimensão do que significa o processo criminal e o como funciona o seu regular processamento.

Apesar disso, o sistema penal continua a oferecer respostas penais como “solução” para o fenômeno da violência doméstica, gerando consequências que intensificam processos violentogênicos. Isso porque, esse sistema, inclusive no âmbito da Lei Maria da Penha, opera sob uma lógica seletiva e estigmatizante que se dá por meio de uma escolha política proposital de infligência de dor (CHRISTIE, 2017, p. 23-26).

Conforme demonstra a Criminologia Crítica, a “criminalidade” é um *status* atribuído pela classe dominante a determinados indivíduos por meio da uma seleção de i) bens a serem protegidos e dos comportamentos que os ofendem; ii) indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações penalmente sancionadas. Nesse sentido, esta classe possui interesse “na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade” (BARATTA, 2011, p. 162 e 197).

Colocar em evidência essa dupla seleção é essencial para a compreensão de que o sistema penal possui, na realidade, objetivos declarados – de proteção de bens jurídicos e valores relevantes para toda a sociedade indistintamente – e objetivos reais (SANTOS, 2012, p.4). Dessa forma, apesar de se lançar, falsa e simbolicamente, como resposta para o fenômeno da violência doméstica, o que de fato ocorre é a seleção de indivíduos determinados que integram a classe subalterna<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Volume 52 da publicação “Pensando o Direito”. <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>.

<sup>7</sup> Em estudo apresentado junto ao CNJ, na 2ª Edição da Série Justiça Pesquisa (2017), denominado “Entre práticas retributiva e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços de desafios do Poder Judiciário” revelou-se que baixa escolaridade, expectativa de baixos salários e residência em bairros pouco abastados integram o perfil socioeconômico dos homens ofensores entrevistados.

Quando da promulgação da Lei Maria da Penha, o Professor Nilo Batista foi certo:

*“Como o sistema penal opera seletivamente, guiando-se as agências policiais pelos preconceitos que produzem e regem o uso do estereótipo criminal, é previsível que agressores negros e pobres tenham muito mais possibilidades de serem efetivamente presos do que agressores brancos de classe média. Dessa forma, a nova lei contribuiria para o processo estrutural de criminalização da pobreza ao qual o empreendimento neoliberal conduz, para o controle das massas humanas por ele economicamente marginalizadas, sob os olhos e sob a indiferença de grande parte dos operadores que nele intervêm” (BATISTA, 2007).*

Verificando o Mapa da Violência de 2015<sup>8</sup>, que traçou o perfil dos homicídios de mulheres no Brasil através da investigação de dados entre os anos 1980 e 2013, restou apurado que a taxa de vítimas, nesse período, aumentou 111,11%. A taxa, que era de 2,3 por 100 mil, foi elevada para 4,8, colocando o Brasil na 5ª posição dentre uma lista de 83 países. Observando especificamente o período entre a promulgação da Lei 11.340/2006 e o ano de 2013, o aumento na taxa de homicídio de mulheres foi de consideráveis 12% (de 4,2 para 4,8 por 100 mil). Os dados são ainda mais inquietantes no tocante ao homicídio de mulheres negras, cujo aumento, neste mesmo período, alcançou 35%, indicando um intenso grau de vitimização.

Embora a violência doméstica e familiar não seja a única causa dos homicídios de mulheres, pode-se inferir que ocupa papel determinante na configuração das estatísticas. Isso porque, os dados examinados demonstram que 27,1% destes ocorreram no domicílio da vítima. Ademais, a violência doméstica não se resume à prática de homicídios, podendo se manifestar em outras violações da integridade física, psicológica, sexual, patrimonial e moral que muitas vezes não chegam a integrar os dados oficiais.

Quando confrontamos os objetivos declarados do sistema penal não há como chegar a outra conclusão senão a de que se trata de um modelo fracassado. Mesmo com o incontável número de leis penais e o hiperencarceramento seletivo<sup>9</sup> operando a todo vapor, continua sendo incapaz de conter as altas taxas de violência; ao contrário, trata-se de um processo que se retroalimenta.

---

<sup>8</sup> Ver [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)

<sup>9</sup> Atualmente o Brasil é o 3o país que mais encarcera no mundo, com mais de 726 mil presos, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias recém publicado. Ver [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)

Como essa dinâmica poderia então ter se invertido no âmbito da violência doméstica e familiar?

Não se pode olvidar que a lógica implementada por esse sistema implica, ainda, na revitimização dessas mulheres quando do momento em que acionam o Estado policial. A partir daí são categorizadas como “vítimas” cuja única função em todo o procedimento é produzir a prova da atribuição da culpa do “réu”. Não interessa como pensam, como se sentem, como irão pagar suas despesas, como a experiência do cárcere na família afetará suas vidas ou que possam ter qualquer outro sentimento por aquele “agressor”. São expurgadas do seu próprio conflito, agora confiscado pelo poder estatal (FOUCAULT, 2005, p. 66).

*“Seguindo essas críticas acumuladas pelas investigações criminológicas tendemos a supor que o que vê a mulher quando o direito as olha é a reduplicação de seu lugar desigual de poder na sociedade, de forma a dificultar que o seu encontro com o direito nas situações de violência seja capaz de ocasionar uma fissura e um deslocamento em sua subjetividade, mesmo que contingencialmente” (PRANDO, 2016).*

Não cabe ao Direito Penal o papel de promoção de políticas públicas. Sabendo ser este um instrumento intrinsecamente desigual, seletivo e patriarcal, que sempre oprimiu mulheres, verifica-se uma impropriedade por seus próprios meios. Essa opção utilitarista, que pune “pessoas determinadas para utilizá-las como efeito simbólico para os demais, significa a coisificação de seres humanos” (MONTENEGRO, 2015). Outrossim, trata-se de uma opção que vai na contramão das discussões despenalizadoras que vêm sendo travadas em diversos lugares do mundo justamente em razão da sua atestada ineficácia em garantir direitos, enfrentar a violência e alterar a realidade. Ao invés de penas alternativas, é preciso, portanto, pensar em alternativas à pena (CHRISTIE, 2017, p. 25).

#### **4. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO CAMINHO ALTERNATIVO A SER TRILHADO**

Se o contexto que se apresenta não é capaz de proporcionar a emancipação de mulheres, é crucial que se encontre novos contextos em que a linguagem e a epistemologia possam gerar um conjunto de contra-significados capazes de fornecer uma perspectiva crítica da linguagem dominante (HIRSCHMANN, 2006, p. 218) para que só assim a realidade possa ser modificada. Dentre os caminhos

possíveis de serem percorridos nessa empreitada, a justiça restaurativa, enquanto modelo de resolução de conflitos, parte de um paradigma diverso que percebe os indivíduos envolvidos como os sujeitos que são, cujas vozes não são silenciáveis.

Trata-se de um modelo não enrijecido, em constante desenvolvimento, sensível às particularidades de cada conjuntura na qual se insere. Seu foco não é a retribuição, mas a “restauração das relações intersubjetivas e comunitárias afetadas pelo crime, na solução do conflito, na reparação do drama e dos traumas, na satisfação das partes – vítima, infrator e comunidade – as quais transforma em protagonistas do procedimento decisório” (ANDRADE, 2012, p. 335). Dessa forma, num processo de escuta e fala, torna-se possível a criação de um ambiente em que as discussões travadas são capazes não só de permitir a resolução das situações problemáticas<sup>10</sup> (HULSMAN, 1997, p. 96), como também a compreensão dos fenômenos que as rodeiam.

Em obra dedicada ao estudo da justiça restaurativa e do abolicionismo penal, analisando seus pontos convergentes e divergentes, Daniel Achutti sistematiza teorias propostas por alguns dos restaurativistas mais conhecidos. Dentre eles, John Braithwaite elenca alguns valores que para ele são impositivos nas práticas restaurativas: a não dominação de um participante sobre o outro; o empoderamento para que as partes possam atuar de forma livre; o respeito aos limites para que não se cause humilhação das partes; a escuta respeitosa das falas dos participantes; a igualdade de participação dos envolvidos (ACHUTTI, 2016, pg. 70-71).

Para Van Ness e Strong, a prática restaurativa seria composta dos valores da responsabilidade ativa; da vida social pacífica; do respeito; e da solidariedade. (ACHUTTI, 2016, pg. 72). Como se pode perceber pela apresentação de alguns desses princípios, cuida-se de um movimento que enxerga os conflitos da sociedade sob uma perspectiva completamente distinta da lógica punitiva-retributiva dominante, não obstante ser uma teoria inacabada com múltiplas facetas e possibilidades.

Ao redor do mundo, algumas práticas restaurativas são mais conhecidas, o

---

<sup>10</sup> Louk Hulsman é um dos abolicionistas penais mais conhecidos cuja teoria questionou toda a lógica punitiva, inclusive a linguagem que a acompanhava. Na formação de uma nova mentalidade para compreensão dos conflitos, seria necessário abandonar palavras que representem categorias punitivas. Assim, para ele, “crime” era concebido como “situação problemática”, “comportamento indesejado”; e “autor e réu” como “pessoas envolvidas”, por exemplo.

que não impede – na verdade é necessário – que sejam elas adaptadas frente às especificidades das situações enfrentadas. Dentre elas, destacam-se algumas das mais pertinentes, tais como as conferências restaurativas, em que integrantes da comunidade participam junto com a vítima e o ofensor; os círculos de cura, atrelados às experiências indígenas norte-americanas que também pressupõe a participação da comunidade em intenso processo deliberativo; e os comitês de paz, que visam pacificar disputas e construir a paz na resolução de problemas mais amplos e estruturais (ACHUTTI, 2016, p. 79-82).

Entretanto, não se pode ignorar que a implementação de substitutivos penais, por melhores que sejam as intenções de seus idealizadores, traz consigo o risco de representar uma expansão de reformuladas práticas de controle e seletividade, tal como ocorreu com a edição da lei dos Juizados Especiais Criminais e com a lei das penas alternativas (MONTENEGRO, 2016, p. 68). Dessa forma, embora elogiável a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça em elaborar a Resolução 225/2016 instituindo Política Nacional de Justiça Restaurativa<sup>11</sup>, é imprescindível que se atente à forma e ao desenvolvimento de sua execução, sobretudo por ser o Poder Judiciário a instituição à frente do projeto, que sempre operou na dinâmica retributiva.

Isso posto, acredita-se ser possível a elaboração e instauração de um modelo de resolução de conflitos que, prestigiando o protagonismo da mulher, represente uma parte do caminho a ser percorrido para a sua emancipação. No entanto, o respeito aos princípios e valores da justiça restaurativa, comprometidos com a autodeterminação e com a dignidade humana, é um compromisso inafastável para não correremos o risco de reproduzir práticas violentas e fracassadas.

## **5. CONCLUSÃO**

Diante do exposto, pode-se perceber que o modelo atual de enfrentamento da violência de gênero, em especial a que ocorre no âmbito familiar e doméstico, não tem o condão de oferecer respostas empenhadas na emancipação das mulheres. Ao contrário, trata-se de um sistema que sempre exerceu controle sobre elas por meio de práticas seletivas e estigmatizantes que intensificam processos violentos, sobretudo quando a análise é realizada por meio de recortes de raça e classe.

---

<sup>11</sup>[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)

Desse modo, urge a necessidade de se reformular o tratamento conferido à resolução desses conflitos – embora não apenas desses – para que se minimize os efeitos deletérios da desigualdade de gênero. Não há a pretensão, contudo, de apresentar uma alternativa capaz de erradicar tal desigualdade em seus termos estruturais. O enfrentamento desta questão requer o compromisso de políticas públicas eficientes de promoção de igualdade e de dignidade por diversas frentes, ou seja, para além de um sistema de pacificação de conflitos, o que não impede que este também tome parte na mudança.

Apesar de ser uma teoria em desenvolvimento, a justiça restaurativa possui o potencial de contribuir positivamente na construção de uma sociedade com anseios democráticos em razão dos princípios e valores sob os quais se sustenta. Aliás, foi a partir deste reconhecimento que a população da África do Sul, no momento de transição do regime segregacionista (que instituiu o *apartheid*) para o democrático, decidiu realizá-la pela via restaurativa de sorte a alcançar uma reconciliação social (PINTO, 2007).

*“These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization.”<sup>12</sup>*

A justiça restaurativa representa, assim, a possibilidade de construção de uma prática social de reconciliação comprometida com a promoção do conteúdo material da dignidade da pessoa humana em respeito às intersubjetividades das pessoas envolvidas (SARMENTO, 2016, p. 297-298). Na atual conjuntura, em que valores conservadores estão se fortalecendo, é imprescindível que a disputa por discursos, teorias e práticas democráticas seja o norte da atuação política.

## REFERÊNCIAS:

- ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment. In Human Rights: An Anthropological Reader. Edited by Mark Goodale. Blackwell readers in anthropology. 2009.

---

<sup>12</sup> Trecho retirado do epílogo da Constituição sul-africana que integrou a concepção de unidade e reconciliação.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Só Carolina não viu - violência doméstica e políticas criminais no Brasil*. In: Mello, A. R. (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2007.
- BERGALLI, Roberto e BODELÓN Encarna. *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*. *Anuario de Filosofía del Derecho IX*. p. 43-73, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRANDÃO, Cristiane. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília, Ipea, 2015.
- Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_52\\_Cristiane\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_52_Cristiane_web-1.pdf) Acesso em 10 de novembro de 2017.
- CASARA, Rubens R. R. *Poder Judiciário: tradição e opressão*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/15/poder-judiciario-tradicao-e-opressao/>
- CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- CRENSHAW, Kimberle. *A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero*. 2002. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf> Acesso em: 13 de novembro de 2017.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.
- HUNGRIA, Nelson e LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MACKINNON, Catharine A. *Sexuality, Pornography, and Method: 'Pleasure under Patriarchy'*. In: *Feminism e Political Theory*. The University of Chicago Press: Chicago, 1990.
- MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 1993.
- MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de. *Reflexões sobre o punitivismo da lei "Maria da Penha" com base em pesquisa empírica numa vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.
- PINTO, Simone Martins Rodrigues. *Justiça transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro*. *Contexto int.*, Dez 2007, vol.29, no.2, p.393-421.

*Enfrentando o poder punitivo: a violência doméstica e familiar e a proposta da justiça restaurativa*

---

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O que veem as mulheres quando o direitos as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção do direito nos casos de violência doméstica. Revista de Estudos Criminais 60. Janeiro/Março 2016.

SANTOS, Juarez Cirino do. Direito Penal – Parte Geral. 5ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2016 .

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Homicídio de Mulheres no Brasil. Brasília, Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br> Acesso em: 20 de novembro de 2017.

Impressão e acabamento:  
**COPGRA/ACOI**  
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465  
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

