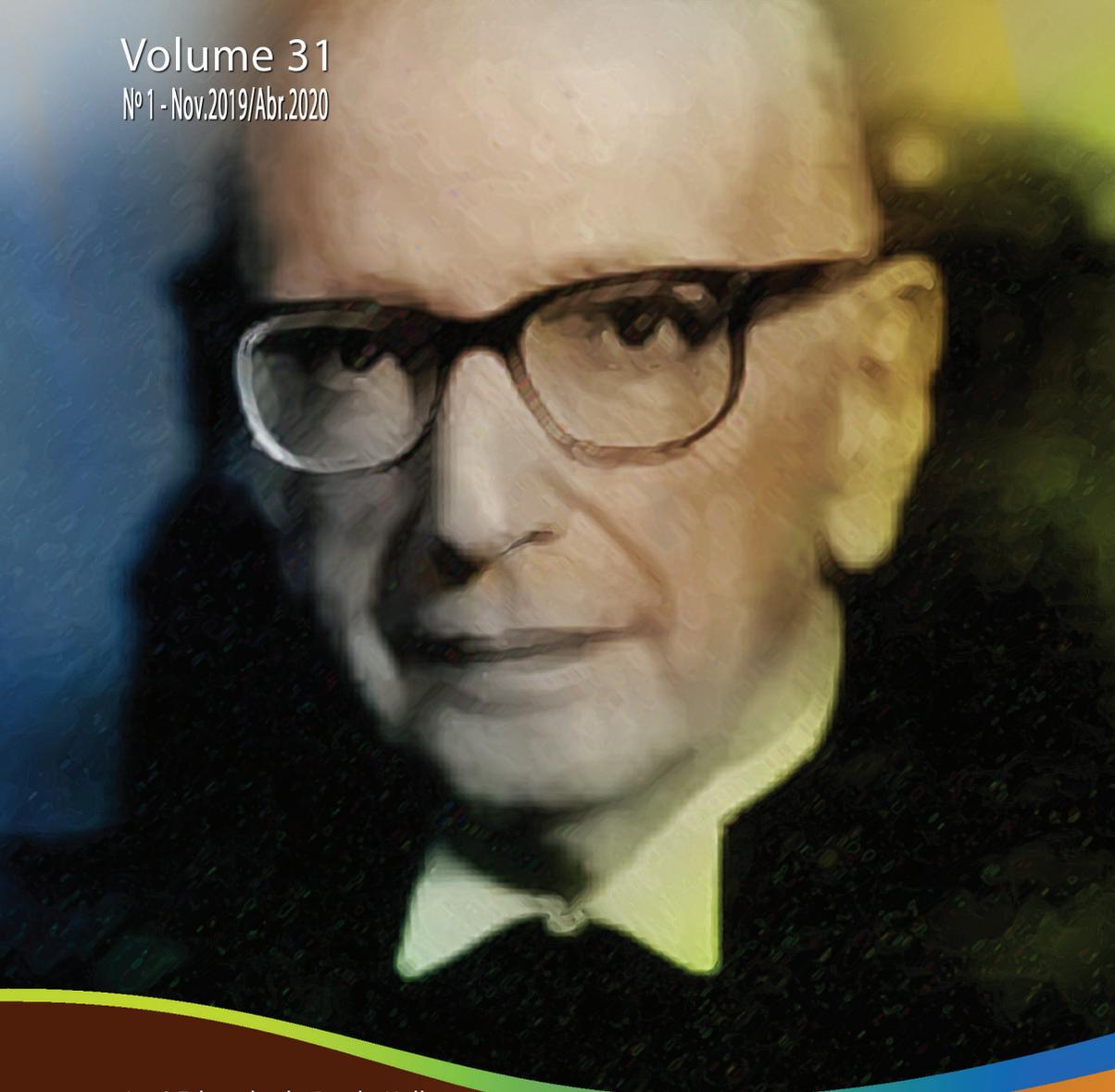


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 31

Nº 1 - Nov.2019/Abr.2020



José Eduardo do Prado 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 31
Nov.19/Abr.20

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 2019 - volume 31, n. 1
(nov.19/abr.20)

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

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

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

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

POVOS INDÍGENAS: A VIDA E O DIREITO DE ACREDITAR.....	11
Albertina Maria Anastácio	
DA ACESSIBILIDADE ISONÔMICA AO SERVIÇO DE PROTESTO DE TÍTULOS - CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROVIMENTOS Nº 86 E Nº 87/2019 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.....	29
Alexandre Chini	
TRANSFERÊNCIA DE BIOTECNOLOGIA	37
André R. C. Fontes	
A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	65
Caroline Medeiros e Silva	
A PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS: UMA POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ, EFICIENTE E EFETIVA?	91
Caroline Somesom Tauk e Eduardo Aidê Bueno de Camargo	
O RELACIONAMENTO DESCARTÁVEL COMO PORTAL DA CRIMINALIDADE	115
Cássio Benvenuto de Castro	
DESAFIOS DO DIREITO NA ERA DA INTERNET: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS	141
Fabiane Barbosa Marra	
A ATUAL CONJUNTURA DA JUDICIALIZAÇÃO DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS: A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 45 E O AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 DE PERNAMBUCO	163
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
REGIME DAS INCAPACIDADES E SUAS PRINCIPAIS MUDANÇAS	185
Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Lima do Amaral Roale	
OS IMPACTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UM BALANÇO DA VIGÊNCIA DO NOVO DIPLOMA	205
Larissa Clare Pochmann da Silva	
VIRTUDES E DIFICULDADES DO SEMIPRESIDENCIALISMO FRANCÊS	219
Marcelo Leonardo Tavares	

AÇÃO CIVIL EX DELICTO E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE PREVISTO NO ART. 23 DO CÓDIGO PENAL	243
Pedro Henrique Santos Passos e Jorge José dos Santos	
COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	253
Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Jéssica Acocella	
ASPECTOS DOS JUSNATURALISMOS COSMOLÓGICO, TEOLÓGICO E RACIONAL	263
Reis Friede	
É POSSÍVEL PATROCÍNIO DE OBRAS PÚBLICAS	289
Thaís Marçal e Thiago C. Araújo	
ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA.....	293
Vitória Neffá Lapa e Silva	

POVOS INDÍGENAS: A VIDA E O DIREITO DE ACREDITAR¹

Albertina Maria Anastácio²

Resumo: Trata-se de um estudo que reflete sobre a proteção e promoção da diversidade como expressão da democracia, tolerância, justiça social e respeito mútuo e que entende que a questão social referente aos povos indígenas, quanto aos seus costumes que envolvem a morte de bebês indígenas recém-nascidos, por serem gêmeos, precisa ser debatida para eu se encontrem soluções respeitosas e humanitárias como a possibilidade de adoção.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Agenda 2030 ONU. Pobreza. Povos Indígenas. Adoção.

INDIGENOUS PEOPLES: LIFE AND THE RIGHT TO BELIEVE

Abstract: It is a study that reflects about the protection and promotion of diversity as an expression of democracy, tolerance, social justice and mutual respect, and understands that the social question concerning indigenous peoples as to their customs involving the death of indigenous newborn, because they are twins, needs to be debated so that discovering a respectful and humane solution, such as the possibility of adoption can be found.

Keywords: Human Rights. Agenda 2030 UN. Poverty. Indigenous Peoples. Adoption.

INTRODUÇÃO

O tema indígena apresentado é muito presente nos dias atuais, extremamente polêmico, que envolve a morte de bebês indígenas, recém-nascidos, por serem gêmeos, de algumas tribos indígenas brasileiras, em especial, a dos *Yanomamis*.

¹ Este artigo é uma versão ampliada do texto publicado na Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 22. n. 43, p. 193-205, jul./out. 2018.

² Mestranda e 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).

Esse dilema se explica, considerando que algumas tribos indígenas brasileiras, diante do nascimento de filhos gêmeos, por considerar que um deles é um “ser do mal”, tem o costume de matar um deles, por exemplo, por apedrejamento. Como é que se tem a certeza de que o filho que morre, seria o filho certo, qual seja, o “ser do mal”? Qual o limite a ser traçado entre uma crença de um povo e a garantia fundamental do direito à vida, consagrada no Estado Democrático de Direito, sendo um de seus pilares, a dignidade da pessoa humana, conforme redação ínsita do inciso III, da Carta Magna.

Impende esclarecer, por oportuno, que essa questão social envolve a luta, englobando valores fundamentais, nos quais de um lado, está o direito à vida; e de outro a crença de um povo, que é consagrada em seus costumes. Nesse duelo, quem realmente perde ou quem ganha?

A Antropologia, a Biomedicina, a Bioética, o Direito, dentre outras áreas buscam soluções para uma questão que abala os pilares do Estado Democrático de Direito, na tentativa de apontar uma porta que será a saída de um Estado de sua própria caverna, em busca do mundo exterior, repleto de luz, por um desenvolvimento sustentável que começa através de políticas públicas que maximizam o valor de cada um, do povo brasileiro.

O presente estudo, por sua vez, aponta a Adoção como uma porta de saída para as mortes de crianças indígenas por motivos de crença. Ao serem observados os dados estatísticos do quadro de Adoção no Brasil, verifica-se que existem menos crianças e adolescentes no País para serem adotadas do que o número de pessoas interessadas em adotar.

Dessa feita, diante da realidade brasileira, a adoção deve ser a resposta para o problema apresentado no presente estudo, não podendo ser permitido que crianças continuem morrendo, diariamente, em nome da crença de um Povo.

A concepção hodierna não considera a pobreza somente no sentido de ausência de recursos financeiros para suprir as necessidades básicas do indivíduo. A pobreza deve ser conceituada também, num segundo sentido, de ausência de capacidades. Isso porque quanto menor a capacidade da pessoa, menos chance ela tem para auferir renda. Por isso, é preciso analisar esse aspecto substancial da pobreza para que se possa erradicar a pobreza mundial.

Quando se analisam os conceitos de pobreza e riqueza, é possível concluir

que para que se possa transformar o quadro de pobreza em riqueza, deve ser utilizada a ponte do desenvolvimento sustentável que prima pela vida humana com qualidade.

Nesse sentido, o bem da vida, não pode ser subjugado por causa de uma crença de um povo. O indivíduo precisa viver e viver com qualidade, cabendo o Governo providenciar os recursos para que ele tenha uma vida com sustentabilidade, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do planeta.

A VIDA E O DIREITO DE ACREDITAR

É mister ressaltar que o estudioso, quando está diante de um problema para ser resolvido, deve comparar esse problema a um poliedro, um dodecaedro, por exemplo, onde a figura geométrica espacial aparece com diversas vertentes. Dessa feita, foram escolhidas as áreas da Antropologia, do Direito, da Ética aplicada e da Sociologia para ser analisada a questão, em epígrafe, malgrado existam diversas outras, que poderiam avaliar a presente temática.

Em consonância com o relativismo cultural, inexistem valores universais que sejam capazes de se consubstanciarem em verdadeiras bússolas para a humanidade, com uma receita pré-moldada, estabelecendo os padrões do certo e errado. Simplesmente, não há um modelo que possa explicar determinada conduta social para os demais. Existe, assim, uma relativização dos valores por parte de quem os observa, em prol da tolerância cultural. Nesse segmento, as ações humanas devem ser observadas, sob a lente de sua própria cultura.

Sob uma visão jurídica, vislumbra-se uma luta de forças, em que de um lado está o bem da vida e de outro, como valor, o direito de acreditar.

É cediço que o crime de infanticídio está tipificado, no bojo do artigo 123 do Código Penal, que apregoa a seguinte redação: *“Infanticídio: Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”* (BRASIL, 1940).

Por seu turno, impende ressaltar, por oportuno, que de acordo com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, está prevista a garantia da diversidade cultural e os direitos dos povos indígenas. O item 1 do artigo 8 apregoa que *“os povos e pessoas indígenas têm direito a não*

sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, P. 18). Assim, também, o item 1 do artigo 12 do mesmo documento, garante a continuidade das tradições dos povos indígenas, a saber:

“Artigo 12

Os povos indígenas têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação de seus restos humanos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p. 21).”

O item 1 do artigo 7º determina que *“os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal.”* Nesse sentido, a aludida Declaração garante a proteção do direito da criança indígena, devendo o Estado adotar medidas, junto aos povos indígenas, para assegurar esses direitos, conforme se observa adiante:

“Artigo 22

1. Particular atenção será prestada aos direitos e às necessidades especiais de idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiência indígenas na aplicação da presente declaração.

2. Os Estados adotarão medidas, junto com os povos indígenas, para assegurar que as mulheres e as crianças indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e de discriminação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p.p. 28-19)”

Deve ser ressaltado, que a UNESCO, ao promulgar a Declaração garantista do Direito dos Povos Indígenas, também, através do artigo 34, limita esses direitos, aos parâmetros dos direitos humanos internacionais, conforme texto infracitado:

*“Artigo 34. Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, **quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.** (grifos nossos). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p. 39).”*

A mesma Declaração enfatiza que os direitos indígenas previstos e assegurados,

no bojo do seu texto, constituem-se em normas mínimas da sobrevivência desses povos: “Artigo 43. Os direitos reconhecidos na presente Declaração constituem as normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo.” Nesse diapasão, a Declaração da Diversidade Cultural e Direitos Humanos, da UNESCO, consagra de forma literal, a supremacia e prevalência dos direitos humanos garantidos pelo Direito Internacional, em relação à diversidade cultural, no bojo do seu artigo 4º, infratranscrito:

“Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural. A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2002, p. 3).”

A UNESCO, através da Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, adotada em 12 de novembro de 1997, assegura, no artigo 3º, a manutenção e perpetuação da Humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana, o que se depreende, a seguir:

“Artigo 3. Manutenção e perpetuação da humanidade As gerações presentes devem esforçar-se para assegurar a manutenção e a perpetuação da humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a natureza e a forma da vida humana nunca devem ser prejudicadas, sob qualquer aspecto. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1997, p. 4).”

Nesse giro, verifica-se que a UNESCO procurou garantir o direito indígena ao acesso à informação, nos termos do item 1 do artigo 16: “Os povos indígenas têm o direito de estabelecer seus próprios meios de informação, em seus próprios idiomas, e de ter acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem qualquer discriminação.”

A tutela do direito indígena, como direito das minorias também está prevista no item 2 do artigo 4º, da Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), in verbis: Artigo 4º,

“Artigo 4º.

*2. Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que **determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais** (ONU, 1995, grifo nosso).”*

O direito à tolerância foi consagrado na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, pela UNESCO, que no item 1.1 do artigo 1º, apresentou o significado da tolerância, in verbis: **Artigo 1º. Significado da tolerância**

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1997, p. 11).”

E ainda, o artigo 1º, da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, aprovada e proclamada pela Conferência Geral da UNESCO, em 27 de novembro de 1978, equipara todas as pessoas, em homenagem ao princípio da dignidade humana, pelo que se compreende adiante:

“Artigo 1º

§1. Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade.

§2. Todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do apartheid que constitui a mais extrema forma do racismo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1978).”

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões

Culturais, aprovada pela UNESCO, em Paris, de 03 a 21 de outubro de 2005, legitima a diversidade cultural como expressão da democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito.

Por seu turno, dentre os princípios diretores eleitos pela Convenção, em comento, deve ser ressaltado o princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, insito, no bojo da redação do item 1, do artigo 2º, vedando, expressamente, a alegação do teor da Convenção sobre a Diversidade Cultural, em desrespeito aos direitos humanos, pelo que se observa, a seguir:

“Artigo 2 – PRINCÍPIOS DIRETORES

1. Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais
A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação. (CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS, 2005, p. 4).”

Nesse diapasão, cumpre refletir a temática, sob o enfoque da ética, para que leve o estudioso a uma aplicação, ao caso concreto, com maior grau de certeza.

Convém refletir sobre o direito de acreditar. Seria esse direito, absoluto, acima de qualquer outro direito? Importa frisar que a crença, muitas vezes move a ação do homem. Esse, levando a acreditar que está fazendo aquilo que é bom, o que Deus quer, comete erros.

Segundo David Hume, *“em nossos raciocínios a respeito dos fatos, existem todos os graus imagináveis de certeza. Um homem sábio, portanto, ajusta sua crença à evidência”*.³ É preciso sopesar, por oportuno, que quando o valor da reflexão é concernente ao bem da vida, como o presente tema, as palavras de John Stuart Mill deixam de ser consideradas ao presente caso, pelo o que se observa, a seguir:

“A única parte da conduta de qualquer um que está subordinada à sociedade é aquela que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito

³ Disponível em <<https://www.pensador.com/frase/MTg5NjI1NQ>>. Acesso em: 13 ago 2018.

*somente a ele mesmo, sua independência, é de direito, absoluta. Sobre si, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.*⁴

Lembrando as palavras de William James, *“Aja como se o que você faz, fizesse diferença, porque faz.”*⁵ Assim, a inércia não leva à evolução. Por mais difícil que seja uma situação, é preciso pegar a espada do pensamento e buscar mudar o quadro social.

Quando se acredita em determinada crença, nasce, nas palavras de James, o direito de acreditar, o direito de ter esperanças. Assim também, quando o homem se encontra numa situação, extremamente difícil, como se estivesse preso num local de difícil fuga, ele precisa sonhar, acreditar e ainda, pensar num meio de sair dali, que haverá para ele, um amanhã, a ser vivido após encontrar a maneira de se soltar. A partir do momento, que ele acreditar que haverá uma saída, essa *mágica* será possível, uma vez que, a crença na possibilidade irá contribuir, sobremaneira, para tirá-lo da inércia e sair daquela situação problemática.

Deve ser ressaltado, que para os defensores do pragmatismo da verdade, existe uma necessidade do homem em manter viva dentro dele, a chama da crença, em particular, das religiosas, considerando que será a grande Força (ou Deus) que moverá todas as forças, consoante ensinamentos de São Tomás de Aquino.

Jonh Locke equiparava a mente humana, após o nascimento da criança, a uma tela em branco ou mesmo, uma tábua rasa, sendo que durante o desenvolvimento daquela pessoa, o conhecimento iria sendo impresso sobre a mesma, através de uma experiência pessoal, durante o decurso do tempo, conhecimento que se constitui no grande pilar da convicção humana, no processo de formação das ideias do indivíduo.

Na realidade, para as tomadas de decisão, ora é possível estar no campo do ceticismo, ora, no perfeccionismo, conforme ilustração gráfica, a seguir:

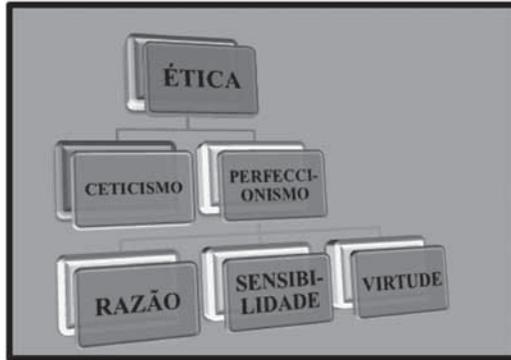
⁴ Disponível em <<https://www.institutoliberal.org.br/frases/frase-do-dia-128/>>. Acesso em: 13 ago 2018.

⁵ Disponível em:

<<https://dicionariocriativo.com.br/citacoes/requinte/citacoes/discrimina%C3%A7%C3%A3o/17052-aja-voce-faz-fizesse-diferenca-faz>>. Acesso em: 13 ago 08/2018.

Gráfico 1: Mapa Onto-Epistemológico 1

CETICISMO E PERFECCIONISMO



Fonte: Material de aula (COSTA, 2018)⁶

O ceticismo apresenta o poder, não se referindo ao que se deseja realizar ou não. No perfeccionismo, existe o ponto do bem, esse é o valor da pessoa, que sai do ponto inicial e alcança o patamar acima. Ex. a água é algo constitutivo para a vida. Assim, a água, para o perfeccionista, é o valor do bem.

Os seres humanos optaram por 3 (três) valores básicos: razão, sensibilidade e virtude.

A razão, segundo Kant, é que torna o ser humano diferente de todo o resto da criação. Para ele, não há espaços para valor inconsciente. Assim, por exemplo, é possível a abstração do stress ou da fome, simplesmente pelo uso da razão, por um pensamento, em contraponto.

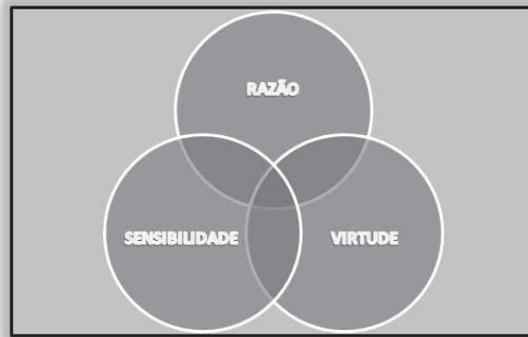
Hume e os humanitaristas alegam que não é a razão que fundamenta a ética. Para eles, ética é o que causa prazer e evita o sofrimento.

Nesse diapasão, é possível verificar um perfeccionismo prático, conforme gráfico, adiante:

⁶ COSTA, Alexandre. Anotações em sala de aula. Curso de Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Pública (PPGBIOS). Programa de Pós-Graduação em associação da UFRJ, UFF, UERJ e FIOCRUZ. Disciplinas: Ética I e Seminário: Mitos, Conflitos e Poder. Ago/2018

Gráfico 2: Mapa Onto-Epistemológico 2

PERFECCIONISMO “PRÁTICO”



Fonte: Material de Aula (COSTA, 2018)⁷

O campo da virtude é bem anterior aos campos da razão e da sensibilidade, que defendem que ética é o prazer e sensibilidade, por exemplo.

Para Kant, a ética é o que devo fazer. Por sua vez, no campo da virtude, ética é o que se é. Para Kant, o que importa é a consciência, ele não vê o inconsciente. Segundo ele, o homem não deve ser escravo das paixões, cedendo à fome, sede, dentre outros; e sim, o homem deve ser escravo da razão.

Nesse contexto, urge frisar que não basta a legalidade de uma ação, é preciso que além de legal, um ato seja legítimo. Os pesquisadores nazistas realizavam atrocidades em suas pesquisas médicas, com os seus exilados, nos Campos de Concentração, pesquisas essas todas legais, perante o ordenamento jurídico do III Reich. Mas, num Estado Democrático de Direito, é preciso que as ações humanas sejam, sob um ponto de vista, inclusive ético, além de legais e legítimas.

Sob o aspecto sociológico, cumpre esclarecer que encontra-se no Congresso Nacional, o projeto de lei de nº 1057/07, que dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. O texto, ainda, inacabado, prevê quais seriam as práticas nocivas tradicionais, que atentam contra a vida e a integridade físico-psíquica, no artigo 2º do mencionado projeto de lei, *in verbis*: **Projeto de lei nº 1057/07.**

⁷ Idem, idem.

“Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como

I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;

II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;

III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;

IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;

VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;

VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;

VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;

IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto

X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;

XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;

XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.

XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.” (grifos nossos)⁸

O texto prevê que as crianças que se enquadrarem nos abusos pela lei condenados, serão encaminhadas à adoção. Por seu turno, convém analisar a situação da adoção no Brasil, que em consonância com os dados estatísticos apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), demonstra que, de um total de crianças/adolescentes cadastradas de

⁸ Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/535192-COMISSAO-QUER-PROTEGER-CRIANCAS-INDIGENAS-DA-PRATICA-DO-INFANTICIDIO.html>>. Acesso em: 16 ago 2018.

9.028, o que equivale a 100% do quantitativo; 28 são da raça indígena, distribuídos assim: 2, são da Região Norte; 1 da Região Nordeste; 17 da Região Centro-Oeste; 1 da Região Sudeste e 7 da Região Sul, conforme dados, infracitados:

Tabela 1 – Cadastro nacional de adoção
DADOS DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES CADASTRADAS

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)		
TÍTULO	TOTAL	PORCENTAGEM
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES CADASTRADAS	9.028	100%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA RAÇA INDIGENA	28	0,31%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO NORTE, QUE SÃO INDIGENAS	2	0,53%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO NORDESTE, QUE SÃO INDIGENAS	1	0,08%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO CENTRO-OESTE, QUE SÃO INDIGENAS	17	2,07%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO SUDESTE, QUE SÃO INDIGENAS	1	0,03%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO SUL, QUE SÃO INDIGENAS	7	026%

Fonte: Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ⁹

Quanto ao prisma de pretendentes cadastrados, existe um total de 44.222, equivalente a 100%; sendo que 25 desse total, somente aceitam crianças da raça indígena, equivalente a 0,06%, conforme tabela adiante:

⁹ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Tabela 2 – Cadastro nacional de adoção

DADOS DOS PRETENDENTES CADASTRADOS

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)		
TÍTULO	TOTAL	PORCENTAGEM
TOTAL DE PRETENDENTES CADASTRADOS:	44.222	100,00%
TOTAL DE PRETENDENTES QUE SOMENTE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA:	25	0.06%
TOTAL DE PRETENDENTES QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA:	23.313	52.72%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO NORTE	1.567	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO NORTE):	1.022	65.22%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO NORDESTE	5.746	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO NORDESTE):	3.317	57.73%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO CENTRO-OESTE	3.322	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO CENTRO-OESTE):	2.031	61.14%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO SUDESTE	20.954	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO SUDESTE):	11.143	53.18%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO SUL	12.633	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO SUL):	5.800	45.91%

Fonte: Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ¹⁰

¹⁰ Idem, idem.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que de um total de pretendentes à adoção cadastrados, de 44.222, o que equivale a 100% do quantitativo; mais da metade, cerca de 52,72% aceitam crianças da raça indígena, como também, a taxa de porcentagem regional oscila em torno de 50% do total de pretendentes habilitados, que aceitam crianças da raça indígena.

Nesse condão, pode ser observado, ainda, que hoje, no Brasil, existe um número muito maior de pessoas, cadastradas como pretendentes, à adoção, cerca de 44.222, enquanto para serem adotadas, existem apenas 9.028 crianças/adolescentes cadastrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional no último século se fortaleceu nos pilares da democracia que derrubou os muros de diversos países, com novos ordenamentos jurídicos em diversas partes do mundo. Pela razão kantiana, encontra-se uma razão abrangente da humanidade que foi reconhecida na Conferência de Viena de 1993 sobre os direitos humanos, onde o direito ao desenvolvimento se moldou como uma ferramenta essencial para a realização dos direitos humanos, quando foi reconhecida a cooperação internacional, através de uma parceria global, com o fito de equilibrar o meio ambiente econômico no plano mundial pela universalidade, interdependência e individualidade dos direitos humanos.

O direito ao desenvolvimento sustentável, à justiça social, solidariedade e cooperação internacional, dentre outros tópicos passaram a apresentar relevância no plano internacional e a ter espaço na agenda internacional, concernente às mudanças sociais e econômicas nos últimos 20 (vinte) anos, num processo de evolução.

Dessa feita, o direito ao desenvolvimento sustentável se constitui como proteção estatal dos direitos humanos, tendo o seu nascedouro nos conflitos bipolares entre Leste/Oeste, na fase pós-guerra, através de um plano de economia mista com o escopo de sanar as assimetrias internacionais. Surge desse ideal, o princípio do tratamento diferenciado para os países em desenvolvimento, que culminam muitas vezes em reivindicações de negociações globais.

A erradicação da pobreza urge regras internacionais mais estáveis que possam valorizar o crescimento da produtividade dos países, a valoração do homem e a sua felicidade, com políticas públicas que possam promover a saúde, a educação e o meio ambiente.

A explicação de como a economia de um determinado país funciona é oferecida por uma teoria ou modelo econômico. Assim, o modelo econômico busca explicar fenômenos reais que envolvem as pessoas, as empresas e o Governo, de forma abstrata, buscando explicar os comportamentos através de indicadores econômicos.

É preciso microrreformas, tais como, a flexibilização do direito trabalhista, como também maior incentivo à criatividade dos trabalhadores, para que estes se condicionem às mudanças frequentes, mesmo, em Empresas diversas, para que sejam capazes de utilizar novos métodos de trabalho, operar novas máquinas e o que mais se ofereça. A educação deve ser prioridade nacional. É preciso um desenvolvimento sustentável, que venha proteger as famílias de baixas rendas, para fins de erradicação da pobreza.

Na realidade, existe uma disparidade entre os países, em relação à Europa e aos EUA, quanto aos demais estados. Dessa feita, é preciso erradicar a pobreza pela melhoria da saúde, educação e do transporte, além do meio ambiente, dentre outros fatores.

Os instrumentos legais internacionais têm sido aprovados, no sentido de assegurar os direitos fundamentais e, sobretudo, os direitos humanos internacionais, além de proteger e promover a diversidade das expressões culturais, como forma de preservação da cultura.

Mas, é preciso ressaltar, que o respeito à cultura indígena não é um direito absoluto, considerando que o direito à cultura não pode se sobrepor aos direitos humanos, consagrados no plano internacional. Hoje, os povos indígenas não estão afastados por completo de outras civilizações e tem sido assegurado aos mesmos, o acesso à informação.

O direito das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, ou religiosas ou linguísticas não pode ser contrário às normas internacionais e dessa forma, o direito à tolerância deve ser respeitado, em prol da cultura de paz, em substituição a cultura de guerra, mesmo porque todas as pessoas são iguais, em homenagem ao princípio da dignidade humana.

A diversidade cultural é expressão da democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito; não sendo possível alegar o direito da diversidade cultural, em desrespeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Diante do quadro de adoção no Brasil, verifica-se que existe um número deficitário de crianças ou adolescentes para suprir à demanda dos pretendentes à adoção, cadastrados.

Por outro lado, existe um projeto de lei¹¹, que busca sanar com essa problemática de infanticídio indígena e que encaminha as crianças salvas para a adoção. Essa é a grande porta de saída para essa problemática, cabendo dentre muitas pessoas, além do profissional de saúde que se depare com essa situação da gravidez de gêmeos da indígena, que fosse utilizada a técnica da argumentação para buscar convencer as pessoas interessadas que as crianças gêmeas deveriam ser encaminhadas para a adoção.

Deve ser ressaltado, que todo esse processo de discurso argumentativo é necessário, considerando que o projeto de lei, pertinente à questão proposta, ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Nesse diapasão-conclusivo, importa ressaltar que, ainda que não se consiga salvar todas as crianças da Tribo dos “Yanomamis”, ou mesmo de qualquer outra Tribo, de sofrerem o crime de infanticídio, mas para aquela que for livre desse destino cruel, ainda que seja apenas uma criança, para essa, valeu a tentativa de reescrever a História.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

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>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CÂMADA DOS DEPUTADOS. PL 1057/07. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1A28692A9835DB551DF70DB76E88E92.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007>. Acesso em: 16 ago 2018.

COSTA, Alexandre. Anotações em sala de aula. Curso de Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Pública (PPGBIOS). Programa de Pós-Graduação em associação da UFRJ, UFF, UERJ e FIOCRUZ. Disciplinas: Ética I e Seminário: Mitos, Conflitos e Poder. Ago/2018.

¹¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1A28692A9835DB551DF70DB76E88E92.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007>. Acesso em: 30 nov. 2018.

- ONU. Agenda 2030. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 25 ago 2018.
- ONU. A Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas. c1995. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>>. Acesso em: 16 ago 2018.
- ONU. Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais. 1978. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecRacPrecRac.html>>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas. Rio de Janeiro: UNIC. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, [S.l.] Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 16 ago 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração de Princípios sobre a Tolerância. São Paulo: UNESCO, 1997. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 16 ago 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração sobre as responsabilidades das gerações presentes em relação às gerações futuras. Brasília, DF: UNESCO, 1997. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em: 15 ago 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração universal sobre a diversidade cultural. [S.l.]: Unesco, 2002. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em 15 ago 2018.

DA ACESSIBILIDADE ISONÔMICA AO SERVIÇO DE PROTESTO DE TÍTULOS - CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROVIMENTOS Nº 86 E Nº 87/2019 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA

Alexandre Chini¹ - Juiz de Direito

O protesto extrajudicial é um dos institutos jurídicos mais modernos do ordenamento jurídico brasileiro, tendo o legislador federal reconhecido essa eficiência, sobretudo na busca pela desjudicialização, conforme se infere da norma insculpida no art. 517 do Novo CPC (protesto das decisões judiciais transitadas em julgado) e no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997 (protesto das certidões da dívida ativa da União, Estados e Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações públicas).

Por outro lado, o atual Código Civil agregou um importante valor jurídico aos credores de títulos e documentos de dívida ao estabelecer que o protesto extrajudicial interrompe a prescrição, *ex vi* de seu art. 202, III, diferentemente, da mera “negativação direta” nas mencionadas entidades representativas da indústria e do comércio ou naquelas vinculadas à proteção do crédito, que, por óbvio, *não têm* o condão de interromper a prescrição.

Sem embargo, em diversos Estados da Federação, a acessibilidade ao serviço do protesto de títulos estava a depender da antecipação dos valores a serem pagos aos tabelionatos, fazendo com que estivessem alijados de tal procedimento oficial diversos micro e pequenos empresários (e também

¹ Professor da graduação e da pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira – Universo.

pessoas físicas) que não dispunham de recursos para proceder a tal pagamento antecipado dos emolumentos.

A edição do Provimento nº 86, de 29 de agosto de 2019 da lavra do Corregedor Nacional de Justiça, Ministro HUMBERTO MARTINS, é um marco histórico para a atividade notarial e para a economia do país, ao desonerar os mais diferentes tipos de credores que desejem utilizar a via do protesto extrajudicial.

A lógica do Provimento nada mais fez do que refletir a norma do art. 325 do Código Civil (“Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação”) que se coadunada com o art. 37, parágrafo 1º, da Lei 9.492/97.

A par dessa realidade normativa preexistente, cerca de 17 estados brasileiros já vinham adotando, com pleno êxito, a metodologia de postergação de emolumentos nos tabelionatos de protesto, em especial o Estado de São Paulo (a maior economia do país) há mais de 18 (dezoito) anos.

Consoante o art. 2º do mencionado Provimento nº 86/2019, independe da data de vencimento do título a possibilidade de postergação de emolumentos e demais despesas devidos pelo protesto de títulos e documentos de dívida provenientes de entidade vinculada ao sistema financeiro nacional, tais como Bancos e Financeiras, na qualidade de credora ou apresentante; de concessionárias de serviços públicos, na qualidade de credora, bem como dos credores ou apresentantes de decisões judiciais transitadas em julgado oriundas da Justiça Estadual, da Justiça Federal ou da Justiça do Trabalho e da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas no que concerne às suas certidões da dívida ativa.

Nesse passo, importante destacar que demais pessoas jurídicas ou pessoas físicas só terão direito à postergação de emolumentos desde que o prazo de vencimento de seu título ou documento de dívida não ultrapasse um ano na data da apresentação no tabelionato de protesto.

Os credores, como no caso das entidades financeiras e dos próprios clientes do sistema bancário, não terão mais que arcar com os emolumentos e demais despesas em função da cobrança dos inadimplentes através do protesto extrajudicial em todo o país. Infere-se que como tais valores não serão mais repassados para os preços dos produtos, as taxas de financiamento terão as reduções tão almejadas e a redução do custo do crédito no Brasil estará facilitada,

posto que, arcarão com esses mesmos emolumentos e despesas tão somente aqueles que derem causa ao protesto, os inadimplentes, beneficiando, destarte, sobremaneira, a grande massa dos consumidores adimplentes.

Por outro lado, além do incremento da satisfação direta dos credores com a recuperação de seu crédito, toda a sociedade brasileira economiza e ganha com o sistema da postergação de emolumentos nos tabelionatos de protesto, pois cada dívida que é liquidada na via extrajudicial é menos um processo judicial de cobrança que poderia existir, fenômeno este que se convencionou denominar de desjudicialização.

Mais não é só. O Provimento nº 87/2019, que dispõe sobre as normas gerais de procedimentos para o protesto extrajudicial de títulos e outros documentos de dívida e regulamenta a implantação da Central Nacional de Serviços Eletrônicos dos Tabeliães de Protesto de Títulos – CENPROT, foi editado considerando: a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços extrajudiciais (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça); a obrigação dos serviços extrajudiciais de cumprir as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário (arts. 37 e 38 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994); os princípios da supremacia do interesse público, da eficiência, da continuidade do serviço público e da segurança jurídica; a necessidade de proporcionar a melhor prestação de serviço, com acessibilidade isonômica aos usuários, e corrigir as distorções em busca da modicidade dos emolumentos, da produtividade, da economicidade, da moralidade e da proporcionalidade na prestação dos serviços extrajudiciais; a necessidade de regulamentação do disposto no art. 41-A da Lei nº 9.492/1997, incluído pela Lei nº 13.775/2018, que determinou aos tabeliães de protesto a criação de uma central nacional de serviços eletrônicos compartilhados; a necessidade de preservação do princípio da territorialidade aplicado às serventias extrajudiciais de protesto de títulos e a decisão proferida no Pedido de Providencias n. 0008754-28.2018.2.00.000.

Nesse contexto, o Provimento nº 87/2019 encampou a evolução tecnológica advinda da revolução da cibernética e lançou a atividade extrajudicial de protesto de títulos, verdadeiramente, no século XXI, sob a inspiração moderna da desmaterialização documental e da desburocratização procedimental ansiada pela sociedade brasileira, contando com os mecanismos de segurança, controle e fiscalização da Corregedoria Nacional de Justiça e das Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Os títulos e outros documentos de dívida podem ser apresentados, mediante simples indicação do apresentante, desde que realizados exclusivamente por meio eletrônico, segundo os requisitos da 'Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil' ou outro meio seguro disponibilizado pelo Tabelionato. A partir da identificação segura do apresentante e de sua responsabilidade civil e criminal, estará garantido que a dívida foi regularmente constituída e que os documentos originais ou suas cópias autenticadas, comprobatórios da causa que ensejou a apresentação para protesto, são mantidos em seu poder, comprometendo-se a exibí-los sempre que exigidos no lugar onde for determinado, especialmente se sobrevier sustação judicial do protesto. (§ 1º, do art. 2º do Provimento nº 87/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça).

No âmbito de sua prerrogativa de qualificação registral, os tabeliães de protesto, como verdadeiros fiscais da lei e da ordem pública, estão autorizados a negar seguimento a títulos ou outros documentos de dívida, bem como às suas respectivas indicações eletrônicas sobre os quais recaia, segundo sua prudente avaliação, fundado receio de utilização do instrumento com intuito emulatório do devedor ou como meio de perpetração de fraude ou de enriquecimento ilícito do apresentante. (§ 2º do art. 2º do Provimento nº 87/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça).

O §1º do art. 3º do Provimento nº 87/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça, enquanto ato administrativo de efeitos externos e vinculativo não só para os tabeliães de protesto como também para os próprios usuários dos serviços, sufragou a seguinte regra geral de competência territorial para a lavratura do protesto extrajudicial em todo o território nacional: *Para fins de protesto, a praça de pagamento será o domicílio do devedor, segundo a regra geral do §1º do art. 75 e do art. 327 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aplicando-se, subsidiariamente, somente quando couber, a legislação especial em cada caso. O §2º do mesmo dispositivo, ainda, dispõe: Respeitada a praça de pagamento do título ou do documento de dívida para a realização do protesto, segundo a regra do § 1º, a remessa da intimação poderá ser feita por qualquer meio e sempre dentro do limite da competência territorial do Tabelionato, desde que seu recebimento fique assegurado e comprovado por protocolo, aviso de recebimento – AR, ou documento equivalente, podendo ser efetivada por portador do próprio Tabelião.*

Sobre os dispositivos supracitados destaco o posicionamento do Ministro HUMBERTO MARTINS, inserto na decisão proferida no Pedido de Providencias n. 0008754-28.2018.2.00.000 e que deu origem ao Provimento nº 87/2019, *in verbis*:

O art. 15 da Lei Federal nº 9.492/1997 está sistematicamente em consonância com a inteligência norteadora do art. 9º da Lei Federal nº

8.935/1994 que prescreve que “o tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação” e como é de comum conhecimento, os tabeliães de protesto formam uma das espécies da atividade notarial no país.

O atualizado escólio de Emanuel Macabu Moraes enuncia que “igualmente, prevalece o princípio da territorialidade para a competência dos tabeliães de protesto, corolário da interpretação teleológica e sistemática dos arts. 9º, 11, parágrafo único, e 12 da Lei nº 8.935/94, e dos arts. 6º, 7º, parágrafo único, e 15 da Lei nº 9.492/97. Quando se trata de título de crédito, a territorialidade decorre expressamente do texto respectivo do Decreto nº 2.044/08, arts. 28, parágrafo único, e 20, § 1º (protesto cambiário em geral); do Decreto nº 57.663/66, arts 2º, alínea 3ª, 27, alínea 2ª, e 76, alínea 3ª (letra de câmbio e nota promissória); da Lei nº 5.474/68, art. 13, § 3º (duplicatas mercantis e de serviços), e Lei nº 7.357/85, art. 48.” (Moraes, Emanuel Macabu. Protesto Notarial: títulos de crédito e documento de dívida – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 289).

A intimação, enquanto elemento indissociável do procedimento administrativo do protesto extrajudicial, realizada por tabelião de protesto que não seja o tabelião de protesto do domicílio do devedor viola a fiscalização exercida pelo Poder Judiciário, além de vulnerar o acesso presencial do devedor ao serviço público delegado (princípio da acessibilidade aos elementos do expediente) em tempo hábil por uma questão de deslocamento geográfico (mormente num país com dimensões continentais como é o caso do Brasil), dificultando o exercício de sua ampla defesa, ainda que em sede administrativa, quando, por exemplo, desejar oferecer o chamado contraprotesto (art. 22, IV, da Lei Federal nº 9.492/1997).

Carlos Henrique Abrão adverte que “obtemperare-se, por seu turno, que o domicílio do devedor deverá situar o território onde se localiza o cartório incumbido do protesto, porque naquelas cambiais de instituições financeiras, ou preenchidas em branco, além do foro de eleição, há uma circunstância de predomínio do poder econômico, onde se constata o apontamento fora da área na qual reside o principal interessado no cumprimento da obrigação, fato que mereceria melhor atenção e conseqüente revisão, porque o protesto sempre irradia efeitos para quaisquer locais, haja vista a rede de informação que propaga o informe.” (Abrão, Carlos Henrique. Do protesto, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002, p. 39). (grifei).

O acerto da exegese que ora se assevera está estampada no § 3º, do art. 12 da Lei Federal nº 13.775/2018: “§ 3º Para fins de protesto, a praça de pagamento das duplicatas escriturais de que trata o inciso VI do § 1º do

art. 2º da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, deverá coincidir com o domicílio do devedor, segundo a regra geral do § 1º do art. 75 e do art. 327 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), salvo convenção expressa entre as partes que demonstre a concordância inequívoca do devedor.” O dispositivo é direcionado aos credores e encampa a regra geral do art. 327 do Código Civil de que a praça de pagamento deve coincidir, precipuamente, com o domicílio do devedor, “salvo convenção expressa entre as partes que demonstre a concordância inequívoca do devedor.” No caso de o devedor da Duplicata ser pessoa jurídica que tenha diversos estabelecimentos em lugares diferentes, para fins de protesto, a praça de pagamento deverá ser considerada como sendo cada cidade onde se localiza a sua sucursal ou filial e que adquiriu as mercadorias ou serviços objeto de duplicata mercantil ou de serviços.

O § 3º, do art. 12 da Lei Federal nº 13.775/2018 apresenta, inclusive, louvável simetria jurídica com o Código Civil e com a mais renomada doutrina nacional, a exemplo do duto magistério da eminente Professora Maria Helena Diniz: “Pluralidade do domicílio da pessoa jurídica de direito privado: O art. 75, § 1º, admite a pluralidade domiciliar da pessoa jurídica de direito privado desde que tenham diversos estabelecimentos (p. ex., agências, escritórios de representação, departamentos, filiais), situados em comarcas diferentes, caso em que poderão ser demandadas no foro em que tiverem praticado o ato. De forma que o local de cada estabelecimento dotado de autonomia será considerado domicílio para os atos ou negócios nele efetivados, com o intuito de beneficiar os indivíduos que contratarem com a pessoa jurídica.” (Diniz, Maria Helena. Novo Código Civil comentado/ coordenador Ricardo Fiuza – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86).

Além dos aspectos jurídicos que corroboram a necessidade e utilidade da preservação do princípio da territorialidade para a atuação do tabelião de protesto tanto para o credor como para o devedor, há que se considerar que tal princípio tende, também, a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da própria atividade notarial delegada, evitando-se um “mercantilismo da fé pública”.

A possibilidade de o credor indicar uma praça de pagamento segundo a sua mera conveniência e sem a anuência expressa do devedor, além de vulnerar este último (notadamente no caso de pessoa física), poderia propiciar a concentração de movimento de títulos em determinadas praças em detrimento de outras. Tal fato levaria, repita-se, a um desequilíbrio econômico-financeiro das delegações dos tabelionatos de protesto do país e uma evasão de arrecadação dos próprios tribunais de justiça dos estados com a chamada taxa de fiscalização (STF, ADI 3.151),

além de vulnerar a mesma fiscalização, tendo em vista a impossibilidade material de controle das intimações realizadas em seus territórios e que eventualmente seriam emanadas, remotamente, de tabelionatos de protesto submetidos a jurisdição de outros Estados.

Sobre o tema da territorialidade, ressalte-se que se deve aplicar, subsidiariamente, quando couber, a legislação especial em cada caso e, obviamente e intrinsecamente, a eventual correlata decisão judicial tomada em sede de recurso repetitivo acerca de determinado título, como já foi o caso da cédula de crédito bancário, *ex vi* do REsp 1.344.352-SP, 2ª Seção, DJe 16/12/2014, julgado conforme o rito do art. 543-C do CPC/1973. REsp 1.398.356-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, julgado em 24/2/2016, DJe 30/3/2016.

Conclui-se, destarte, que a regra geral da coincidência da praça de pagamento com o domicílio do devedor em muito facilita a cobrança judicial do próprio devedor, além de assegurar-lhe o exercício pleno das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Além de o Provimento nº 87/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça propiciar que todas as fases do procedimento de protesto extrajudicial (tais como a desistência e o cancelamento) sejam realizados em meio eletrônico, também, determinou a criação da *Central Nacional de Serviços Eletrônicos dos Tabeliães de Protesto, para prestação de serviços eletrônicos*”, sendo “*obrigatória a adesão de todos os tabeliães de protesto do País ou responsáveis interinos pelo expediente (...) à qual ficarão vinculados, sob pena de responsabilização disciplinar nos termos do inciso I do caput do art. 31 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.* (art. 15).

A CENPROT integrará o nosso país, com suas distâncias físicas superlativas e suas regiões tão díspares entre si, propiciando acessibilidade dos usuários aos seguintes serviços: *I – acesso a informações sobre quaisquer protestos válidos lavrados pelos Tabeliães de Protesto de Títulos dos Estados ou do Distrito Federal; II – consulta gratuita às informações indicativas da existência ou inexistência de protesto, respectivos tabelionatos e valor; III – fornecimento de informação complementar acerca da existência de protesto e sobre dados ou elementos do registro, quando o interessado dispensar a certidão; IV – fornecimento de instrumentos de protesto em meio eletrônico; V – recepção de declaração eletrônica de anuência para fins de cancelamento de protesto; VI – recepção de requerimento eletrônico de cancelamento de protesto; VII – recepção de títulos e documentos de dívida, em meio eletrônico,*

para fins de protesto, encaminhados por órgãos do Poder Judiciário, procuradorias, advogados e apresentantes cadastrados; VIII – recepção de pedidos de certidão de protesto e de cancelamento e disponibilização da certidão eletrônica expedida pelas serventias do Estado ou do Distrito Federal em atendimento a tais solicitações. (art. 17 do Provimento nº 87 da Corregedoria Nacional de Justiça).

Outra bem-vinda novidade do Provimento 87/2019 foi, sob a inspiração do moderno princípio administrativo da autotutela, o estabelecimento de que *os tabeliães de protesto, ainda que representados por sua entidade escolhida, poderão realizar auditoria, com monitoramento automático do descumprimento de prazos, horários e procedimentos incumbidos aos tabeliães de protesto, atividade denominada 'Autogestão online' com a geração de relatórios a serem encaminhados ao juízo competente e, quando for o caso, à Corregedoria Nacional de Justiça e à respectiva Corregedoria-Geral de Justiça. Tal atuação será preventiva, com o propósito de autogestão da atividade, notificando os tabeliães que incorram em excesso de prazo ou não observância de procedimentos legais e normativos, antes do envio de relatórios aos órgãos correccionais. (art. 19 do Provimento nº 87 da Corregedoria Nacional de Justiça).*

As Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados fiscalizarão a efetiva vinculação dos tabeliães de protesto à CENPROT e expedirão normas complementares ao Provimento nº 87 da Corregedoria Nacional de Justiça, sem possibilidade de redução do seu texto.

Por todo o exposto, é de se concluir que os Provimentos nº 86 e nº 87//2019 da Corregedoria Nacional de Justiça estabeleceram, por questão de justiça e isonomia, a uniformização em todo o território nacional da metodologia de cobrança de emolumentos nos tabelionatos de protesto, garantindo-se, indiscriminadamente, o mesmo tratamento na cobrança e a possibilidade de acesso ao sistema, por meio da Central Nacional de Serviços Eletrônicos dos Tabeliães de Protesto – CENPROT, a todos os brasileiros, de norte a sul do país, no que poderíamos chamar de uma verdadeira “cidadania empresarial” (mormente, repita-se, pelo alcance dos micro e pequenos empresários, que compõem significativa parcela de nossa economia).

Os referidos Provimentos atendem, ainda, à meta nº 16 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), estabelecidos pelas Nações Unidas na Agenda 2030, ao “proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.”

TRANSFERÊNCIA DE BIOTECNOLOGIA*

André R. C. Fontes**

Resumo: O artigo trata da transferência de Biotecnologia em um confronto com a transferência geral de tecnologia e do reconhecimento do regime das obrigações de meio e resultado nos contratos que tenham como objeto tecnologia a ser cedida.

Palavras-chave: Contrato. Tecnologia. Obrigação. Meio. Resultado.

Abstract: This article deals with Biotechnology transfer in comparison to general technology transfer as well as it discusses the acknowledgement of the rule of obligations in kind and in result for contracts which purpose is cession of technology.

Keywords: Contract. Technology. Obligation. Kind. Result.

PARTE 1 - O CONHECIMENTO BIOTECNOLÓGICO

1.1 A Biotecnologia

1.1.1 Noção

Toda aplicação tecnológica dirigida à Biologia é uma *tecnologia biológica* e dessa locução se origina o termo Biotecnologia. E todos os especialistas que cuidam da Biotecnologia registram e desenvolvem, ora mais ora menos, detidamente, o seu objeto material. Fazem-no com o esclarecimento de que não se dá ênfase ao tema da categorização científica e se limitam a construir o seu conteúdo ou o campo no qual será aplicada.

* Texto extraído de pesquisa realizada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Professor Doutor Newton Silveira, a quem, igualmente, este artigo é dedicado.

** Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Nas formas embrionárias da Filosofia da Ciência, mas sem resultados conclusivos, muito se tem debatido, ainda que em literatura especializada, a propósito da caracterização científica da Biotecnologia. Pelos efeitos que proporciona e pelo fato de ostentar algo diferente, em comparação com as demais formas de conhecimento, reinam certas dúvidas entre os especialistas. A singularidade cresce pelo impulso científico que causa e pelo impacto na vida moderna. Não é a Biotecnologia, entretanto, um ramo novo da Ciência. E o fato de os autores não se harmonizarem na sua configuração, levando a explicações teóricas que avizinham-se até mesmo das contradições, outra coisa não fazem senão estenderem o campo da imaginação. Mais recentemente encontra-se uma orientação que, mesmo sem o apoio uniforme dos escritores, merece maior destaque: a de que não é a Biotecnologia outra coisa que um conjunto de tecnologias amalgamadas. Não deve ser negada, entretanto, a importância prática dessa discussão, especialmente se se considerar a finalidade geral e integral da ciência consistente em ampliar de modo sucessivo a atividade racional do ser humano e em liberá-lo das forças espontâneas mediante a passagem dos processos quase irracionais da natureza em processos racionais.

Em um sentido amplo, e atendendo à sua linha de evolução conclusiva, pode-se definir a Biotecnologia como o uso de organismos vivos ou partes deles (estruturas subcelulares ou moléculas) para a produção de bens e serviços. Embora alicerçada em dupla perspectiva reducionista (organismos vivos ou partes deles e produção de bens e serviços) engloba essa definição um conjunto de atividades que o homem desenvolve há milhares de anos, como seria exemplo a produção de alimentos fermentados. E é nessa linha de raciocínio que se considera a Biotecnologia moderna como aquela que, contemplando a definição em dupla perspectiva, faz uso da informação genética, incorporando técnicas de ADN (ácido desoxirribonucleico, mais conhecido como DNA) recombinante.

Se com o passar do tempo e com o desenvolvimento das tecnologias biológicas tornou-se a Biotecnologia, em sua pureza, uma disciplina de intenso avanço científico, com uma interdisciplinaridade sem paralelo com outras disciplinas, e associada a fortes vínculos de complementariedade com outras tecnologias já existentes, não seria absurdo informar que a civilização do nosso tempo encontraria verdadeira estagnação na subsistência de toda gente se a complexidade de seus arquétipos encontrasse alguma alteração. Conquanto seja ressaltada essa especificidade, uma função econômica foi determinada entre as empresas que com ela se vinculam: é a constante necessidade de

inovação, lançamento de novos produtos e desenvolvimento de tecnologia. Englobadas essas características às de necessidade do mundo atual, retomam elas as premissas de que, sem a Biotecnologia, a vida individual regressaria ao limitar a atividade do homem aos seus momentos primários. Paralelamente à função econômica, aponta-se uma outra civilizadora em si, e, porque não dizer, de cunho educativo. Aproxima ela os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admite a possibilidade de obter o necessário pelas transformações do mundo, pôde apurar o seu senso de escassez, que somente veio a ganhar maior amplitude quando os geógrafos e estatísticos convenceram a todos a observar os limites dos insumos naturais no esforço constante do progresso e na consecução de uma era marcada pela harmonia alimentar, de saúde e meio ambiente.

Constitui, portanto, a Biotecnologia, em si mesma, um motivo de esforço que deve orientar as atividades de pesquisa e desenvolvimento para descobrir novas aplicações e gerar sinergias com outras áreas, não obstante os desafios dos novos problemas e os custos das tecnologias. É preciso acautelar-se, entretanto, contra as incertezas e riscos das primeiras fases de desenvolvimento de uma tecnologia biológica, pelo eventual insucesso ou mesmo malogro de uma pesquisa. Todo vigor de uma área em que se almeja uma enorme variedade de resultados pode restar em vão se esses resultados tardam a vir ou não alcancem os efeitos esperados.

1.1.2 A tecnologia biotecnológica

Sem repetirmos aqui o que já foi exposto nos lugares indicados, deve-se referir, ainda que bem sucintamente, ao uso dos termos e de algumas definições basilares. E assim se faz pelos recentes avanços das invenções biotecnológicas. Mesmo que guardem correspondência com os termos tradicionalmente usados, o melhor a fazer é repisar o assunto com uma série de esclarecimentos e a definir termos e conceitos.

Em sua etimologia de origem grega (de *bios*, vida), a Biotecnologia se refere, *grosso modo*, às tecnologias que utilizam organismos vivos. Se a premissa anterior é um ponto pacífico, talvez pela sua generalidade, uma definição mais precisa não encontraria tamanha uniformidade.

A Comissão de especialistas em invenções biotecnológicas e propriedade industrial da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em sua sessão de fevereiro de 1986, em Genebra, assim se manifestou sobre o significado da

Biotecnologia: "biotecnologia engloba todas as técnicas que utilizam organismos vivos, em particular, animais, plantas e micro-organismos, ou qualquer tipo de material biológico que pode ser assimilado aos micro-organismos ou partes dos mesmos, para provocar neles mudanças orgânicas".

Considerando a situação desta pesquisa, na qual a palavra *técnica* é determinante, deve ser lembrado que se faz referência basicamente à genética, à microbiologia, à biologia e à bioquímica, e seus campos de aplicação se encontram diretamente relacionados com a agricultura, a química, a indústria farmacêutica, a saúde, a produção de alimentos e a conservação do meio ambiente.

Outra definição clara e detalhada é a proposta pelo Escritório de avaliação de tecnologia do Congresso dos Estados Unidos da América, em seu segundo informe de 1984, segundo a qual "a biotecnologia compreende todas as técnicas que utilizam os organismos vivos (ou parte desses organismos) para fabricar ou modificar produtos, para melhorar as plantas ou os animais, ou desenvolver micro-organismos para usos particulares".

Os organismos vivos utilizados na Biotecnologia são:

- a) Os organismos em seu estado natural;
- b) Os organismos obtidos por meios convencionais de seleção, cruzamento ou mutação;
- c) Os organismos modificados por novas técnicas.

São exemplo dos organismos em seu estado natural, os micro-organismos usados em processos de fermentação. Exemplo de organismos obtidos por meios convencionais de seleção são os procedimentos essencialmente biológicos. E finalmente são exemplos de organismo modificados por novas técnicas aqueles como a engenharia genética ou técnica de fusão celular.

Pode-se classificar, então, a Biotecnologia em quatro grupos:

- 1) Os organismos vivos;
- 2) Os procedimentos para obtenção de organismos vivos;
- 3) Os procedimentos que utilizam micro-organismos novos e conhecidos;
- 4) Os produtos obtidos com esses procedimentos.

Por organismos vivos se entendem os animais, as plantas e os micro-organismos, definindo-se como micro-organismos todos os seres microscópicos vivos, que sejam de natural ocorrência ou obtidos mediante métodos convencionais ou novas técnicas. E dentro dos micro-organismos se encontram incluídos, dentre outros, o vírus, as bactérias, os fungos e as algas.

Os procedimentos para a obtenção de organismos vivos podem ser divididos em duas classes:

- 1) Os métodos convencionais;
- 2) Os métodos não-convencionais ou novos.

São convencionais os métodos de seleção, cruzamento e mutação. São não-convencionais ou novos a engenharia genética ou a técnica de fusão celular. A diferença essencial entre os denominados métodos convencionais ou tradicionais e os métodos não-convencionais ou novos reside na possibilidade desses últimos, mediante manipulação de material hereditário, ultrapassarem as barreiras biológicas preexistentes, como seria, por exemplo, as incompatibilidades entre as espécies. Deve ser ressaltado que esses métodos não são fins em si mesmos, mas destinados à obtenção de produtos úteis, mediante esses organismos vivos ou cultivos de células.

Demais disso, não é demasiado lembrar que a técnica de seleção foi a primeira que se usou para melhorar as plantas e animais. É dessa forma que, ao longo do tempo, foram introduzidas técnicas mais elaboradas, como seriam o cruzamento de diferentes genótipos, o cruzamento de pedigrees e as mutações, que consistem em usar meios físicos ou químicos para provocar mudanças em um genótipo. E é possível modificar os genes das plantas, dos animais e dos micro-organismos mediante a introdução de material hereditário modificado artificialmente. A técnica de mutação também é utilizada para obter novos micro-organismos. E isso ocorre com a aplicação de métodos novos ou não convencionais para obter organismos vivos, e é dentro desses métodos que se destacam a engenharia genética e a técnica da fusão celular.

Entende-se por engenharia genética a técnica do ADN recombinado, e consiste em isolar um gene de seu contexto natural e usá-lo de maneira tal que, em nível biológico, se possa obter uma quantidade dele (ou de substâncias químicas) praticamente de forma ilimitada. E isso se logra mediante os passos

de isolar ou separar um fragmento do ADN, inserir esse fragmento em um vetor recombinante, introduzir o vetor recombinante em um micro-organismo ou uma célula "anfitriã" para obter uma célula recombinada, selecionar as células recombinadas e provocar sua atividade em condições favoráveis à expressão do gene, e assim obter o produto desejado. E desse se obtém, por exemplo, a insulina e o interferon.

A técnica de fusão celular consiste em fundir dois tipos de células que têm uma característica particular e em selecionar as células que têm características dos dois tipos e células usadas. Essa técnica é a utilizada para melhorar plantas e para produzir hibridomas, produtores de anticorpos monoclonais.

1.1.3 Aplicações

Essa nova tecnologia proporciona uma melhoria no bem-estar geral e o aumento de vantagens competitivas, especialmente nos setores farmacêuticos e químicos, de modo a gerar conseqüências, por exemplo, na agricultura e alimentação, além de proporcionar efeitos junto ao meio ambiente. Pode-se afirmar também que a integração da Biotecnologia com essa ampla gama de setores não foi uniforme, mas se pode dizer, sem margem de erro, que o setor farmacêutico é a parte considerável na qual a tecnologia biológica continua a predominar.

Em uma grande diversidade de planos e orientações, convém se dizer que a Biotecnologia moderna desenvolveu e enriqueceu os distintos papéis do processo dos fatores de produção. E em nossa época, - e porque não dizer também de forma promissora que no futuro -, poderá ser ela a tecnologia central, capaz de poder cumprir uma função-chave ou ser uma tecnologia de suporte, ao afiançar novas formas de vida.

Sem dúvida, uma proximidade ontológica do desenvolvimento e da aplicação de uma nova tecnologia é a existência de transformações sociais, econômicas e até ambientais. E essas importantes e peculiares conseqüências, entretanto, avançam, e passam a oferecer muito mais condições para o surgimento de novos tipos de relações entre os agentes econômicos e formas de alteração e aperfeiçoamento das forças produtivas e, não se poderia deixar de lembrar, uma situação inegável de vantagem, que é a melhoria do desempenho na capacidade competitiva no mercado relevante. É igualmente necessário fazer constar que

essas consequências exercem no plano social, especialmente nas condições de vida e saúde humanas, verdadeiras mutações, pois tendem a melhorar as conquistas e o desenvolvimento da população, em uma harmonia uniforme, e em amplo dinamismo, com resultados econômicos e sociais gerais.

Ao analisarmos o modo de vida do povo em tempos atuais, um conjunto determinado de métodos, tipos e formas de atividade contribuem para um concreto bem estar geral, tal como a descoberta de novas vacinas para enfermidades humanas e a engenharia genética para reduzir a transmissão de enfermidades animais. E com a mesma síntese que tratamos as questões anteriores, deve ser lembrado que as essências dessas novas ideias oferecem, em termos ambientais, os instrumentos destinados ao desenvolvimento das atividades amplamente consideradas de uma forma sustentável, como a proteção dos recursos naturais e da biodiversidade. Por meio das denominadas estratégias de bioprevenção ou biorremediação, a sustentabilidade encontrará vastos círculos de uma influência que ultrapassa a todas as outras formas de permanência e preservação.

O postulado central é que a Biotecnologia proporciona uma alteração no estado das coisas e mudanças substanciais nos efeitos incrementais, e ao seu próprio tempo e em adequadas condições o que seriam verdadeiras atitudes disruptivas, ou mesmo inclusões radicais, não obstante se ter a sabença de que esses últimos são raros e infrequentes, embora imprevisíveis. E nesse sentido, cabe assinalar que cada um desses efeitos implica um desafio capaz de fundamentar uma variedade de políticas públicas a médio e longo prazo.

1.2 Panorama mundial e regional

1.2.1 Histórico

A Biotecnologia moderna, ou seja, o pensamento da tecnologia biológica do período mais recente da ciência, é originária dos Estados Unidos da América. Esse país (EUA) foi o pioneiro no desenvolvimento da Biotecnologia e é, ainda hoje, o líder incontestado nesse campo. E são igualmente suas as primeiras empresas a se formarem nesse setor, no período compreendido entre os fins dos anos 70 e princípios dos anos 80. Fora do espaço norte-americano, pode-se mencionar as empresas europeias, constituídas na década de 90, com a característica de serem pequenas ou medianas, se comparadas com as homólogas dos Estados Unidos.

Não será difícil exagerar a influência da pesquisa norte-americana em nível mundial, pois os Estados Unidos da América ainda dominam esse conhecimento em todos os seus segmentos mais conhecidos: genética vegetal e animal, alimentos e medicamentos. Essas três áreas se concentram em um complexo interinstitucional estabelecido em um tripé: laboratórios públicos, universidades e empresas de biotecnologia. A Europa reproduz esse modelo e, com menos ênfases nos laboratórios públicos, o Japão e a China. Os Estados Unidos da América, a Europa e o Japão fizeram gastos públicos especialmente dirigidos ao setor de saúde (gasto público em biotecnologia em pesquisa e desenvolvimento no ano de 2005: nos EUA 23 bilhões de dólares; países europeus membros da OCDE [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico] 4 bilhões de dólares e outros países membros da OCDE um bilhão e meio de dólares).

E já é previsto que para o ano de 2030 as aplicações do setor analisado poderiam representar cerca de 3% do Produto Interno Bruto (PIB) dos países da OCDE. Em valores absolutos esse percentual será maior que os PIBs dos países em desenvolvimento. E esses dados não incluem o impacto futuro do uso de biocombustíveis nas economias desenvolvidas.

Tão profunda é a transformação da Biotecnologia do mundo moderno que nem mesmo as crises econômicas têm gerado grandes diminuições na sua pesquisa e desenvolvimento. Essas mudanças de situação econômica têm estimulado a racionalização dos custos e a concentrar cada vez mais a atividade. É sumamente difícil traçar um quadro completo, mas, deve ser destacado que, para as pequenas e médias empresas, o resultado prático foi um aumento da capacidade de pesquisa e desenvolvimento e de um incremento na sua produtividade.

As economias periféricas e regionais, que tardiamente despertaram para o impacto da tecnologia biológica, encontraram e estabeleceram seu espaço mediante uma aceleração em importantes aspectos da indústria biotecnológica, tais como a indústria farmacêutica, química, alimentar e do setor agrícola. Essas atividades se desenvolveram por transferência de tecnologia, mas, hoje, algumas delas já mantêm o desenvolvimento de atividade de ponta em alguns setores, como seriam exemplo, em uma ou outra área, a Índia e o Brasil, se não considerarmos mais o Extremo Oriente e Israel como economias periféricas. As instituições e empresas brasileiras de biotecnologia são direta ou indiretamente beneficiadas pelo esforço superavitário do Brasil no agronegócio. Parece forçoso dizer que, a despeito do volume de negócios agrícolas do Brasil, as empresas da área biotecnológica são ainda pequenas, se comparadas com as estrangeiras, mas já possuem certa excelência técnica e estão estreitamente vinculadas aos

sistemas de ciência e tecnologia. A pesquisa no Brasil relacionada com a área da saúde teve um notável impulso pela iniciativa das universidades públicas, institutos de pesquisa e empresas governamentais, das quais se poderia destacar a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa.

A biologia molecular e sua aplicação à produção de meios de diagnósticos, vacinas e agentes terapêuticos mereceram muita atenção, especialmente para as doenças tropicais, mas, inegavelmente, a agropecuária foi a mais vitoriosa em resultados comparativos. É de se reconhecer que o governo brasileiro enveredou esforços para a promoção biotecnológica, não somente para atender aos reclamos da saúde pública, mas, também, com o objetivo final de estimular o desenvolvimento industrial. Não é possível indicar as características do setor privado brasileiro, diante do seu dinamismo e concentração empresarial, mas um distintivo especial haveria de ser ressaltado: a criação de polos, parques como centros biotecnológicos em todas as cinco regiões geográficas do País.

1.2.2 A tecnologia biológica e sua importância no mundo atual

Se prescindirmos do natural aperfeiçoamento, evolução e progresso da humanidade, em suas conquistas sociais e econômicas, os conhecimentos científicos e tecnológicos constituem elementos essenciais do reflexo da evolução real do mundo. Demais disso, servem para lograr uma posição de vantagem em todo o conteúdo concreto dos aspectos da trajetória histórica do desenvolvimento humano. É totalmente incompreensível pensar em uma área na qual não esteja presente alguma forma manifesta de tecnologia, e isso ocorre desde operações simples e quotidianas como o pagamento de um serviço de transporte público, até a geração de energia nuclear ou a exploração espacial. É de se entender que, todo esse conjunto de conhecimentos tecnológicos representa um altíssimo valor, não somente estratégico e político, senão também econômico, portanto, suscetível de ser objeto de negócios mercantis, que graças às suas potenciais repercussões na sociedade, será, em maior ou menor medida, a forma de transição dos limites da ciência de bem do mais puro ponto de vista abstrato para o ponto de vista concreto.

É evidente que a realidade não se limita somente a esse tipo de contradição (abstrato e concreto), especialmente em um assunto tão amplo como a Biotecnologia. Mas é necessário lembrar que contradições internas presidem o objeto de uma pesquisa e o processo de seu conhecimento.

Se a pesquisa houvesse de se aprofundar por uma das vias das ciências em geral, haveríamos de bifurcar outros aspectos contraditórios e úteis para o estudo do fornecimento de tecnologia, além dos pontos de vista abstrato e teórico acima mencionados, tais como aqueles que seriam simples e complexos, o geral e o particular, ou o estático e o dinâmico, se considerássemos apenas alguns aspectos da conexão das ciências.

1.2.3 Da Biotecnologia no mundo

A Biotecnologia pode ser entendida como uma engenharia genética e, particularmente, como uma manipulação do ADN recombinado. Mesmo em diferentes áreas, até mesmo nas tradicionais como a tecnologia farmacêutica, que mantém organismos vivos involucrados e que normalmente podem se reproduzir, o que mais causa certa perturbação é o fato de que muitos dos produtos e processos que são patenteáveis sejam derivados de produtos e processos naturais.

Assinalamos mais uma vez que a Biotecnologia se refere às tecnologias que utilizam organismos vivos. E a palavra técnica faz referência basicamente à genética, à microbiologia, à biologia e à bioquímica e seus campos de aplicação, que se encontram relacionados com a agricultura, a química, a indústria farmacêutica, a saúde, a produção de alimentos e a conservação do meio ambiente.

Os organismos vivos utilizados na Biotecnologia são os organismos vivos em seu estado natural (como os organismos usados em processos de fermentação), os organismos obtidos por meios convencionais (o procedimento essencialmente biológico) de seleção, cruzamento ou mutação, e os organismos modificados por novas técnicas, como a engenharia genérica ou a técnica da fusão celular.

1.2.4 A concentração do conhecimento biotecnológico

Os cientistas e pesquisadores parecem enxergar com lucidez o caráter peculiar da Biotecnologia, e sua diferença fundamental no quadro do conhecimento geral. Essa percepção científica, intensamente sentida e expressa com vigor, permitiu, especialmente a um grupo de países, enfrentar com êxito o desafio do bem-estar

dos povos e das necessidades dominantes de nossa civilização. É nesse ponto que se faz um questionamento sobre as carências materiais do indivíduo e de sua capacidade de proporcionar resultados práticos e úteis para supri-las. Sem entrar em minúcias, a concentração da produção e do conhecimento biotecnológico representam uma das características mais discrepantes ou contraditórias do progresso e das melhorias de condições da vida moderna. E é embasado nessa premissa de êxito contraditório, que se extraem dos fatos objetivos o quanto são polarizados os esforços e os gastos com a pesquisa e desenvolvimento e, por sua vez, o quanto é considerável a falta de homogeneidade entre os países produtores e consumidores de tecnologia. A experiência nos ensina que tudo muda, e que nada há de estável no domínio do conhecimento científico e tecnológico. Entretanto, seja por diferenças de desenvolvimento prévio ao próprio conhecimento em curso, seja pela falta de capacidade de financiamento da pesquisa ou de manter um elenco de pesquisadores, essa divisão multicolorida do uso da tecnologia é reduzida a poucos matizes quanto se trata de conhecer quem produz o conhecimento. Do ponto de vista dos benefícios, a tecnologia atinge a todos, mas não é estruturada e paritária quanto ao reduzido grupo de países que venceram os desafios dos resultados práticos de dominar os instrumentos tecnológicos. Sob a influência dessa premissa de contradição, registramos que 15% apenas da produção mundial proveem a maior parte das inovações tecnológicas no mundo, ao passo que menos da metade da população mundial é capaz de adaptar essas tecnologias na produção e consumo. E mesmo se pode dizer, de verdade, que todo o restante da população, ou seja, um terço da população mundial, se encontra tecnologicamente isolada, sem condições técnicas sequer de adaptar tecnologias estrangeiras ou mesmo de iniciar pesquisa e desenvolvimento próprios.

Em um breve resumo, que bem poderia ostentar a qualidade de uma panorâmica da produção da tecnologia biológica, a formação das ideias fundamentais da Biotecnologia não serviu para o progresso científico somente, mas, também, para forjar uma situação única e privilegiada. E se tornou um verdadeiro paradoxo na aparição dos princípios e ideais fundamentais da explicação científica, incompatível com a tradição de acelerar o progresso mediante a promoção e divulgação dos avanços tecnológicos. A finalidade da criação científica se modifica para se tornar um interesse de conceito econômico em seu movimento de aceleração do progresso científico, e a gerar um conhecimento mais concentrado. Sintetizado esse efeito econômico, o rumo das transformações dos instrumentos das ciências e dos experimentos

realizados incluiria não somente a elevação do bem estar geral, mas a concentração econômica da tecnologia. A par dos traços fundamentais comuns da concentração de produção e de desenvolvimento tecnológico, a produção do conhecimento biotecnológico ocupa uma posição peculiar porque conta com menos representantes que o rol dos países produtores de tecnologia em geral.

Enfim, se na produção tecnológica geral é uma pequena parte do mundo que produz conhecimento, o conhecimento da Biotecnologia é limitado a uns poucos países. Há razões para se pensar em uma solução para esses problemas, mas há igualmente motivos para se reconhecer a atitude desinteressada das instituições na pesquisa biotecnológica. O que significaria sublinhar a falta de quadros ou de recursos para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, mas, pode-se igualmente atribuir também essa situação ao descaso ou ao desdém com que os propósitos do desenvolvimento nacional sejam estabelecidos por cada sociedade. A aceitação dessas afirmações implica ter de se enfrentar problemas aparentemente insolúveis. Por outro lado, como chegar a outros resultados se a UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development [Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento]) em estudo conhecimento constatou que, só nove países da OCDE concentram 90% dos gastos mundiais de novas tecnologias, enquanto que o percentual de gasto dos países em vias de desenvolvimento em matéria de pesquisa e desenvolvimento representa somente 6% dos gastos mundiais?

1.2.5 O elevado custo da produção biotecnológica

A produção tecnológica está associada a processos de inovação, pesquisa e desenvolvimento, os quais implicam um alto custo econômico que, em sua maioria de casos, só pode ser assumido por aqueles que dispõem de recursos suficientes para fazer frente a essas exigências. Lamentavelmente, a propriedade industrial - disciplina encarregada da proteção de novos desenvolvimentos-, não só não tem dado solução a essa problemática, senão de alguma forma que a provocar uma verdadeira piora ou prejuízo. O exemplo paradigmático dessa situação se encontra no sistema de patentes de invenção, que dentro dessa disciplina, representa a forma mais usual de proteger os conhecimentos tecnológicos. Devido ao princípio da territorialidade que rege a proteção da propriedade industrial, o titular de uma nova tecnologia suscetível de ser

protegida, por meio do sistema de patentes, deverá dirigir-se a quantos territórios queira explorar de forma exclusiva sua invenção e em cada um deles deverá dirigir-se a quantos territórios queira explorar de forma exclusiva sua invenção e em cada um deles levar a cabo o procedimento administrativo para lograr a concessão da patente. Para tal fim, será necessário o pagamento de taxas oficiais que cada país estabeleça, mais os honorários profissionais de um agente local, que o represente no processo de registro.

Essas peculiaridades que se examinam em conjunto, somadas aos altos custos da pesquisa e desenvolvimento, associados à proteção dos resultados dessas atividades conduzem a que, na maioria dos casos, os titulares de direitos de propriedade intelectual sobre os conhecimentos biotecnológicos sejam empresas com um importante poder econômico, bem seja porque desenvolveram sua própria tecnologia ou porque adquiriram os direitos contratualmente.

Adicionalmente ao já exposto, outro efeito que gera o elevado estado de custo da produção e proteção dos conhecimentos tecnológicos radica em que a contribuição desses ao esquema produtivo do país receptor é mínima, devido, em muitas ocasiões, ao que os processos de adaptação das condições locais supõem um esforço econômico adicional da aquisição dos conhecimentos tecnológicos. Essa informação foi coletada em um documento da UNCTAD, apresentado no desenvolvimento das negociações sobre o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de tecnologia no que se expõe:

“A dependência dos países em vias de desenvolvimento é consideravelmente maior e a contribuição da tecnologia adquirida é mais baixa que para outros países importadores finais de tecnologia porque os países em vias de desenvolvimento não têm, na maior parte dos casos, a capacidade de organização, investigação e de engenharia para poder ajustar, adaptar e assimilar a tecnologia importada aos seus próprios necessários.”

PARTE 2 A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

2.1 Noção

Por *transferência de tecnologia* se entende um complexo deslocamento de situações, na qual o objeto material é o conhecimento tecnológico. Os juristas parecem tomar a ideia de transferência como abrangida na temática contratual. Dessa

forma, costumam empregar a figura da transferência de tecnologia como associada, ou mesmo integrada à uma classe de contrato, a do *contrato de transferência de tecnologia*. Alguns autores vão além da função técnica do contrato e usam o contrato de licença em sentido amplo, para se referirem à concessão feita por um titular de patente, modelo de utilidade, assistência técnica ou mesmo segredo industrial. Há ainda quem prefira um significado mais restrito e usam a figura como *contrato de licença*. A falta de harmonização não impede que se reconheça que esses contratos são todos mistos ou coligados (pois o coligado não forma uma nova espécie contratual, como ocorre com o misto), com variações em número não conhecido.

Nesses contratos, se outorga a um cessionário os conhecimentos necessários para compor a tecnologia a ser utilizada. Normalmente vão acompanhados de uma série de disposições sobre se revelam as condições exigidas pelo cedente, dentre as quais a qualidade e uso de marca. E igualmente ordinária é a remuneração mais conhecida na sua versão anglo-saxônica “royalties”. Royalties corresponderia, segundo a literatura especializada, ao termo *realdades*, em português, que é usado neste texto.

2.2 Cláusulas mais comuns nos contratos de transferência de tecnologia

A natureza mista ou coligada dos contratos de transferência de tecnologia não impede a formação de um núcleo comum de disposições, que resultam da sua própria finalidade, a despeito das partes se convencerem de que outras cláusulas poderão ser apostas ao negócio.

Dentre as cláusulas conhecidas é de se citar as seguintes:

- (1) Determinação dos deveres do cedente;
- (2) Os deveres do cessionário;
- (3) Caráter temporal da tecnologia: definitiva ou temporária;
- (4) Forma de pagamento;
- (5) Unidade monetária;
- (6) Bases do cálculo das realdades (royalties);
- (7) Efeitos dos tributos na transferência;
- (8) Duração do contrato;

- (9) Indicação da produção mínima (ou máxima) dos produtos gerados pela tecnologia;
- (10) Limitações e condições para o uso da tecnologia;
- (11) Mercado dentro do qual poderá atuar do cessionário;
- (12) Assistência técnica que prestará ao cedente;
- (13) Dever de preservar o segredo sobre a tecnologia;
- (14) Exigências quanto ao modo de empregar a tecnologia;
- (15) Qualidade dos materiais a serem usados;
- (16) Qualidade dos bens produzidos;
- (17) Garantias e sanções por descumprimento contratual;
- (18) Causas de extinção do contrato;
- (19) Retrocessão de toda tecnologia desenvolvida;
- (20) Designação do foro competente para dirimir o conflito;
- (21) Previsão de arbitragem.

2.3 As obrigações de meio e resultado

O curso do desenvolvimento das Ciências Jurídicas, como de toda ciência em geral, se revela em distintas maneiras, em igualmente distintas etapas históricas. E uma tendência está dirigida à transferência de tecnologia, na forma de se utilizar as obrigações contratuais: as obrigações de meio e de resultado.

Para elaborar um sistema de comunicações entre credores e devedores, baseia-se o Direito em formas relativas e marcadas por um conteúdo econômico. Assim se explica de modo direto e objetivo a obrigação. Surge, então, imediatamente, esta pergunta: qual a relação da obrigação com os contratos de transferência de tecnologia?

Muitas seriam as formas de se responder. Haveria de se perguntar, então, se um contrato não seria fonte de direitos e deveres para as partes cocontratantes? E a afirmação da resposta se explica, segundo muitas opiniões, de que esses direitos e deveres relacionados às partes são justamente as obrigações.

Coube ao jurista francês Demogue a construção teórica da ideia de obrigação mais peculiar ao contrato de transferência de tecnologia: a obrigação de meio

e de resultado. Sua forma autoenunciativa de classificação destaca que na obrigação de resultado, a execução é atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; ao passo que na de meio, o desvio de certa conduta ou omissão em certas precauções a que se comprometeu o devedor para não atingir o resultado esperado.

Por conseguinte, em uma transferência de tecnologia, o contrato traz consigo correspondente propósito de ceder com êxito o produto da negociação: a tecnologia. E em favor desse esquema há o pensamento comum de que se a tecnologia não foi transferida, o contrato terá se frustrado na sua finalidade. Muitos trabalhos relacionados aos contratos de transferência de tecnologia assentam-se nessa verdadeira condição em movimento para alcançar o resultado final do negócio.

Em concordância com as condições acima expostas, a transferência de biotecnologia deveria ser, igualmente, uma utilização de correspondência biunívoca das consequências obrigacionais dessa construção teórica tal como usada no mundo comercial, como é o contrato de transferência de tecnologia.

Como se vê, há uma certa semelhança entre os efeitos do contrato de transferência de tecnologia e o contrato de transferência de biotecnologia, uma vez que tanto um quanto o outro procuram a mesma coisa, ou seja, um resultado. E uma união de ideias de um contrato e outro conduziria a uma formação comum e ao aproveitamento direto de toda experiência já conhecida e usada nos contratos de transferência de tecnologia em geral.

A diferença consiste só em que a cadeia biológica, na qual se assenta a Biotecnologia, pode não se realizar. A formação combinada dos elementos decisivos para o resultado pode não ocorrer. E isso se faz evidente pelas diferentes condições de clima e temperatura, dentre outros, na geração de resultados concretos, esperados pela aplicação de um contrato com obrigações, marcadamente de resultado, como ocorre no comum dos casos com a transferência de tecnologia.

Se é conhecido o pluralismo da vida, e sabemos que o meio ambiente é tão complexo quanto as demais complexidades conhecidas, parece ser um erro resolver o problema da transferência de biotecnologia sem ignorar a antítese *mecânico* e *orgânico* e de algo que está vivo e algo que não tem vida.

Uma vida se vê frente a si mesma e mais nada além da morte. Se não há vida, há impotência e inabilidade. É nessa cômoda antítese do orgânico e do mecânico, que todo desdobramento deve transcórrer. O ponto de vista mecânico

da transferência de tecnologia não leva a uma adesão ao uso da obrigação de resultado nas condições qualitativas gerais para as condições quantitativas de probabilidades de uma transferência de biotecnologia. Seria exemplo a arrumação da estrutura de certo tipo de micro-organismo para ser utilizado em condições climáticas distintas de sua formação original. E esse resultado estará a depender mais das condições exigidas para uma apreciação de obrigações de meio do que de resultado. É que, sem o esforço esperado, o resultado pode não ocorrer, diferentemente de ser o resultado mesmo o esforço para alcançá-lo ter sido o mais corriqueiro e mediano, dentro das condições do contrato. É dessa forma que uma fábrica pode ser montada já com elementos pré-fabricados e alcançar o resultado com o funcionamento das máquinas a contento.

PARTE 3 A TRANSMISSÃO DO CONHECIMENTO BIOTECNOLÓGICO

3.1 A importância da transferência de tecnologia para a difusão do conhecimento

A promoção tecnológica e o seu conseqüente desenvolvimento são as reais prioridades em uma cessão de tecnologia. E a forma mais abreviada de não se retornar aos primórdios para alcançar os resultados no estado da arte é a via do fornecimento de tecnologia já produzida. Do contrário, toda a pesquisa e desenvolvimento teria que repetir os movimentos mais elementares em sucessão para alcançar conhecimentos exigidos em mercados competitivos, como o consumidor em tempos atuais. Essa política de uma construção original do conhecimento exigiria grandes e contínuos investimentos, que muito bem podem ser resolvidos com uma equivalência de conhecimento tecnológico, alcançável por meio de uma transferência.

Demais disso, as companhias que competem em um dado mercado relevante esperam beneficiar-se do menor custo, se comparado com os gastos com pesquisa e desenvolvimento para novos produtos. Os riscos dos negócios não são normalmente acompanhados por iniciativas de produção original do conhecimento, mas, sim, da busca incessante de lucros em seus empreendimentos. Esse resultado que ajuste os custos com os benefícios são, regularmente, resolvidos com a aquisição de tecnologia de outrem, mediante uma transferência negociada.

3.2 A função social dos processos de transferência de biotecnologia

A transferência de tecnologia implementada por meio do contrato de transferência de licença pode ter um significado mais além do que o meramente

econômico, alcançando a possibilidade de cumprir uma função social. Essa visão foi contemplada em diferentes textos normativos e iniciativas de harmonização. Um claro exemplo dessa visão social se pode encontrar nos artigos 7º e 66.a do Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (ADPIC), mais conhecido pelo acrônimo em inglês TRIPS.

O mesmo está coletado em um informe do grupo de trabalho sobre comércio e transferência de tecnologia ao Conselho Geral da Organização Mundial de Comércio (OMC), onde se põe em manifesto a projeção social dos processos de transferência de tecnologia, ao sustentar que esses constituem um dos mecanismos por excelência para procurar o melhoramento das condições de vida dos países em desenvolvimento.

Os argumentos assinalados anteriormente servem para ilustrar a função social que têm os processos de transferência de tecnologia que, tal como sustentam pronunciamentos de diferentes instituições internacionais, se convertem em uma poderosa ferramenta para alcançar o objetivo de melhorar as condições econômicas e sociais dos países com um grau menor de desenvolvimento econômico e tecnológico.

3.3 O contrato como meio de difusão da transferência de tecnologia

A base histórico-cognoscitiva dos contratos modernos remonta ao período da civilização romana, que não somente estruturou a figura do contrato, como o definiu com a principal característica a ser utilizada neste texto: a de ser um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. E a importância de se lembrar dessa máxima valoração da vontade está em que, uma vez celebrado o contrato, com a observância das formalidades de estilo, estará o contrato apto a gerar obrigações – fator da mais lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direitos e deveres das partes.

Não obstante o rigorismo formal para as formas contratuais, com o passar do tempo e o desenvolvimento das atividades em geral, a função do contrato se alterou, e, sem perder a sua pureza e estrutura, serviu para conformar os interesses na complexidade da vida em nossos tempos, sem que sua força vinculante fosse alterada.

Sem o contrato, o *homo economicus* estancaria suas atividades, porque é o contrato que proporciona a subsistência da toda a gente, sem o qual a vida

individual regressaria, e a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários do percurso humano.

Outra virtude se há de considerar. Ao lado da função econômica, serve o contrato como forma civilizadora e desenvolvimentista. É o contrato que promove a circulação de riqueza, aproxima os homens e reduz as diferenças, ao munir todos de instrumentos jurídicos para alcançar os fins determinados pelos interesses econômicos, e porque não dizer, também os interesses da sociedade como um todo. Só resta lembrar que é por dele que a tecnologia se desenvolve e se propaga.

É através das formas e obrigações contratuais que se difundem os avanços da tecnologia. E tudo isso se reflete na ideia de que, um acordo de vontades pode obrigar uma pessoa a ceder a outra, para que os aproveitem, os conhecimentos que têm de processo especial de fabricação, informações ou práticas originais ou só por essa pessoa conhecidos.

Para a análise, esclarecimento e solução da transmissão do conhecimento, deve ser assinalado que ele se dá mediante simples entrega de planos, desenhos ou outros papéis, por meio do fornecimento do material, que incorpore os conhecimentos ou, finalmente, pelo ensino prático de sua aplicação, seja por meio de técnicos enviados para esse fim, seja pela admissão, na sua própria fábrica, de pessoas designadas para aprender, praticando o processo de fabricação.

3.4 Dificuldades encontradas na propriedade intelectual para os processos de transferência de tecnologia

O desdobramento de todo o campo do conhecimento e da atividade do homem encontrou também seus reflexos na elaboração dos princípios jurídicos que norteiam a construção de um sistema de tutela dos direitos, que resultariam do desenvolvimento e do aperfeiçoamento dos bens decorrentes de todo o esforço e trabalho.

A disciplina da propriedade intelectual adota uma pluralidade de técnicas e instrumentos de proteção dos interesses dos seus titulares. Não há dúvida alguma que não existe apenas uma, mas muitas formas de tutela da propriedade intelectual. E em todas elas se fala de uma tipicidade e um *numerus clausus* de direitos exclusivos.

Por conseguinte, surge a eleição de um dos principais elementos norteadores

da propriedade intelectual, ao estabelecer a relação entre as formas da propriedade intelectual e a sua tutela jurídica correspondente - proposição firmada por Tullio Ascarelli que constitui a chave da classificação da Biotecnologia.

Se se admite a premissa de que há uma tutela jurídica para cada forma de manifestação da propriedade intelectual, os distintos aspectos da Biotecnologia seriam capazes de merecer uma única e exclusiva proteção? Essa indagação vai conduzir as linhas mestras desta pesquisa.

Conquanto seja a disciplina da propriedade intelectual o meio mais idôneo para a proteção da tecnologia, uma vez que ela é identificada com os direitos dos produtores do conhecimento tecnológico, seus defensores são tomados em consideração somente porque concordam com as teses dominantes dos países produtores, de quem sofrem influência quase decisiva. E como é fortemente centralizado, não tolera senão uma orientação de acirramento dessa concentração, ficando a reclamar a consolidação e sistematização mais eficazes por parte de todos os produtores e remetendo apenas ao plano da absorção ou comportamento passivo um verdadeiro estigma para os países remanescentes.

O principal efeito dessa proteção, e que exerceu e continua exercendo a influência mais profunda e duradoura, é o limite especial dos direitos de propriedade industrial da maneira tal como é estabelecido, qual seja, mediante outorga do Estado. Uma experiência original e sem paralelo é o acesso geral da população aos benefícios associados ao desenvolvimento farmacêutico que atribuiu aos seus criadores um poder lastreado em um instinto de dominação que beira aos limites da soberania dos Estados, quando muito não a arrefece ou fragiliza.

Uma sucessão de acontecimentos conduz ao problema da concentração do conhecimento e ocupa o centro das questões do sistema da transferência de tecnologia. E é também o principal obstáculo a ser superado. Ele exerce uma função demolidora na multiplicação do conhecimento a ser difundido, o caráter territorial dos direitos do exclusivo constitui a segunda maior dificuldade. A territorialidade e o princípio que a acompanha - o princípio da territorialidade -, afetam a maioria dos direitos de propriedade intelectual, e de forma mais exclusiva, a transferência de tecnologia. Para bem compreender essa ideia de limite territorial, é necessário lembrar que, a possibilidade de ser explorado simultaneamente em distintas partes do mundo, significa que os altos custos assinalados lhe servem de base. E é nessa realidade, nem ideal nem essencial,

que os recursos econômicos adequados para fazer frente a esses custos poderiam gozar da proteção outorgada pelo Estado.

Nesse assunto, pode-se apreciar claramente a dificuldade para encontrar um equilíbrio entre os interesses farmacêuticos, que argumentam sobre a necessidade de obter os direitos exclusivos do que é desenvolvido, com o fim de seguir adiante com seus processos de pesquisa, e os interesses da sociedade no geral, que necessitam ter a seu alcance os tratamentos médicos para enfrentar enfermidades como o câncer e a SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, mais conhecida como AIDS) a preços razoáveis.

3.5 Desequilíbrio no poder de negociação das partes em um contrato de transferência de tecnologia

A forma mesma que por séculos tem valorado e protegido os produtos do intelecto, e serviu para todos aqueles que criaram ou desenvolveram conhecimentos úteis em seus diversos tipos de proteção em todo o mundo, criou entraves que, de maneira combinada com as leis de comércio internacional, geram verdadeiras escalas em linha vertical até o desenvolvimento econômico.

E o estado do comércio e da economia mundial circunscrevem os produtos intelectuais nas suas categorias básicas: direitos autorais, patentes, marcas, segredos de negócios, além das novas categorias, que muito bem podem ser representadas pelo *circuito integrado*, mais conhecido pela sua versão anglófona *chip*, em referência à pastilha sólida que se constitui e aparenta.

Esse esquema geral tem logrado êxito para os fins a que se destina, mas não é capaz de adaptar as novas formas conhecidas de criatividade e inovação para os demais países, não produtores de tecnologia. É suficientemente engenhoso na sua capacidade de proteção e tutela, mas, proporcionalmente, se move em escala mundial, para transformar os demais países não-produtores de tecnologia em meros consumidores e protetores de direitos que, em realidade, não conhecem em sua essência ou concepção.

A tecnologia não flui em seu conhecimento, mas em seu uso. E os efeitos que desenvolve, embora tenha um papel facilitador do uso da tecnologia nova e útil, não estimula o crescimento comercial bilateral, nem aproveita o ritmo do desenvolvimento econômico em ampla medida.

Ao adotar esse sistema de importação de tecnologia, todo um país se submete a uma custosa dependência econômica pretensamente perpétua, e impõe uma verdadeira desvantagem, de modo a formar um desequilíbrio das partes em negócios que venham a ter algum papel positivo nos negócios de transferência de biotecnologia, e da tecnologia em geral.

3.6 As vias para se levar a cabo uma transferência biotecnológica

Para resolver essa situação, devem ser incentivadas as políticas científicas governamentais e universitárias destinadas a projetos biotecnológicos em pesquisa e desenvolvimento. E essa última redundará em um aumento substancial da quantidade de publicações científicas e aumento equivalente no número de patentes. Paralelamente à transferência de tecnologia, devemos considerar, nesta pesquisa, que a reestruturação das políticas governamentais para a Biotecnologia deve seguir os seguintes passos: (1) publicações científicas de acesso aberto, (2) de livros científicos, (3) de patentes; (4) de produtos relacionados aos existentes no mercado.

A escolha da atividade inventiva tem que ser suscetível de aplicação industrial, cumprindo com os três requisitos legais básicos para o patenteamento. O melhor exemplo para ilustrar a pesquisa é o caso mais relacionado como tema central de investigação, que é o caso Chakrabarty.

Sem que se trate de uma tese alentada e grandiosa para descrever e classificar a transferência biotecnológica, toda compreensão do uso do método conceitual tem, além de um amplo espaço de argumentação, a possibilidade de ser demonstrado. Tratando-se de pôr como base em todo raciocínio jurídico sobre a forma como o jurista descreveria uma transferência de biotecnologia, os primeiros conceitos extraídos foram exatamente os abstratos. Faz-se necessária a lembrança desenvolvida precisamente na concepção teórica, no primeiro digno de repercussão acerca do conhecimento biotecnológico: o caso Chakrabarty.

Não é possível que sejam indicadas, naturalmente, as características gerais que acompanharam o debate e o desenvolvimento do caso Chakrabarty. Interpretando os fenômenos desenvolvidos, pode-se qualificar alguns dos aspectos particulares do ocorrido. No dia 17 de março de 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América votou, por maioria, a possibilidade de concessão do direito de registro de patente para uma linhagem de bactéria. A espécie era do gênero *Pseudomonas*, transportadora de segmentos de ADN

(ácido desoxirribonucleico) estranhos, denominados plasmídios, capazes de conferir características genéticas distintas do que era encontrado, naturalmente, na bactéria.

Esse pesquisador, Ananda Chakrabarty, afirmava que teria “inventado” um micro-organismo que não ocorria na natureza e que exibia importantes propriedades para emprego geral, especialmente pelo derramamento indevido de petróleo, já que teria a capacidade de consumir óleo derramado.

Essa controvérsia foi o marco inicial dos estudos jurídicos sobre a importância do sistema de patentes de seres vivos e de sua contribuição para a tecnologia biológica, ou mais especificamente, para a Biotecnologia. Sua contribuição, entretanto, vai muito além da própria sistemática das patentes, porque ocupará o lugar central nos problemas futuros de transferência de Biotecnologia.

CONCLUSÕES

Da experiência de uma análise pretensamente segura manifesta-se a tendência principal, proclamada e divulgada pelas universidades mais modernas, sejam nacionais sejam estrangeiras, de primar pelo desenvolvimento sócio-político dos povos, pelo engrandecimento e dignidade da pessoa humana, nas suas mais variadas acepções, como, por exemplo, na pesquisa realizada, resultante dos problemas mais enraizados e verdadeiramente fundamentais entre tecnologia e desenvolvimento biológico. O processo nacional de evolução tecnológica, tratado nesta pesquisa em particular, atravessou determinadas etapas que, a despeito de serem rápidas ou mais lentas, conforme as condições de dificuldade, em tempo algum ignorou o nível de atividade de alta relevância dos temas relacionados à promoção tecnológica, à capacidade das instituições nacionais e, como não poderia deixar de ser, o esforço contrário ao desenvolvimento do País.

A contraposição entre as forças antidesenvolvimentistas – representadas pela reação à pesquisa e ao deliberado não-investimento, somado ao déficit de quadros - e aquelas que primam pelo desenvolvimento do Brasil - não foram ignoradas, mas, ao contrário, tratadas como algo que deve ser impreterivelmente considerado e avaliado como uma das manifestações da tensão entre duas verdadeiras linhas de atuação na política econômica mundial. Os mais resistentes meios de elevação ao progresso e ao desenvolvimento do País, ou mesmo de outros países, foram considerados na pesquisa, especialmente pela orientação agressiva de grandes grupos econômicos, na tentativa de impedir o processo de liberação tecnológica em escala mundial. Os países em desenvolvimento –

algo que não se deve olvidar-, são os maiores destinatários das ações desses grupos etnocêntricos organizados em forma de companhias multinacionais, que, quando muito, reforçam a riqueza concentrada nos seus países de origem e, onde, normalmente, têm a sua sede.

Do que vem a ser ressaltado, se evidencia que o estágio foi norteado pelo sentido de se obter um equilíbrio entre o interesse social e o interesse privado, entre o direito dos titulares da propriedade intelectual e a promoção tecnológica. Procedendo nesse raciocínio, a pesquisa recusou o que se poderia denominar de caráter anacrônico do modelo clássico de propriedade, seja como paradigma, seja como fonte dos direitos que envolvem tecnologia, assim como o vetusto e superado argumento liberal ou de uma suposta liberdade absoluta na condução ou do destino do conhecimento e da tecnologia na economia moderna, não obstante tal afirmação, por sinal, exorbite o objeto da pesquisa realizada. A essas premissas liberais e sem propósitos sociais é necessário assinalar que a Constituição da República afastou as dúvidas existentes para a sociedade brasileira relativamente aos resultados das pesquisas tecnológicas e sua correspondente tutela pelo regime da propriedade intelectual: deve ser observado o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX).

O significado da propriedade intelectual nos estudos da transferência de tecnologia em geral, além disso, deve ser ressaltado e exaltado pelos estudiosos da transferência de biotecnologia. A despeito da presença de enfoques cognoscitivos distintos, foram os profissionais (propriedade intelectual) que tornaram possível a construção de uma grande estrutura teórica (da transferência de tecnologia), sem paralelo em seu dinamismo. E em sua classificação, elevaram os estudiosos da propriedade intelectual a figura o contrato para o campo mais fértil de aplicação da transferência de tecnologia.

Duas premissas se fazem necessárias para os campos dispersos da transferência de tecnologia biológica. A primeira é que o significado dos trabalhos, apreciados por resultados práticos, para a transferência que gera tecnologia, não se aplica em correspondência absoluta à transferência de biotecnologia. É que o enfoque dinâmico da natureza e da vida estarão a exigir um verdadeiro sistema próprio para uma e para outra.

Sob um ponto de vista dinâmico, a formação dos elementos vivos, tais como os micro-organismos, que podem chegar às raias das teorias evolucionistas,

não se coadunam com os elementos estáticos e sem vida que os mecanismos normais da transferência de tecnologia apresentam ou ordinariamente utilizam. Aqui, neste estudo, a vetusta distinção do que é estático e do que é dinâmico, parece ter uma aplicação direta e específica.

Esse enfoque estático-dinâmico é o ponto de partida para distinguir as reações biológicas da tecnologia aqui estudada daquelas outras que se ajustam com procedimentos que se complementam uns aos outros, tais como máquinas, matéria prima e eletricidade.

A transferência de biotecnologia ainda – ou talvez sempre! – exigirá riscos não conhecidos pela capacidade dos seres vivos de alterarem sua própria forma de ser e de sofrerem os influxos externos de temperatura e pressão. É por isso que a tentativa de abranger a biotecnologia pela tecnologia geral e a transferência biotecnológica pela tecnológica encontra limites. Assim, a influência da vitoriosa teoria das obrigações de resultado para os contratos de transferência de tecnologia não abriga os contatos de transferência de biotecnologia que continuarão a ser guardados pelo regime das obrigações de meio.

A elaboração de uma nova forma de conhecimento científico baseada em uma visão interdisciplinar do conhecimento biológico para o tecnológico poderia gerar um especial interesse de desmistificar a premissa fundamental elaborada por Tullio Ascarelli, de que haverá uma tutela para cada forma de manifestação da propriedade intelectual. Dessa forma, a Biotecnologia estaria a determinar um desvio em todo conhecimento construído em nosso País, baseado nos trabalhos de Tullio Ascarelli.

É a esse respeito que surge uma questão de importância excepcional sobre a relação entre formas de propriedade intelectual e a sua proteção ou tutela jurídica. A sucessão combinada de elementos químicos e biológicos não nos parece criar um novo regime de classificação científica da propriedade intelectual. A proposição de Tullio Ascarelli, se agrega mais uma vez sobre a propriedade industrial, por meio de uma compreensão própria: eles são isomórficos!

O isomorfismo será a fórmula de aplicação em correspondência biunívoca à Biotecnologia e à Química e à Farmacêutica, porque são estruturas complexas em suas entidades e que se aplicam umas às outras, indistintamente, como partes com um papel similar, nas respectivas estruturas. Não obstante a complexidade dos elementos biológicos, a afirmação de Tullio Ascarelli não se vê desconstituída pelos descobrimentos da Biotecnologia, mas se levanta com seus próprios pés.

Dito de outra maneira: o segredo do êxito das teorias desenvolvidas por Tullio Ascarelli está no fato de que ele captou corretamente a tutela de proteção da propriedade intelectual, sem prejuízo das complicações dos fenômenos estudados pelas distintas áreas do conhecimento e que sejam capazes de merecer uma proteção pela propriedade intelectual.

Assim se levam à conclusão as premissas da não aplicação da obrigação de resultado em correspondência da tecnologia geral transferida para a biotecnologia e a não-separação entre a obra de Ascarelli e Biotecnologia protegida e transferida.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Istituzioni di Diritto Industriale. Milão: Giuffrè, 1960.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BIZEC, René-François. *Les transferts de technologie*. Paris: PUF, 1981.
- BOFF, Salete Oro; Pimentel, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento*. Passo fundo: Imed, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARRASCO SOURÉ, Hugo. *La propiedad intelectual y la investigación farmacêutica*. México: Porrua, 2012.
- CASTIGLIONE, Pietro. *La tecnologia del Brasile*. Pádua: Cedam, 1969.
- COMTE, Auguste. *La méthode positive en seize leçons*. Paris: Vigot Freres, 1917
- CORREA, Carlos M. *Derechos de propiedad intelectual competência y protección del interés público*. Buenos Aires: Euros Editores, 2009.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: RT, 1998.
- DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago: Cepal, 2008.
- DELL'ANNO, Davide. *La conoscenza dall'università all'impresa. Processi di trasferimento tecnologico e sviluppo locale*. Roma: Carocci, 2010.
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- FLORES, César. *Contratos internacionais de transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. São Paulo: RT, 2004.
- GASSEN, Hans Günter. *Biotechnologia em discussão*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONZÁLEZ, Maria Estrella L.; XAVIER FILHO, Lauro; CÓRDOBA, Carlos Vicente. *Metabolitos vegetales y microbianos para la industria un enfoque biotecnológico*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2008.
- GRÜN, Ernesto. *Una vision sistematica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- GUERRERO GAITÁN, Manuel. *Los contratos de transferencia internacional de tecnologia*. Bogotá: Universidad Externato de Colômbia, 2014.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. Antônio Correia, Coimbra: Armênio Amado, 1980.
- HOUGH, J.S. *Biotechnologia de la cerveza y de la malta*. Zaragoza: Acribia, 1990.
- HOSELITZ, Bert F. *Aspectos sociológicos do crescimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- HULL, L. W. H. *Historia y Filosofia de la ciencia*. Trad. Manuel Sacristán, Barcelona: Ariel, 1977.
- IACOMINI, Vanessa. *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba, Juruá, 2007.
- JAGNOW, G.; DAWID, W. *Biotechnologia Introducción con experimentos modelo*. Zaragoza: Acribia, 1991.
- LARPENT, J. P. *Biotechnologie des levures*. Paris: Masson, 1991.
- LE MOIGNE, Jean-Louis. *A teoria do sistema geral*. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Piaget, 1990.
- LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Petrópolis: Vozes, 2002.
- MARTINE, George; Castro, Cláudio de M. *Biotechnologia e sociedade: o caso brasileiro*. São Paulo: Almed, 1985.
- MARTÍNEZ, Gerson Elí; CASTRO BONILLA, Alejandro. *Propiedad intelectual y acceso a medicamentos esenciales de calidad em Centroamérica*. San Salvador: Funde, 2008.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MATHIEU, Vittorio. *Crisi della tecnica*. Roma: Dino Editore, 1999.
- MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- OLSCAMP, Paul. J. *Introdução à Filosofia*. Trad. Carlos Sebastião Mesquitella. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1980.
- PALAZZOLO, Vincenzo. *Scienza e epistemologia giuridica*. Pádua: Cedam, 1957.

- PALMA, G. A.; BREM, G. *Transferencia de embriones y biotecnologia de la reproducción en la especie bovina*. Buenos Aires: Hemisferio Sur, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PANIKER, Raimundo. *Ontonomia de la ciencia*. Madri: Gredos, 1961.
- PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. São Paulo: Makron, 1999.
- ROBLES, Gregorio. *Epistemologia y derecho*. Madri: Piramide, 1982.
- SERAFINI, Luciana Atti; BARROS, Neiva Monteiro de; AZEVEDO, João Lúcio de. *Biotecnologia: avanços na agricultura e na agroindústria*. Caxias do Sul: EDUCS – Editora Universidade de Caxias do Sul, 2002.
- SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992.
- SILVA, Miguel Moura e. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2011.
- SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. *Patente de invenção em biotecnologia transgênica: exercício abusivo na agricultura*. São Paulo: Verbatim, 2017.
- STANZICK, Karl-Heinz; GODOY, Horacio H. *Inversiones extranjeras y transferencia de tecnologia en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1972.
- STRENGER, Irineu. *Marcas e patentes*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- TABAK, Fanny. *Dependência tecnológica e desenvolvimento nacional*. Rio de Janeiro: Pallas, 1975.
- TAVARES, Luiz Eduardo dos Santos. *Prospecção, proteção & transferência de tecnologia: um manual de propriedade intelectual*. Fortaleza: EdUECE, 2012.
- TREVAN, M. D. et alii. *Biotecnologia: princípios biológicos*. Zaragoza: Acribia, 1990.
- VITOLO, Michele. *Biotecnologia farmacêutica*. São Paulo: Blucher, 2015.
- VICENTE, Dario Moura et alii. *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2016.
- WIONCZEK, Miguel S.; BUENO, Geraldo M.; NAVARRETE, Jorge Eduardo. *La transferencia internacional de tecnologia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- YANCHINSKI, Stephanie. *La revolucion biotecnologica*. Madri: Debate, 1985.
- ZANINI, Luciana Olivares; DELLAGOSTIN, Odir Antonio. *Patentes: Um tutorial de propriedade intelectual para a biotecnologia*. Lisboa: Chiado, 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Caroline Medeiros e Silva

Resumo: O presente artigo visa examinar a judicialização do direito à saúde sob o prisma de seus reflexos econômicos e como estes podem afetar a própria universalização daquele direito tal como prevista na Magna Carta de 1988, a partir da concessão de medidas judiciais que confirmam grande impacto orçamentário.

1. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos que mais chama atenção no âmbito da Justiça Federal hoje é o crescimento da litigiosidade em matéria de saúde. A razão pode ser extraída da própria Constituição Federal e na forma como o direito e acesso à saúde foi ali idealizado.

O direito à saúde é um dos doze direitos sociais previstos no artigo 6º da Magna Carta. A ele foi destinada uma seção inteira no título VIII da ordem social, mais especificamente no capítulo II da seguridade social. Sua complexidade advém não apenas da própria administração da prestação do serviço, centralizada no Sistema Único de Saúde (SUS) com responsabilidade compartilhada entre União, Estados e Municípios, como também do caráter programático como a norma foi redigida, genérica e sempre visando deferir o máximo de direito, porém delegando sua efetiva implementação ao que viria a ser definido “na forma da lei”¹. À falta dela, o

¹ Vide, a título de exemplo, os artigos 196 e 197 que inauguram o capítulo destinado à saúde:

“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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Judiciário, provocado pela sociedade, que acreditou na concessão do direito via Magna Carta, passou a deferi-lo e, para tal, definir parâmetros que caberiam ao Legislativo e especialmente ao Executivo deliberar através de políticas públicas. Com isso, estabeleceu-se uma judicialização generalizada das atividades do poder público em torno da matéria. Os conflitos e enfrentamentos que se buscou evitar durante os trabalhos da Constituinte acabaram por se perpetuar em ações judiciais, patrocinadas pela abertura do texto constitucional.

O presente artigo visa, portanto, examinar as decisões judiciais sobre o tema de distribuição de medicamentos, voltando-se para análise econômica do direito mediante uso de instrumentos analíticos e raciocínio econômico para aferição da eficiência na obtenção, por via judicial, do bem maior traçado na Constituição Federal, qual seja, o acesso à saúde, pelo que passa o exame da alocação eficiente de recursos públicos em tais programas, e o impacto que as decisões judiciais tem sobre o orçamento destinado ao setor. O objetivo da análise econômica aqui proposta é, justamente, verificar a repercussão do intervencionismo judicial sobre o acesso à saúde - e seu eventual potencial de incentivo à litigiosidade - em comparação às escolhas feitas através de políticas públicas, e se estas tem de fato atuado em prol de maximizar o bem-estar social, o que, em caso positivo, reduziria a demanda judicial. A proposta de ponderação de valores que envolvem o tema - dignidade da pessoa humana, reserva do possível, mínimo existencial, entre outros - a partir de critérios econômicos, que examinam o custo das decisões e escolhas públicas, permite alcançar a melhor interpretação da lei, entendendo por tal aquela que melhor assegura a *ratio assendi* que justificou sua criação, sem se afastar dos custos - no sentido econômico - individuais e sociais que a mesma impõe. Por custos, tem-se não apenas o aspecto financeiro, mas também de eficiência na obtenção do direito, e sua repercussão sobre o aparelho estatal, administrativo e judiciário. O escopo, ao fim e ao cabo, não é outro que racionalizar tais escolhas e decisões em matéria de saúde, tornando-as o mais próximo da realidade da sociedade, de modo a otimizar o acesso ao direito, e evitar consequências involuntárias e indesejáveis, como decisões não cumpridas, desorganização do orçamento e do aparato estatais, e atendimento individualizado de demandas em detrimento e prejuízo de toda coletividade.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA QUESTÃO EXAMINADA: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS PARÂMETROS

A judicialização da saúde é um reflexo direto da “promessa” constitucional de universalização dos serviços prestados naquela área. Exemplo disso foi o fim

da restrição à prestação daquele serviço no âmbito público apenas àqueles que contribuísssem para Previdência Social. Para tanto, foi traçada uma complexa rede de financiamento, com competências repartidas entre os três entes estatais, União, Estado e Município, que dificulta de tal modo atribuir a responsabilização pelo fornecimento do serviço ou medicamento, que chegou-se a criar uma jurisprudência pela qual os três entes tem legitimidade para integrar o polo assivo de qualquer demanda que envolva pleitos desta natureza^{2,3}.

Neste contexto, decisões judiciais que deferem serviços de saúde ou medicamentos tem um papel singular no agravamento deste conflito de

² Por todos, vide o enunciado 43 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: “A União é parte legítima nas demandas que visem assegurar o direito às prestações do Sistema Único de Saúde – SUS.” Cabe destacar, porém, que não se trata de litisconsórcio passivo necessário, ou seja, justamente movido pela ideia de facilitar o acesso ao direito fundamental, a jurisprudência que se formou nos Tribunais Superiores foi no sentido da solidariedade entre os 3 entes públicos na obrigação de fornecer medicamentos, de modo que a propositura contra qualquer deles torna eficaz a pretensão. Vide o tema 793 do STF, julgado em 23/05/2019 (RE855178) onde fixada a seguinte tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Na mesma linha, já havia se posicionado o STJ em julgamento de repetitivo de 2014 onde fez referência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal: “PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC

1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios”, e “o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional”, razão por que “o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida” (RE 607.381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011). Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 1203244/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014)”.
3 Interessante notar que em matéria de legitimidade ativa o Superior Tribunal de Justiça aprovou, recentemente, o tema 766, reconhecendo legitimidade ao Ministério Público para requerer medicamentos mesmo em demandas individuais: “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).”(pub. 30/04/2018)

competências, ao impor uma superposição de esforços, seja no custeio dos serviços, seja mesmo nas defesas processuais simultâneas por cada um dos entes públicos. Mais que isso: a sobreposição de competências cria uma dificuldade aparte na execução das decisões judiciais, por não se saber claramente quem seria o responsável pelo cumprimento da decisão.

Indiretamente, a dita sobreposição é patrocinada pela Constituição Federal ao dispor sobre a competência concorrente para legislar sobre a matéria entre os 3 entes da federação, cabendo à União as normas gerais (artigo 24, § 1º); aos Estados, legislação suplementar (artigo 24, § 2º) e aos Municípios, assuntos de interesse local (artigo 30, I e II). Ainda, a formulação de políticas de saúde é estabelecida como competência comum entre os três entes federativos (artigo 23, II) criando maior dificuldade na implementação.

A Lei 8.080/90 buscou esclarecer o âmbito de atuação de cada ente federativo justamente de modo a assegurar a efetividade do sistema imaginado na Constituição Federal, e para tanto regulamentou o SUS (Sistema Único de Saúde) que centraliza a execução de ações nesta área. Aparte da amplitude da atuação do SUS⁴, a lei buscou dividir as competências entre Ministério da Saúde (para

⁴ Vide, por todos, a título de exemplo, os princípios e diretrizes previstos no artigo 7º da lei:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)”

o âmbito federal) e Secretarias de Saúde, estaduais e municipais, deferindo ao âmbito federal a atribuição de formular políticas públicas (artigo 16); ao Estado, a tarefa de controle na execução daquelas políticas (artigo 17) e aos Municípios, a execução propriamente dita (artigo 18), inclusive no que tange à distribuição de medicamentos (artigo 7º, IX). Esta é uma estruturação resumida e simplificada, haja vista que em determinadas circunstâncias as competências, notadamente de controle e execução, se confundem, como se lê na lei. Vide, a título de exemplo, a missão executiva de Estados e União que é admitida, ainda que apenas de modo supletivo.

Existe, também, o aspecto do financiamento do sistema, descrito nos artigos 34 e 35 da lei e que prevê transferência de recursos da Seguridade Social para o Fundo Nacional de Saúde e, dali, para fundos locais, tornando certa a responsabilidade comum pelo custeio da saúde, ainda que a obrigação seja pontualmente atribuída a um único ente federado – em regra, ao Município.

Embora possa parecer simples tal distribuição, quando aplicada à realidade, o que se tem é a sobreposição de atuações, agravada por alegações de ilegitimidade, o que, por vezes, enseja o risco de execução em duplicidade.

Especificamente quanto a medicamentos, merece menção, ainda, a Portaria 3.916/98 que instituiu a Política Nacional de Medicamentos, baseando-se no sistema de formulação de listas nos diferentes âmbitos federativos: à União, cabe a elaboração do RENAME, Relação Nacional de Medicamentos; aos Estados, a definição da lista de medicamentos de caráter excepcional⁵, com a consequente aquisição e distribuição, que conta, na execução, também com a participação da União; e aos Municípios, cabe a formulação da lista de medicamentos essenciais⁶, a seu cargo, tudo com base na RENAME. Todas as listas sofrem atualizações constantes, mediante indicação de inclusão de medicamentos por órgãos técnicos.

⁵ Por definição, tais medicamentos devem apresentar 3 características: atender à patologias específicas; que alcançam número limitado de enfermos e tenham alto custo, tudo de modo a afastá-los dos medicamentos essenciais a cargo do ente municipal. Seria o caso de medicamentos para transplantados, epiléticos; doenças genéticas, esclerose múltipla, esquizofrenia e hepatite viral. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, existe, ainda, um programa paralelo conhecido como Farmácia Popular, na qual se pode adquirir medicamentos e insumos como fraldas a preços módicos, desde que comprove mais de 60 anos, moradia em determinada região e apresente receita médica da rede pública com nome genérico da medicação.

⁶ Seriam os medicamentos mais simples e de menor custo, sempre acessíveis a toda população e voltados para sua saúde prioritária. A escolha do produto se baseia em critérios de relevância para a saúde pública e custo-efetividade. No âmbito do Rio de Janeiro, tais medicamentos estão contidos na lista REMUME.

Doutrinariamente, são propostas balizas visando ao atendimento do direito constitucional com o mínimo de intervenção judicial. Tal seria a hipótese, nas ações individuais, em que fossem deferidos apenas medicamentos já constantes em listas oficiais como o RENAME⁷. As ações coletivas, por seu turno, propostas prioritariamente pelo Ministério Público, poderiam buscar a eventual ampliação das listas oficiais, com a inclusão de medicamentos com eficácia comprovada (excluindo experimentais⁸), que fossem disponíveis no Brasil, e dando ênfase aos genéricos⁹, tudo, justamente, de modo a atentar para o menor custo da medicação. Note-se que, aparte da eventual pouca participação das ações coletivas neste quadro, por vezes, a busca judicial constante de determinada medicação provoca a atuação dos próprios órgãos técnicos do Executivo, responsável pela colaboração na formulação das listas oficiais, de modo a sugerir a inclusão de determinada medicação¹⁰.

A jurisprudência dos Tribunais, por sua vez, vem buscando assentar premissas que permitam a atuação judicial de modo coordenado e racional. E é sobre o exame destas balizas jurisprudenciais que este estudo pretende se debruçar.

O primeiro deles, e talvez mais importante por seu pioneirismo, foi aquele traçado no Agravo Regimental de Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, 24.11.2000: ali foram feitas ponderações e lançadas premissas atinentes a reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, todos princípios aplicados nas decisões judiciais que versam sobre distribuição de medicamentos e direito à saúde.

A reserva do possível, por exemplo, é princípio que se relaciona à limitação orçamentária, sendo empregada para tratar das necessidades sociais em confronto com necessidades individuais relacionadas a fornecimento de

⁷ Note-se que a proposta não é despida de eficácia pois algumas vezes, por falta hodierna de verbas, os estoques não são repostos, ensejando a necessidade de ingresso com ação judicial, apenas para regularizar o fornecimento do produto ao paciente já cadastrado em programas assistenciais públicos. Em outras oportunidades, é fornecido o medicamento constata da lista ainda que requerido outro com a mesma finalidade, quando não comprovada a ineficácia daquele que integra a lista de medicamentos dispensados gratuitamente e que constitui a opção de política pública.

⁸ De certo modo, esta sugestão da doutrina acabou por ser encampada pelo Superior Tribunal de Justiça ao impor, como requisito ao deferimento de medicamento extraordinário, que o mesmo esteja registrado na ANVISA, o que, automaticamente, afasta os medicamentos alternativos. Vide Recurso Especial 1.657.156, julgado como repetitivo com efeito vinculante (tema 106).

⁹ Previsto na Lei 6.360/76, genérico é o medicamento similar àquele de referência (de “marca” patenteado), podendo ser por ele substituído e produzido após decurso de prazo de proteção patentária.

¹⁰ Como exemplo, temos o caso do XXXX cuja inclusão no RENAME foi sugerida pelo CONITEC, Conselho Nacional ...

medicamentos de alto custo, quando, então, o atendimento de uma demanda específica, além de quebrar o equilíbrio financeiro orçamentário, impõe tratamento anti-isonômico, por privilegiar um doente em detrimento de vários outros, além da desorganização das políticas públicas traçadas pelo Executivo, que terão de redesignar verbas no intuito de cumprir as decisões judiciais. Ou seja, trata do confronto entre recursos limitados *versus* demandas ilimitadas. Este princípio, porém, tal como concebido originalmente pelo Tribunal Constitucional Alemão é flexibilizado e mesmo afastado em casos de confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado à prestação estatal que vise concretizar direito fundamental.

Neste mesmo contexto, vem o princípio do mínimo existencial, também muito mencionado nos votos desta natureza. No voto do Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 566.471 que tratou da concessão de medicamentos de alto custo, o princípio restou relacionado à imprescindibilidade do medicamento requerido e à incapacidade econômica do requerente para adquiri-lo. Entendeu o Ministro que a imprescindibilidade estaria configurada a partir do confronto entre o estado de saúde grave do paciente com a necessidade da medicação de alto custo ausente nos programas de dispensação gratuita sendo aquele o único meio para assegurar a melhora da qualidade de vida e sobrevivência do paciente demandante.

Esta é uma mera introdução às discussões judiciais a partir dos elementos expostos na lei. Nas linhas a seguir nos debruçaremos sobre os casos mais recentes decididos pelas Cortes Superiores, em especial ante a seu efeito vinculante sobre tribunais de todo o país.

3. EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

3.1 Limites fixados para a concessão de medicamentos por via judicial: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

A partir do julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental 175, o Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento acerca dos limites que o Judiciário deveria observar para deferimento de medicamentos em geral, e, a partir dos princípios já tratados de reserva do possível e mínimo existencial, fixou as bases para concessão excepcional de medicamentos específicos não dispensados hodiernamente pela administração. Ali restou consignado que **obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa**

e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. E conjugando os 2 princípios com sede constitucional já mencionados, estabeleceu que o deferimento pelo Judiciário de medicamento extraordinário – tido por tal aquele que não consta das listas oficiais de dispensação gratuita também aqui já tratadas - deve ficar restrito a hipóteses de rara e especial excepcionalidade:

- (a) quando a enfermidade do paciente não for tratada pelo SUS, ou;
- (b) quando o tratamento/medicamento disponibilizado pelo SUS não tiver eficácia comprovada no caso concreto.

Caso a doença em tela não se incluía nestas hipóteses, pelo fato do SUS disponibilizar gratuitamente outros medicamentos para o tratamento da enfermidade, não haveria que se falar em deferimento pelo Judiciário, sob pena de prejudicar o acesso universal e isonômico à saúde. E isto porque a opção pelo medicamento listado pelo Estado leva em consideração outros fatores, tal como o custo, além da eficácia comprovada e a maior incidência sobre patologias tratadas, de modo a beneficiar a maior parte da população.

Com isso, a Suprema Corte buscou privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida no tratamento individualizado, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça veio a complementar tal entendimento através do julgamento do Recurso Especial 1.657.156¹¹, originado de caso do Rio de Janeiro, no qual firmou tese através do tema 106, acrescentando mais 3 requisitos para concessão de medicamentos não incorporados por atos normativos nas listas oficiais: a prova de hipossuficiência econômica que inviabilize a aquisição do medicamento; o registro do medicamento na ANVISA; e comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Ou seja, o Superior Tribunal de

¹¹ Em que pese tratar de medicamento excepcional, a origem do processo é do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois apenas o Estado do Rio foi integrado ao polo passivo pela DPE (Defensoria Pública do Estado). O processo se iniciou em 2014 na 1ª Vara Cível de Nilópolis, passou pela 4ª Câmara Cível, e hoje, após o julgamento do RESP, encontra-se para remessa ao STF por força de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado. A autora é portadora de glaucoma e pretende a concessão de colírios não previstos nas listas oficiais de dispensação de medicamentos. Processo originário do TJ no 0015099-09.2014.8.19.0036.

Justiça ratificou os requisitos já fixados pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange à prova de ineficácia do tratamento dispensado pelo SUS, e incluiu 2 novos, relativo à capacidade financeira do requerente e ao registro do medicamento na ANVISA, afastando, assim, o fornecimento de fármacos cuja eficácia não tenha sido atestada por órgãos de controle¹².

Fixada a tese, o Superior Tribunal de Justiça se viu ainda às voltas com duas questões: a primeira, relativa ao marco temporal de aplicabilidade do seu entendimento vinculante, notadamente quanto à exigência de cumulação de requisitos, pelo que, em sede de embargos, decidiu-se que a tese seria aplicável apenas a processos distribuídos após 04/05/2018, data da publicação do acórdão originário que fixou a tese¹³.

¹² ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (STJ, REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

¹³ Para aqueles distribuídos antes e pendentes de julgamento, aplicar-se-ia a jurisprudência até então vigente, ou seja, exigir-se-ia apenas prova de imprescindibilidade do medicamento, sem qualquer exigência quanto aos outros dois requisitos cumulados:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 494, I, DO CPC/2015. CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO REPETITIVO.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de eventuais inexatidões materiais no decísum.

2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos.

3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial

A segunda questão, mais complexa, teve sua origem na exigência de registro do medicamento requerido na ANVISA – de modo a extirpar tratamentos alternativos e experimentais sem reconhecimento científico comprovado¹⁴ - por levantar a questão dos medicamentos *off label*, ou seja, para uso fora daqueles prescritos em bula.

Como se verá no tópico seguinte, a questão acabou chegando também ao Supremo Tribunal Federal, mas ainda no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, a matéria acabou sendo tratada distintamente entre Turmas de Direito Público e Direito Privado justamente com base nas diferenças legislativas, em especial quanto àquelas que regem o sistema público de saúde e os limites de atuação do Estado.

3.2 Possibilidade de concessão de medicamentos para uso *off label*: turmas de direito público versus direito privado do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do direito privado, as turmas¹⁵ destacaram a relação consumerista entre plano de saúde e contratante, entendendo abusiva a limitação posta na lei de Planos de saúde – Lei 9.656/98 – que, em seu artigo 10, permite a negativa de tratamento clínico ou cirúrgico experimental. Neste caso, de direito privado, o Superior Tribunal de Justiça deu ênfase à manifestação do médico que acompanha o paciente de modo que autorizar a exclusão, *a priori*, do tratamento, ao fundamento de que não há indicações na bula, constituiria ingerência inaceitável na ciência médica em prejuízo exclusivo do enfermo, o que violaria a relação contratual e consumerista, colocando-o em situação de desvantagem exagerada (artigo 51, IV, do CDC). Portanto, o mencionado artigo 10 da Lei dos Planos de saúde não atuaria para fins de exclusão de prestação de medicamentos *off label*, até porque, de acordo com a interpretação dada pelo

repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018). TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
 - ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
 - iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.
- Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018. (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018)

¹⁴ Entende-se por tratamento experimental, conforme definição posta na Resolução Normativa da ANS 338/2013 todo aquele que não possui as indicações descritas na bula ou manual registrado na ANS.

¹⁵ Vide, por todos, o acórdão relacionado ao Recurso Especial 1729566-SP, julgado em outubro de 2018.

Tribunal a este dispositivo, a sua restrição se volta apenas para hipóteses de medicamentos que não atendam às normas de controle sanitário ou que não tenha tido sua eficácia reconhecida pela comunidade científica¹⁶.

Mais que isso: no *leading case* das turmas de direito privado, julgado em outubro do mesmo ano, restou definido, claramente, que o uso *off label* de medicamentos, tal como definido pelo Conselho Federal de Medicina,¹⁷ justificasse em situações excepcionais, em que haja evidências científicas para uso não indicado na bula, não cabendo à prestadora de serviço de saúde se eximir do seu fornecimento.¹⁸

Importante notar que neste julgado restou claro que **uso off label não se confunde com ausência de registro na ANVISA**; ao revés, o medicamento tem de estar registrado na ANVISA e submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância, apenas não restando aprovado para determinada terapia. É o que se extrai do julgado ao fazer menção expressa ao enunciado 15 das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ.¹⁹

Entrementes, nas Turmas de Direito Público, a questão enveredou pelo uso, e seu registro na ANVISA. Ou seja, não bastaria o registro do medicamento na agência regulatória; para que o medicamento possa ser fornecido pelo SUS, o uso que se pretende fazer dele também tem de estar registrado na ANVISA. O

¹⁶ Vide Recurso Especial 1769557/CE, 3a Turma, Ministra Nancy Andrighi, publicado em 21/11/2018. Existe, ainda, caso anterior originado da mesma 3a Turma, e julgado em 28/08/2018, ou seja, depois do julgamento do caso das Turmas de Direito Público, que se deu em maio de 2018, no qual a mesma ministra já esclarecia que “A operadora de plano de saúde não pode negar o fornecimento de tratamento prescrito pelo médico, sob o pretexto de que a sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).” (Recurso Especial 1.721.705-SP) se valendo, mais uma vez, da Lei dos Planos de Saúde, artigo 10, como argumento.

¹⁷ Ou seja, “o medicamento/material médico é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento/material”.

¹⁸ Neste *leading case*, julgado um mês antes, em 30/10/2018, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, foi, ainda destacado que o mencionado artigo 10, inciso I da lei dos planos de saúde não poderia ser interpretado sem atentar para o artigo 7o, caput da lei 12.842/13 que reserva, ao Conselho Federal de Medicina, a regulamentação do que seriam os ditos tratamentos experimentais. Recurso Especial 1729566-SP, 4a Turma.

¹⁹ As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

argumento invocado foi legalista, com base no artigo 19-T da Lei 8.080/90²⁰, lei que rege o SUS, advertindo que o registro seria medida protetiva do usuário do sistema de saúde, notadamente quanto à qualidade, efetividade e segurança.²¹ Com isso, se restringiu o fornecimento no âmbito do SUS a casos em que a eficácia da medicação é reconhecida pelo órgão de controle, afastando usos alternativos para outras doenças que não aquelas reconhecidas na ANVISA²². Note-se que o julgamento foi em maio²³, ou seja, antes dos casos julgados pelas Turmas de Direito Privado, cujo julgamento mais remoto verificado remonta a agosto.

Atente-se para o fato de que a discussão remete ao registros de usos na ANVISA, e não do medicamento em si, haja vista que aquele é sempre exigido, seja no âmbito público ou privado. Vide, por todos, o tema 990 também do Superior Tribunal de Justiça²⁴.

²⁰ Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

²¹ Em sede de embargos, foi invocado, ainda, o artigo 21 do Decreto 8.077/13 pelo qual a ANVISA autoriza, por meio não definitivo que demanda aprovação, determinado uso de medicamento para além de hipóteses listadas na bula. Neste caso, o uso autorizado pela ANVISA também autorizaria o fornecimento do medicamento pelo SUS, ainda que a autorização seja precária para aquele uso.

²² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 106. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO. VEDAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA USO OFF LABEL. 1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material. 2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto, verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento. 3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento. 4. A pretensão de inserir requisito diverso dos fixados no acórdão embargado para a concessão de medicamento não é possível na via dos aclaratórios, pois revela-se como mero inconformismo e busca de rejuízo da matéria. 5. No caso dos autos, faz-se necessário tão somente esclarecer que o requisito do registro na ANVISA afasta a possibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label, salvo caso autorizado pela ANVISA. 6. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, para esclarecer que onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

²³ Ainda que os embargos, que deram origem aos adendos aqui tratados quanto ao registro dos usos, tenha sido julgado apenas em 12/09/2018.

²⁴ “As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela

Percebe-se, assim, a adoção de uma postura mais restritiva do Tribunal superior quando se trata de dispensação gratuita de medicamentos, em comparação com o mesmo expediente que venha a ser custeado por plano de saúde privado. A razão, embora não explícita – e aparte da relação contratual de índole consumerista que se estabelece entre plano de saúde e contratante – é justamente que, no caso das turmas de direito público, estar-se-ia a lidar com orçamentos públicos voltados a atender às necessidades de toda a coletividade e independente de contrapartida financeira. Mais uma vez, tem-se a questão da reserva do possível incidindo na hipótese.

Note que esta interpretação restritiva já é um reflexo da evolução jurisprudencial daquele Tribunal Superior. A título de comparação, trazemos um caso de 8 anos antes, julgado em 2010, ainda pelo Ministro Luiz Fux, então como integrante do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi deferido medicamento para uso *off label* – paciente com doença diversa daquela para o qual era indicado o medicamento – mediante mera prova de hipossuficiência. O fundamento então usado foi de que não basta deferir tratamento mas que este tem de ser o mais adequado e eficaz – ainda que, no caso concreto, houvesse dúvida quanto à eficiência do produto no combate à doença. Importante destacar que este era um caso em que se envolvia o fornecimento, ainda, de medicamento de alto custo,²⁵ um outro tema a ser tratado pelo próprio Supremo Tribunal Federal

Anvisa”. fixado no julgamento do RESP 1.712.163-SP em 26/11/2018, em caso no qual se perquiria sobre o fornecimento do medicamento Harvoni, para tratamento de hepatite C junto à Amil e Itauseg. (também envolveu o exame do caso do RESp 1.726.563, no qual a Amil Assistência Médica Internacional S.A. se recusou a cobrir despesas com tratamento de câncer de pâncreas à base dos medicamentos Gencitabina e Nab-Paclitaxel (Abraxane).

²⁵ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.
2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.
3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, in verbis: “Fornecimento de

Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 1 O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2 Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo.

Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 3 De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS não seriam passíveis de ampla deliberação no juízo do pedido de suspensão, por constituírem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejara a tutela antecipada. Aduziu, ademais, que, ante a natureza excepcional do pedido de contracautela, a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde

separadamente nos autos do Recurso Extraordinário 566.471 (tema 6).

Esclarecidos os termos em que o Superior Tribunal de Justiça entende a questão do registro do medicamento na ANVISA, passemos ao exame do mesmo requisito e sua interpretação dada pela Suprema Corte do país.

3.3 O requisito do registro na ANVISA examinado pelo Supremo Tribunal Federal:

Em 22 de maio de 2019 o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, com repercussão geral, iniciado 3 anos antes, em 15/09/2016, e firmou o entendimento padrão de que, como regra, o Estado não é obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na ANVISA.

da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, tendo o pedido formulado, neste ponto, nítida natureza de recurso, o que contrário ao entendimento fixado pela Corte no sentido de ser inviável o pedido de suspensão como sucedâneo recursal. Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Por fim, julgou-se improcedente a alegação de temor de que esta decisão constituiria precedente negativo ao poder público, com a possibilidade de resultar no denominado efeito multiplicador, em razão de a análise de decisões dessa natureza dever ser feita caso a caso, tendo em conta todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.”(STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010.

4. Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente.

5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal:“(…)Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79 (...)” fl. 312 6. In casu, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.

7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame “pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)” realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado “positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV” (fl. 26).

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010)

O julgamento se iniciou com o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, negando provimento, em um primeiro momento, ao recurso que buscava a concessão do medicamento, com base em 3 argumentos essenciais: o artigo 12 da Lei 6.360/76, que impõe o registro²⁶ no Ministério da Saúde como condição para industrialização, comercialização e importação do medicamento; o fato do registro ser condição para que a ANVISA monitore a segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto; e o fato do Estado não estar obrigado a fornecer medicamento sem prova de eficácia ou com substituto com a mesma eficácia e menor custo²⁷.

Em seguida, votou o Ministro Barroso, dando parcial provimento ao recurso, para determinar o fornecimento do medicamento, considerando que, no curso da ação, ele foi registrado na ANVISA e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita.

Teceu, porém, algumas considerações **partindo da regra geral de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA**. A partir desta premissa, seu voto foi cindido em dois sentidos: o primeiro, extremo, destacando que medicamentos experimentais sem comprovação científica, estão fora do âmbito de concessão judicial; o segundo, se atendo aos medicamentos não registrados na ANVISA mas com eficácia comprovada, os quais seriam passíveis de concessão judicial desde que comprovada mora de mais de um ano da parte da ANVISA para apreciar o pedido de registro. Neste caso, o Ministro destacou que o fármaco teria de atender a 3 requisitos cumulativos:

²⁶ No aditamento ao voto, o Ministro esclareceu que a formalidade legal é atendida com a mera manifestação da ANVISA, à luz da Resolução RDC 8/2014 da mesma agência que prevê autorização específica do órgão para “autorizar a importação de medicamentos constantes na lista de medicamentos liberados em caráter excepcional destinados unicamente a uso hospitalar ou sob prescrição médica, cuja importação esteja vinculada a uma determinada entidade hospitalar e/ou entidade civil representativa ligadas à área de saúde, para seu uso exclusivo, não se destinando à revenda ou ao comércio”. Como a mesma resolução prevê critérios para inclusão de fármacos na lista de importados, uma vez constante nesta lista, presumir-se-ia o cumprimento da exigência legal de controle pela ANVISA. O caso era justamente de importação de medicação às expensas do erário.

²⁷ Com o pedido de vista do Ministro Barroso, o relator aditou seu voto para propor a votação da seguinte tese: “o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na ANVISA, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem.” E acabou por mudar o sentido de seu voto, considerando que o caso em tela era de importação e o medicamento vindicado tinha registro em seu país de origem e cumpria as exigências da Resolução RDC 8/2014 para importação excepcional de medicação, dentre elas, não haver similar em território nacional. De acordo com a resolução mencionada, as exigências para inclusão de remédios na lista de importação em caráter excepcional são cumulativas e seriam:

- a) indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro;
- b) ausência de opção terapêutica para a indicação pleiteada;
- c) comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico-científica indexada;
- d) comprovação de que o medicamento apresenta registro no país onde está sendo comercializado, na forma farmacêutica, com via de administração, concentração e indicação terapêutica requerida.

pedido de registro no Brasil; registro do medicamento em agências renomadas e inexistência de substituto terapêutico em território nacional.²⁸

O Ministro Edson Fachin também deu integral provimento ao recurso, para que o medicamento fosse imediatamente entregue à parte autora, valendo-se, dentre outros argumentos, do fato do fármaco já haver sido integrado à lista de dispensação gratuita do SUS. Em seu voto, porém, ingressou na questão de política regulatória e seu controle pelo Poder Judiciário, **de modo que a única justificativa para a intervenção judicial em conceder um medicamento não registrado seria nos casos de descumprimento dos parâmetros daquela política.**²⁹

Com o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, e seu subsequente falecimento em 2017, o julgamento ficou suspenso até 2019, com a recente manifestação final da Corte, por maioria, no sentido de que **não cabe fornecimento de medicamento, por via judicial, experimental ou sem registro na ANVISA, ressalvadas as exceções apresentadas pelo Ministro Barroso** (tais como a inexistência de substituto terapêutico e a existência de registro em agências estrangeiras de renome).

A partir do voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou o Ministro Barroso, ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 19-T da lei 8.080/90 (que justamente veda uso de recursos públicos para aquisição de medicamento experimental ou não autorizado pela ANVISA), formou-se uma maioria em torno do provimento parcial do recurso³⁰, de modo a fixar a tese exposta no **tema 500** nos seguintes termos:

“1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.

2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

²⁸ Como o deferimento do pedido neste caso pressuporia a mora da ANVISA, as ações deveriam ser propostas, necessariamente, com a integração do polo passivo pela União (recaindo a competência, por consequência, justamente na Justiça federal).

²⁹ Neste caso, o Poder Judiciário, ao atuar, deveria realizar o controle do ato da ANVISA, em não registrar a medicação, sob 4 aspectos não-cumulativos:

- a) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei nem pode existir abuso de poder;
- b) controle da motivação, ou seja, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública;
- c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, isto é, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e
- d) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (CF, art. 5º, LXXVIII).

³⁰ Votaram com o Ministro Barroso os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, e Edson Fachin, ficando vencidos o relator original, Ministro Marco Aurélio e o Ministro Dias Toffoli que negavam provimento ao recurso.

3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

(i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);

(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

(iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”

Em todos os votos, porém, o que se percebeu foi uma **nítida preocupação de ordem econômica com decisões judiciais concessivas de tais medicamentos** - em regra, de alto custo - face o orçamento estatal e planejamento de políticas públicas, sopesando o direito de acesso à saúde individual *versus* o direito coletivo, face à arrecadação estatal, seu orçamento e sua destinação à saúde feita através de políticas públicas, sob pena de **transmutar-se universalidade em seletividade**, pois aqueles que obtêm uma decisão judicial favorável a tal concessão acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada.³¹

Esta preocupação de cunho econômico, que passa pelo exame do mínimo existencial *versus* a reserva do possível – no que toca às limitações orçamentárias do Estado - parece ser a linha de entendimento que será adotada em outro julgamento, do RE 566.471-6/RN, que trata especificamente de concessão de medicamentos de alto custo e onde será definido o tema 6 acerca da matéria.

3.4 A repercussão geral de medicamentos de alto custo. O conceito nos tribunais superiores de medicamentos de alto custo. A obrigatoriedade de manter medicamento de alto custo em estoque (RE429903)

Finalmente, chegamos à questão dos medicamentos de alto custo, que retrata, de modo mais contundente, a repercussão econômica das decisões judiciais em políticas públicas a ponto de sua repercussão geral já haver sido reconhecida pelo

³¹ Parte final extraída do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

Supremo Tribunal Federal, desde 2007, através do julgamento do RE 566.471/RN, pautado para julgamento final em 13/06/2019.³²

O julgamento da matéria foi iniciado em 2016 com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, negando provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Norte, por entender que o Estado pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamento de alto custo desde que comprovada a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do requerente. Definiu o requisito da imprescindibilidade como sendo a demonstração de adequação do tratamento pretendido e sua necessidade, ante a impossibilidade de substituição do fármaco e impossibilidade financeira do requerente para sua aquisição.³³

Como se vê, em que pese o paradigma destacar o aspecto do custeio, a discussão ali travada vai muito além, de modo a alcançar mesmo a discussão acerca de limites à entrega de tratamentos médicos não incorporados pelo SUS, independentemente de seu custo. Isso é o que se extrai dos votos já proferidos nas sessões de 15.09.2016 e 28.09.2016, onde se destaca a discussão acerca da própria extensão do dever do Estado em assegurar acesso à saúde, especificamente quanto à obrigação de entregar remédio/tratamento demandado individualmente, o que perpassa também pelo recente julgamento do STF sobre concessão de medicamentos não registrados na ANVISA e o entendimento ali fixado sobre a excepcionalidade de tal possibilidade.

Em seu voto vista, proferido na sessão seguinte, o Ministro Barroso também negou provimento ao recurso do Estado, mas enfatizou a judicialização excessiva em torno da matéria, destacando **não ser o Poder Judiciário a instância adequada para definição de políticas públicas de saúde**, fato renitente ante a profusão de decisões deferindo a concessão de medicamentos extraordinários, com toda a repercussão econômica para o orçamento estatal, inclusive bloqueio via BACENJUD de valores para cumprimento de tais decisões. Destacou o Ministro em seu voto a importância dos estudos técnicos empreendidos por órgãos próprios

³² E onde fixado o último tema sobre a matéria: “O dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para compra-lo.” (tema 6)

³³ Na ocasião, apresentou a seguinte proposta de tese a ser votada em Plenário: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso”.

como o CONITEC³⁴ e dividiu os casos em duas espécies: aqueles em que a demanda judicial visa a medicamentos já incorporados à lista do SUS, e os de medicamentos não incorporados. No primeiro caso, não haveria dúvidas sobre a legitimidade da atuação do Judiciário pois estaria apenas efetivando políticas públicas já definidas pelo Estado através do SUS: neste caso, caberia apenas a prova da necessidade do medicamento e da prévia tentativa de obtenção na via administrativa.

A segunda espécie, porém, seria a mais complexa pois envolveria a intervenção, ainda que por via transversa, do Poder Judiciário em políticas públicas a cargo do Poder Executivo, ao deferir a concessão de medicamentos não incorporados, inclusive de alto custo. Neste caso, **o Ministro definiu como regra que o Estado não está obrigado a fornecer o produto.**³⁵

O Ministro propôs, então, 5 requisitos cumulativos que deveriam ser observados na hipótese, excepcional, de concessão de tais medicamentos não incorporados à lista do SUS:

- 1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- 2) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
- 3) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- 4) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências;
- 5) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo³⁶.

³⁴ Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, órgão criado pela Lei 12.401/11 e dentre cujas funções estaria opinar sobre o ingresso de medicamentos na lista de dispensação gratuita do SUS, a partir de critérios técnicos de custo-benefício. Nos casos de ações propostas em face da União as manifestações técnicas de tal órgão são juntadas, como justificativa para a não incorporação do medicamento pretendido, e indicação de substitutivo farmacológico já incorporado.

³⁵ Enfatizando a questão da reserva do possível, o Ministro destacou em seu voto: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas.”

³⁶ O Ministro enfatizou, por fim, a necessidade de diálogo do Poder Judiciário com as áreas técnicas de saúde, que definem políticas públicas (NATs e CONITEC), seja para a verificação da presença dos requisitos cumulativos por ele propostos, seja para aferição sobre a possibilidade de incorporação do medicamento à lista do SUS.

Na prática, nas ações que tramitam na Justiça Federal - em face da União, portanto - os juízos de 1ª instância, antes mesmo de decidirem acerca de pedido liminar, já intimam os Núcleos de Apoio Técnico (NATs) sobre a pertinência do medicamento requerido para o tratamento da doença e sua eventual incorporação ao SUS. Em

Neste sentido, o Ministro Barroso propôs nova tese, distinta daquela apresentada pelo relator, com a seguinte redação: **“O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”**.

O Ministro Fachin, por seu turno, deu parcial provimento ao recurso por entender que, inobstante haja direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, tais demandas, que envolvam medicamento ou tratamento não incorporado, devem ser articuladas por meio de ação coletiva, de modo a conferir máxima eficácia ao requisito da universalidade que rege o direito à saúde. Neste sentido, a prestação individual deve ser excepcional até por demandar ampla produção de prova que comprove que a opção eventual existente na rede pública se mostra ineficaz para o tratamento no caso concreto, ao mesmo tempo em que demonstre que a opção vindicada é segura³⁷.

Tal como no caso do registro da ANVISA, o julgamento restou suspenso por pedido de vista do falecido Ministro Teori e deve ser retomado apenas em 23 de outubro de 2019, ante a apresentação de petição na véspera do julgamento marcado para 13 de junho.

De todo modo, o que se extrai de ambos os julgamentos, tanto no caso do registro da ANVISA já encerrado, como neste último sobre medicamento de alto custo, é uma preocupação latente da Suprema Corte do país com a crescente judicialização da saúde buscando, de modo a coibi-la, fixar requisitos cumulativos para tornar excepcional a própria viabilidade de tais ações judiciais. Esta é uma

suas manifestações, o NAT se pronuncia não apenas sobre tais questões mas também sobre a existência de registro na ANVISA para o medicamento, eventual uso *off label* e sobre a existência de terapias substitutivas já incorporadas ao SUS, enfatizando a questão do custo-benefício. As manifestações do CONITEC são encaminhadas, como regra, com a defesa da União, e enfatizam as razões pelas quais o medicamento não foi incorporado, dando ênfase ao custo-benefício que determinou a incorporação de seu substitutivo.

³⁷ Com isso, o Ministro apresentou os 5 requisitos que, no seu entender, deveriam estar presentes para que houvesse a excepcional concessão de medicamento na via judicial, notadamente através de demanda individual:

- 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública;
- 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública;
- 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional);
- 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública;
- 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

estratégia que já se podia extrair dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, onde fixados critérios cumulativos para a dispensação de medicamentos não incorporados ao SUS, tudo de modo a limitar a intervenção do Judiciário em políticas públicas nesta área, ainda que por via indireta.

4. CONCLUSÃO

A partir do exame da jurisprudência aqui colacionada, pode-se concluir que os reflexos econômicos da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas atinentes a medicamentos vem se apresentando como a pedra de toque a nortear as decisões daqueles Tribunais, notadamente no que tange aos limites de atuação do Judiciário a fim de assegurar o direito constitucionalmente previsto.

Neste sentido, especificamente quanto a limites orçamentários, cumpre destacar o ideal da “reserva do possível” o qual não pode ser afastado mesmo diante de direitos com *status* constitucional pois todas as demandas, e em especial aquelas que envolvem direitos sociais, possuem um custo. Esta é a lição que se extrai da doutrina estrangeira mais vanguardista nesta seara³⁸.

O desafio, portanto, está em assegurar a “boa convivência” entre os princípios básicos aqui destacados ao longo do texto, ponderando tais limitações de recursos públicos com a própria ideia do mínimo existencial, o qual não tem como ser olvidado sempre que se trata de tais direitos fundamentais, por ser os gastos com saúde e vida prioritários para a Administração Pública, dentro de um Estado Democrático de Direito, impactando diretamente na aplicação da teoria da Reserva do Possível.

Nesta perspectiva, também seria desejável que a Administração Pública comprovasse a impossibilidade de realização da medida pleiteada, expondo os prejuízos orçamentários decorrentes de sua adoção.³⁹ A busca de comprovação

³⁸ Vide, por todos, Sustain, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental 175:

“Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999). (grifos nossos)

³⁹ Vide o Agravo Regimental no RESP nº: 1107511 RS 2008/0265338-9 de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

da melhor escolha em torno da política pública adotada, notadamente quanto aos custos envolvidos *versus* o benefício pretendido com a opção individualizada na ação judicial, é que corrobora a participação, cada vez mais ativa, de órgãos técnicos como NAT (Núcleos de Apoio Técnico a demandas de Saúde) e CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) na tomada de decisões judiciais, aspecto também destacado pelo Ministro Barroso em seu voto no RE 566.471/RN cujo julgamento final foi adiado para outubro de 2019.

Percebe-se, ainda, uma progressiva evolução no emprego do referido princípio da reserva do possível, pois embora originalmente ele apenas tenha sido invocado em casos em que a prestação de saúde pretendida fosse extraordinária - ou seja, quando o tratamento requerido não fosse fornecido pelo Sistema Único de Saúde - hoje, além deste requisito, também necessário se faz a prova de sua imprescindibilidade, ou seja, de que o tratamento extraordinário é praticamente a única solução para o estado de saúde do requerente. A evolução na forma de emprego do princípio é mais uma sinalização na direção de que as decisões judiciais que impliquem em alteração/modificação de tais políticas públicas de saúde devem ser tornar cada vez mais raras, em apoio a legitimação das decisões tomadas pela Administração Pública em torno da matéria.

Seguindo na linha da evolução jurisprudencial, novas questões também surgem a partir da ênfase dada à reserva do possível nas decisões mais atuais como, por exemplo, a questão da prova de hipossuficiência econômica exigida como requisito cumulativo pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do tema 106 recém editado: qual seria o meio de prova de tal requisito e se seria oponível, para tal finalidade, prova de tratamento no SUS como meio de demonstração da hipossuficiência econômica necessária ao deferimento.

“ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.”

Aparte dos novos questionamentos que começam a surgir, podemos, porém, concluir que a tendência da Suprema Corte brasileira, desde o *leading case* STA 175, é no sentido de ratificar as opções feitas pelo Poder Executivo, dentro da percepção de que a Administração Pública adota critérios plausíveis quando incorpora um medicamento à listagem daqueles que serão gratuitamente distribuídos, sendo inviável ignorar tais parâmetros a fim de satisfazer a demanda de uma pessoa isoladamente. Com isso corrobora a percepção, ainda que por via transversa, de que medicamentos ou tratamentos em desconformidade com o protocolo do SUS devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar consenso firmado por órgãos técnicos da Administração. Mais do que isso: a gestão do SUS, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Com esta opção hermenêutica o Supremo Tribunal Federal busca, em última análise, legitimar cada vez mais as políticas públicas, atentando para os limites de atuação judicial e para o próprio princípio da separação de poderes que norteia a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Tal percepção é corroborada por estudos sobre o tema que abordam a questão da análise econômica do direito, onde se conclui que o benefício obtido com a distribuição direta de medicamentos a pretexto de assegurar acesso à saúde é menor do que aquele que se obtém com políticas públicas indiretas, como saneamento básico e fornecimento de água potável, ante seu caráter preventivo, com alcance maior a custos menores. A situação é agravada pela falta de conhecimento técnico na opção por tal ou qual medicamento, o que também se busca ilidir com a participação, ainda que meramente consultiva, de órgãos técnicos do Executivo, como o NAT em cujas manifestações nos processos são fornecidas informações tais como a indicação médica do remédio pleiteado, seu registro na ANVISA, e a justificativa para a opção estatal pela escolha de outro substitutivo que não aquele pretendido na ação, o que, em regra, passa, justamente pela relação de custo-benefício.

Os mesmos estudos apontam que a intervenção contínua do Judiciário na distribuição de medicamentos a pretexto de assegurar o acesso à saúde previsto constitucionalmente apoiada em uma abordagem individualista de problemas sociais, sem a preocupação com a alocação de recursos públicos e os reflexos orçamentários para a efetivação de políticas públicas que ficam a cargo do Poder Executivo, também traz como consequência o aumento da desigualdade social, pois o acesso qualificado ao Judiciário pressupõe conhecimento de direitos,

condições financeiras (pelos custos judiciais do processo), e acesso a advogados, ou seja, alcança litigantes de nível social superior, em prejuízo aos mais pobres para os quais a distribuição gratuita de medicamentos é a única opção viável. Também para evitar a perpetuação desta conclusão é que as decisões judiciais paradigmáticas aqui examinadas, notadamente da lavra do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, passaram a exigir a comprovação de hipossuficiência econômica, conforme já visto.

Segundo dados do Ministério da Saúde divulgados na internet, até 2016 o governo federal já havia cumprido 16,3 mil decisões sobre fornecimento de medicamentos e entre 2010 a 2015, houve aumento de 727% nos gastos referentes à judicialização dos pleitos por medicamentos. As decisões das cortes superiores, portanto, espelham a preocupação com esta crescente judicialização da matéria e sua clara repercussão econômica no orçamento dos entes públicos que, não poucas vezes, ficam sem estoques para compor a própria lista oficial do SUS, obrigando por vezes o cidadão a ingressar com ações apenas para obter o que já consta do RENAME⁴⁰.

Assim, ainda que não se possa saber de antemão qual será o entendimento da Suprema Corte em relação ao último debate travado em torno da matéria e atinente a medicamentos de alto custo (tema 6 do Supremo Tribunal Federal), o que repercutirá diretamente na análise econômica de tais demandas, já é possível concluir, pelo histórico dos acórdãos do STF, confirmados pelas últimas teses fixadas, que existe uma clara preocupação em se tutelar o direito à saúde, como corolário do bem maior que é a vida, da forma mais eficiente possível a fim de dar concretude ao art. 196, mas sem se apartar da preocupação latente com os gastos públicos daí advindos. Com efeito, as decisões judiciais reiteram que é dever do Estado (*latu sensu*) assegurar prestações de saúde, o que se extrai da norma constitucional, com *status* de direito fundamental, mas que este direito é de todos, de modo que o reconhecimento daquele em uma demanda individualizada não pode vir a obstar, pelos gastos públicos ali assumidos, o exercício do mesmo direito a toda sociedade.

Rio de Janeiro, 24 de junho de 2019.

⁴⁰ No que toca à exequibilidade de tais decisões, importante notar que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de abril de 2017, admitiu, expressamente, a imposição de multa diária cominatória (astreintes) face a ente público, não havendo justificativa para mitigar o instrumento processual, em especial em se tratando de direito à saúde, sob pena de ser subvertida a garantia fundamental com previsão constitucional e ensejando a aprovação do tema 98 do Superior Tribunal de Justiça (Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. (pub. 22/06/2017)). Com isso, o descumprimento da decisão judicial, por qualquer razão que seja, torna ainda mais gravosa e custosa a decisão individual exarada.

5. BIBLIOGRAFIA

POSNER, Richard A., *Economic analysis of Law*, 1992

GALDINO, Flavio, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005

BARCELLOS, Ana Paula, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, RDE 3:32, 2006

BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002

GOUVEA, Marcos Maselli, *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*, Revista Forense 37:108, 2003

GAURI, Varun, *Social Rights and Economics: Claims to health care and education in developing countries*, World Development 32 (3): 465, 2004

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos, *Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social*, Revista de Direito Social 20: 58, 2005

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen, *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo, *O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível*, 2004

A PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS: UMA POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ, EFICIENTE E EFETIVA?

*Caroline Somesom Tauk, Mestre em Direito Público da UERJ.
Visiting Scholar na Columbia Law School – EUA. Juíza Federal na
2ª Região*

*Eduardo Aidê Bueno de Camargo, Mestre em Direito Público da
UERJ. Juiz Federal na 2ª Região*

Resumo: A implementação e a execução das políticas públicas no Brasil possuem déficits consideráveis de gestão. Talvez o mais flagrante seja quanto ao monitoramento da eficácia, eficiência e efetividade de tais políticas. De uma forma geral, as políticas públicas, sejam elas no âmbito federal, estadual ou municipal, carecem de dados confiáveis para diagnóstico do problema e avaliação dos meios. Esta pesquisa teve como objetivo investigar a realização do monitoramento da última política pública de prevenção ao uso de drogas no governo federal previsto no Plano Plurianual do quadriênio de 2012-2015 (*Programa 2060*), com foco também no programa do governo federal de combate ao uso de crack, “*Crack, é possível vencer*”. A análise final sugere que a política pública referida carece de dados (prévios, contemporâneos e posteriores) para um perfeito de diagnóstico do problema e da eficiência dos meios e, ainda, possui metas específicas modestas para o problema completo ou extremamente genéricas, o que, somadas com a carência de dados, dificultam enormemente o aperfeiçoamento e o incremento da política pública.

Palavras-chave: Monitoramento de Políticas Públicas. Prevenção do Uso de Drogas. Gestão Governamental.

1. INTRODUÇÃO

O uso de drogas é uma realidade que vem afetando todos os segmentos sociais e está relacionado a um conjunto de fatores históricos, sociais, culturais e econômicos, o que torna o seu combate um desafio para os gestores públicos e o restante da sociedade.

Embora o cigarro ainda seja a substância que mais mata os brasileiros¹, o consumo de drogas ilícitas no país tem atingido percentuais significativos. O Brasil é um dos maiores mercados para cocaína, por exemplo, com prevalência de usuários que supera a dos Estados Unidos e atinge mais de quatro vezes a média mundial, de acordo com penúltimo relatório feito pelo *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) e publicado em 2015².

O tema, evidentemente, é preocupante e gera discussão no âmbito nacional e internacional sobre as melhores políticas públicas a serem adotadas para o combate ao uso de drogas ilícitas. Atualmente, o centro dos debates está na razoabilidade e na efetividade da criminalização do uso de drogas como forma de medida preventiva. Os defensores da legalização e descriminalização acreditam que uma mudança legislativa poderia resolver esse complexo problema. Em sentido contrário, há aqueles que sustentam que uma solução repressiva, exclusivamente penal, seria necessária para a diminuição do uso.

Nesse cenário polarizado, longe de um dualismo equivocados, voltamos nossa atenção para as recentes políticas públicas desenvolvidas para assegurar o combate efetivo ao uso de drogas pela população brasileira. Dentre elas, daremos ênfase às políticas de *prevenção* ao uso e ao seu monitoramento. Com este propósito, (i) iniciamos delineando os aspectos gerais da política pública sobre drogas após a Lei 11.343/2006, a qual evidencia que, para que o Sistema Nacional tenha êxito, é essencial a participação dos cidadãos, somando esforços com o Estado, nas esferas federal, estadual e municipal, e com a iniciativa privada. (ii) Em seguida, listamos os objetivos gerais previstos na Lei

¹ Segundo a Organização Mundial de Saúde, o tabaco é um dos fatores mais determinantes da carga global de doenças no mundo. Metade da população dos homens e um décimo da população das mulheres, em torno de 30 milhões de pessoas, serão fumantes a cada ano e quando envelhecerem. Os dados foram obtidos em: *II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD) 2012*. LARANJEIRA, Ronaldo (supervisão). São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e Outras Drogas (INPAD), UNIFESP, 2014.

² Relatório feito por: *World Drug Report 2015*. In: UNODC Research. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em 17 jul. 2019.

11.343/2006, bem como destacamos os objetivos da última política pública (concluída) de prevenção ao uso de drogas no governo federal previsto no Plano Plurianual do quadriênio de 2012-2015 (*Programa 2060*), com foco também no programa do governo federal de combate ao uso do *crack*, "*Crack, é possível vencer*", inserido no referido Programa. (iii) Por fim – sendo tema de mais alta relevância – tratamos do monitoramento, consistente na atividade de contínuo e sistemático acompanhamento do resultado e do desempenho dos programas em conformidade com as metas pré-estabelecidas.

Pretendemos, com essa breve e introdutória pesquisa, dar luzes a um tema que afeta milhares de pessoas direta e indiretamente, gerando custos sociais e econômicos que demandam estudos e avaliações sobre a efetividade das políticas públicas.

2. O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

2.1. Delimitação da Política Pública

O estudo dos marcos legais relacionados às políticas públicas sobre drogas é indispensável para o conhecimento das diretrizes norteadoras das ações da Administração Pública nas áreas de redução da demanda e da oferta de drogas.

A Lei 11.343/06, Lei de Drogas, substituiu as Leis 6.368/76 e nº 10.409/02, suplantando uma legislação de trinta anos que se mostrava obsoleta e em desacordo com os avanços científicos e as transformações sociais. A nova Lei instituiu o *Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas* (SISNAD) e demonstra seu alinhamento tanto com a Política Nacional sobre Drogas (PNAD) até então vigente no país³, quanto com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Para os fins do SISNAD, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A Lei 11.343/2006 confere ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de *prevenção, atenção e reinserção social* de usuários e dependentes de drogas, bem como as de *repressão* da produção não autorizada e do tráfico de drogas⁴.

³ A Política Nacional sobre Drogas foi aprovada pela Resolução nº 03/GSIPR/CH/CONAD, de 27/10/2005.

⁴ Art. 3º da Lei 11.343/2006. In: *PRESIDÊNCIA*. Legislação. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

A relevância da *participação social* nas atividades do SISNAD, prevista na lei como um de seus princípios, demonstra que toda a sociedade foi convidada a participar e discutir sobre as políticas públicas sobre drogas, de modo a promover consensos nacionais para o estabelecimento dos seus fundamentos e estratégias, deixando evidente o papel de destaque que os cidadãos desempenham nas políticas públicas sobre drogas. No mesmo sentido, o SISNAD adota o princípio da *responsabilidade compartilhada* entre Estado e Sociedade, buscando a cooperação entre a Administração Pública, terceiro setor e cidadãos. A fim de estimular a participação da iniciativa privada na reinserção do usuário e dependente de drogas no mercado de trabalho, a Lei 11.343/2006 prevê que entes federativos poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção do usuário no mercado de trabalho.

Destaca-se também na organização do SISNAD o seu caráter *descentralizado*. As atividades realizadas pelo Sistema seguem orientação central, competindo ao Poder Executivo Federal a orientação central das atividades, contudo, a execução é descentralizada nas esferas federal, estadual e municipal, conforme regulamentação feita pelo Decreto 5.912, de 27/09/2006.

Na esteira do art. 243 da Constituição Federal e do art. 63 da Lei 11.343/2006, o custeio das atividades do Sistema Nacional é feito, em parte, pelos bens de valor econômico apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de drogas, após serem declarados perdidos em favor da União por decisão judicial. Além desses, os recursos do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD)⁵ são constituídos de dotações específicas estabelecidas no orçamento da União e de doações.

Delineados os aspectos gerais da política pública sobre drogas, concluímos que o Sistema Nacional possui dois pilares: a *democratização* e a *descentralização das atividades* realizadas no âmbito do sistema. A Lei 11.343/2006 deixa claro que, para que o Sistema Nacional traga bons frutos, é essencial a participação dos cidadãos, somando esforços com o Estado, nas esferas federal, estadual e municipal, e com a iniciativa privada.

2.2. A política pública de prevenção

A definição dos objetivos buscados por uma política pública determinará a

⁵ Os recursos do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), em síntese, são destinados ao desenvolvimento, à implementação e à execução de ações, programas e atividades de repressão, de prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes de drogas, conforme dispõe o art. 4º do Decreto 5.912, de 27/09/2006.

moldura dentro da qual ela deve ser conduzida e será essencial para a escolha e adoção dos melhores meios e ferramentas para a concretização deles. Ao definir os objetivos, o órgão responsável pela idealização e criação da política pública atende aos princípios da transparência e da eficiência, este último previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e permite aos demais órgãos públicos, sociedade e iniciativa privada compreender como podem contribuir na consecução dos resultados propostos.

Em razão da sua importância para o combate às drogas, analisaremos as atividades de prevenção ao uso indevido de drogas, afinal, é da sabedoria popular que “prevenir é melhor do que remediar”. Embora a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito sejam objetivos da Lei 11.343/2006, sua abordagem extrapola o foco deste trabalho.

Considera-se prevenção tudo aquilo que possa ser feito para evitar, impedir, retardar, ou minimizar o uso e os prejuízos relacionados ao consumo de drogas. A execução deve ser descentralizada nos municípios, os quais são incentivados a instituir, fortalecer e divulgar o seu Conselho Municipal sobre Drogas, com o apoio dos Conselhos Estaduais de políticas públicas sobre drogas e da sociedade, adequada às peculiaridades locais e priorizando as comunidades mais vulneráveis, identificadas por um diagnóstico⁶.

A prevenção do uso está relacionada com uma importante - e talvez a mais efetiva - forma de combate às drogas: a diminuição da demanda. Não é por outra razão que as ações de prevenção são objeto de pesquisa de diversos organismos internacionais, como o *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (EMCDDA), o qual se preocupou em definir *padrões de qualidade* na prevenção de drogas, que visam ao melhor e mais apropriado caminho para implementar uma intervenção⁷. Segundo o Manual da EMCDDA, identificar os melhores meios de dar apoio às pessoas jovens, particularmente os jovens usuários de drogas, e lhes fornecer ajuda nos momentos difíceis de suas vidas é um dos principais objetivos da prevenção de drogas. O Manual acrescenta que, em geral, as intervenções de prevenção são aquelas que promovem a saúde, ajudam as pessoas a fazerem

⁶ Informação extraída da página eletrônica do Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁷ *European drug prevention quality standards. A manual for prevention professionals.* – n.7. In: EMCDDA Manuals. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. Disponível em: < http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/646/TD3111250ENC_318193.pdf>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

escolhas saudáveis e conscientes, reduzem vulnerabilidades e comportamentos de risco e/ou aumentam a inclusão e igualdade social.

No âmbito específico do Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas, as ações de prevenção realizadas pelas instituições governamentais e não governamentais possuem os seguintes enfoques: (i) *Prevenção universal*: dirige-se à população em geral (usuária ou não de drogas), com o objetivo prevenir ou retardar o uso indevido de drogas; (ii) *Prevenção seletiva*: dirigida a grupos específicos da população, visa a identificar os fatores de risco associados ao uso indevido de drogas e atuar de forma a atrasar ou impedir o seu abuso, e (iii) *Prevenção indicada*: planejada para indivíduos que já apresentam os primeiros sinais de uso abusivo de drogas e pretende prevenir a evolução de um possível quadro de dependência e suas complicações. Além disso, reconhecendo a importância das ações de educação preventiva, o Sistema Nacional dispõe de cursos de capacitação direcionados aos diversos segmentos da sociedade, como educadores de escolas públicas e lideranças religiosas de diferentes doutrinas.

Por fim, apesar de não ser o foco deste trabalho, cabe aqui uma observação sobre as políticas de atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas e respectivos familiares. As atividades de atenção e reinserção social devem ser direcionadas à definição de projeto terapêutico individualizado, visando ao atendimento de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais⁸. Geralmente, os indivíduos que apresentam problemas com drogas pertencem a grupos heterogêneos e necessitam de tratamentos diferentes. Fatores relacionados à idade, ao sexo, à gravidez, à orientação sexual, à presença de HIV/AIDS, hepatites B e C, tuberculose e outras doenças infecciosas ou psiquiátricas exigem que as intervenções sejam específicas para cada indivíduo⁹.

No âmbito internacional, o tema das ações de atenção ao usuário de drogas foi analisado pela *United Nation Offices of Drugs and Crimes* (UNODC), a qual questionou se a realização do tratamento de usuários de drogas seria melhor do que a não realização¹⁰. Respondendo a pergunta, a UNODC concluiu que, por

⁸ Art. 22, incisos III e IV, da Lei 11.343/2006.

⁹ Informações do NIDA (*National Institute on Drug Abuse*), organização do governo dos EUA que realiza estudos e pesquisas sobre o uso e abuso de substâncias psicoativas, e lista 13 princípios básicos para o tratamento efetivo do uso de drogas. Disponível em: <<http://www.drugabuse.gov/>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

¹⁰ UNODC, *International Standards on Drug Use Prevention*. Vienna: United Nations, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/prevention/UNODC_2013_2015_international_standards_on_drug_use_prevention_E.pdf>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

mais de quatro décadas, pesquisas científicas demonstraram que tratamentos efetivos para distúrbios de uso de drogas ajudaram indivíduos dependentes a interromper seu consumo, prevenir recaídas, reduzir seu envolvimento em crimes, mudar outros comportamentos disfuncionais e dar uma contribuição positiva para suas famílias e para a comunidade. Estudos indicam que investir em ações de atenção à saúde é proveitoso também do ponto de vista econômico. Ainda que muitas destas ações possam exigir uma utilização maior de recursos no início, cada dólar investido em tratamento gera até 10 dólares de redução de custos em perda de produtividade, uso de serviços sociais e criminalidade. Caso consideremos também os gastos relacionados a cuidados com saúde, a economia total pode ultrapassar os custos à razão de 12 dólares para 1 dólar¹¹.

3. OS OBJETIVOS DO “PROGRAMA 2060” DO PLANO PLURIANUAL 2012-2015 E DO “CRACK, É POSSÍVEL VENCER”

Orientando-se pelos objetivos legais acima, relacionados à prevenção ao uso indevido, e visando concretizá-los, o Plano Plurianual do quadriênio de 2012-2015 do Governo Federal elaborou o “Programa 2060 de Coordenação de políticas de prevenção, atenção e reinserção social de usuários de crack, álcool e outras drogas”, dentro do qual foi incluído o programa “Crack, é possível vencer”, que será abordado mais à frente.

Para uma análise da eficácia e eficiência do Programa 2060 quanto à prevenção, é preciso saber quais são *objetivos gerais* pretendidos¹². São eles: (i) promover e articular ações continuadas de prevenção do uso de drogas, de forma a informar, desestimular o uso inicial, incentivar a diminuição do consumo e diminuir os riscos e danos associados ao seu uso indevido; (ii) capacitar, de forma continuada e articulada com as Políticas Públicas relacionadas ao tema, os atores governamentais e não governamentais envolvidos nas ações voltadas à prevenção; (iii) apoiar a estruturação de projetos e serviços voltados ao atendimento de usuários de drogas e seus familiares, de forma articulada ao Sistema Único de Saúde e Sistema Único de Assistência Social; (iv) introduzir

¹¹ Dados obtidos em: *Report of the International Narcotics Control Board for 2013*. (E/ INCB/2013/1). In: Report 2013. Vienna: International Narcotics Control Board, 2013. Disponível em: <https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2013/English/AR_2013_E.pdf> Acesso em: 17 jul. 2019.

¹² Disponível no site do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/acoes-e-programas/objetivos-do-programa-2060-2013-coordenacao-de-politicas-de-prevencao-atencao-e-reinsercao-social-de-usuarios-de-crack-alcool-e-outras-drogas>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

melhorias na gestão da política sobre drogas, modernizando os instrumentos de acompanhamento e monitoramento das ações.

Dentre as ações específicas para concretizar os objetivos gerais do Programa 2060, destacaremos as relacionadas ao programa “*Crack, é possível vencer*”, que consiste em um conjunto de ações integradas, em parceria com Estados e Municípios, além da participação da sociedade civil, com compartilhamento de compromissos e responsabilidades, voltado para o combate ao crack e outras drogas.

O programa “*Crack, é possível vencer*” possui três eixos: Prevenção, Cuidado e Autoridade, os quais, em linhas gerais, correspondem aos objetivos legais do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Vale dizer que, apesar de ser um programa do governo federal, o enfrentamento do problema é uma questão multifederativa, que requer contribuição de todos os entes da Federação para uma maior efetividade da política pública¹³.

Todavia, em pesquisa efetuada em 2012, verificou-se que a participação de alguns entes federativos não tem sido adequada à proposta estabelecida. Com efeito, segundo a pesquisa, incríveis 94,9% (5.278) dos Municípios não têm condições de disponibilizar serviços especializados às pessoas com necessidades decorrentes do uso de *crack*, álcool e outras drogas. Um dos fatores identificados pela pesquisa como obstáculo para os Municípios aderirem ao Plano é a condicionalidade ao número de habitantes. Por exemplo, a criação de Unidades de Acolhimento para dependentes de *crack*, álcool e outras drogas determinada pela Portaria 121/2012 do Ministério da Saúde determina que apenas Municípios com população igual ou superior a 200 mil habitantes - o que representa somente 132 - poderiam solicitar o auxílio financeiro ao Ministério da Saúde para implantar a modalidade adulto¹⁴.

Dentro do eixo prevenção, que nos interessa, as principais ações específicas são: (i) Centros Regionais de Referência (CRR): destinados à formação presencial permanente de profissionais que atuam nas áreas de saúde, assistência social, justiça e segurança pública; (ii) Centros de Referência em Educação à distância: Capacitação à distância, por meio de cursos desenvolvidos na modalidade

¹³ Art. 5º-A do Decreto 7.637/2011. In: *PRESIDÊNCIA*. Legislação. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

¹⁴ Pesquisa feita pelo Observatório do Crack. *Os Municípios brasileiros como protagonistas no enfrentamento ao crack*. Brasília: Observatório do Crack, 2012. Disponível em: <<http://portal.cnm.org.br/v4/v11/crack/pdf/crack2012.pdf>> Acesso em: 17 jul. 2019.

de Educação a Distância (EaD), para prevenção do uso de drogas, bem como orientação e aconselhamento a usuários e familiares, e (iii) prestar informações e orientações sobre crack e outras drogas por serviço telefônico gratuito 24 horas e site interativo na internet, bem como realizar, de forma permanente, campanhas publicitárias de utilidade pública, com veiculação em televisão, rádio, revista e internet.

4. O MONITORAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir das décadas de 80 e 90 do século passado, a Administração Pública, de uma forma geral, vem sofrendo exigências pela adoção de uma maior eficiência e transparência na gestão dos recursos públicos, caminhando para a elaboração de uma visão mais econômica e gerencial da administração pública¹⁵. Fala-se, a partir de então, em uma exigência de *legitimidade pelo resultado: a boa administração* deve se pautar não só pela eficácia ou legalidade das práticas realizadas, mas também pela eficiência do gasto público e na qualidade e efetividade dos serviços prestados aos cidadãos¹⁶. Nesse contexto, é imperativo que cada vez mais a administração pública adote um esforço de aprimoramento das práticas de gestão para legitimar o procedimento de implementação das políticas públicas.

É com o intuito de se aprofundar no gerenciamento da (i) *eficácia* no cumprimento das metas, da (ii) *eficiência* com os recursos públicos e da (iii) *efetividade* dos desdobramentos sociais das políticas públicas que o *monitoramento* das atividades utilizadas e dos resultados perseguidos passou a ser essencial para o bom gestor governamental. Por monitoramento entende-se a atividade de contínuo e sistemático acompanhamento do resultado e do desempenho de programas ou projetos em conformidade com metas pré-estabelecidas. É através do monitoramento, portanto, que há a análise e a interpretação da realidade de implementação, bem como a aferição da *eficácia* do cumprimento das metas, avaliação da *eficiência* da execução e *efetividade* do resultado das políticas públicas, tudo com o objetivo de aperfeiçoar a gestão pública e permitir uma melhor tomada de decisões governamentais.

¹⁵ ORMOND, Derry; LOFFÈR, Elke. A nova gerência pública. *Revista do Serviço Público*, vol. 50, n. 2, p. 66-96, 1999.

¹⁶ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no direito anglo-saxônico tem-se denominado de *responsiveness* o dever de resposta adequada do gestor público às legítimas demandas dos administrados. Passa-se, assim, para o *atendimento da legitimidade* da ação do poder público em complemento da *responsibility*, que é o mero *atendimento da legalidade* da ação pública (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186-187).

Não obstante muitos autores fazerem uma divisão detalhada de diversas etapas, segundo pensamos, é possível haver a distinção de dois *processos básicos no monitoramento* de políticas públicas.

(i) O primeiro processo, que denominamos de *diagnóstico* ou *cognitivo*, diz respeito à coleta e reunião de informações e indicadores a respeito da realidade fática em que se encontra inserido o problema a ser atacado, determinando a agenda da Administração Pública¹⁷. O processo de diagnóstico não se esgota no início da implementação, pois é uma constante da elaboração, do desenvolvimento e da conclusão da política pública.

(ii) O segundo processo, que denominamos de *avaliativo*, diz respeito à elaboração de um juízo crítico a respeito da implementação da política pública e dos resultados conquistados. Tem ele a função, primeiro, de verificar, através de um comparativo entre o quadro da necessidade ou do problema prévio e o quadro posterior ao da implementação da política pública, se as medidas realizadas foram compatíveis com as metas específicas traçadas (*eficácia da política pública*) e se os resultados sociais estão em conformidade com o programa estabelecido previamente (*efetividade da política pública*); segundo, de analisar se os gastos com o programa geraram um custo-benefício adequado e proporcional (*eficiência da política pública*); terceiro, eventualmente, de verificar as causas de uma possível não obtenção dos resultados desejados para mudança futura (*correção da política pública*).

Infelizmente, no Estado brasileiro, o monitoramento ainda não é utilizado de forma adequada, havendo uma grande carência de dados específicos pré-existentes (problema no processo cognitivo) ou mesmo a falta de fixação de metas específicas e tangíveis (problema no processo avaliativo). Sem a coleta ampla e segura de dados, fica extremamente difícil analisar de forma satisfatória a situação que a política pública visa a combater e, sobretudo, mostra-se praticamente incoerente e aleatória a tomada de decisão a respeito da escolha da melhor medida a combater o problema. No campo específico da política de prevenção ao uso de drogas, o déficit de informações é ainda mais flagrante, como veremos.

¹⁷ Em sentido semelhante: JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnósticos, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, vol. 56, n. 2, p. 137-160, 2005.

4.1. A prevenção ao uso de drogas e seu monitoramento

Durante muito tempo, os *projetos de prevenção* ao uso de drogas vistos no Brasil eram dependentes de esforços isolados que buscavam a sensibilização da população sobre o perigo do uso de drogas, e, por outro lado, os *projetos de tratamento do usuário* eram colocados na mesma pauta de políticas de internação de pessoas com problemas mentais. Raramente os serviços de intervenção precoce, tratamento, recuperação, reabilitação e reintegração social de pessoas com transtornos por uso de drogas eram baseados em uma compreensão do uso e dependência por drogas como um complexo e multifatorial problema de saúde pública. Atualmente, contudo, vem ganhando força uma política de prevenção às drogas mais humanista que coloca grande foco na construção de políticas de prevenção específicas e baseadas em evidências científicas, afastando-se, assim, de políticas baseadas no medo ou no estigma social. Além disso, essa política humanista dá grande destaque para políticas de combate aos danos causados pelo uso de drogas e na reabilitação de dependentes de drogas, tratando o usuário de drogas não como um criminoso ou um marginalizado, mas sim como um ser humano que demanda respeito e consideração¹⁸.

Na seara da política de drogas, o monitoramento ganha ainda mais relevância, já que, como já dito linhas atrás, o problema da dependência de drogas têm um rol muito elevado e variado de concausas, devendo haver uma articulação multidisciplinar de ações, tais como, na área da saúde, da assistência social, da educação, da segurança pública e da geração de renda. Analisar, por exemplo, a classe social¹⁹, o gênero ou a idade dos usuários, bem como o tipo de drogas mais usadas podem ser indicadores relevantes para o combate da dependência em diversas frentes.

Não se pode olvidar que, em um cenário de escassez de recursos, o monitoramento da política pública permite também a otimização dos gastos públicos de modo que outras demandas sejam também suficientemente bem implementadas, atendendo o dever de eficiência que a legitimidade pelos resultados impõe²⁰. Nesse contexto, uma boa política pública preventiva ao uso

¹⁸ Essa foi a linha construída pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que fixou diversos parâmetros para a prevenção de drogas. UNODC, *International Standards on Drug Use Prevention*. Vienna: United Nations, 2015. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/prevention/UNODC_2013_2015_international_standards_on_drug_use_prevention_E.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

¹⁹ A “Pesquisa Nacional sobre o uso de crack” realizada pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz foi essencial para apontar, por exemplo, que aqueles que mais sofrem com o uso regular de crack são pessoas em uma posição de vulnerabilidade. Disponível em: <http://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa%20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf> Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁰ A exigência de recursos públicos não é exigência de um ou outro tipo de direitos, mas uma constante de

de drogas atende perfeitamente a exigência de eficiência com os gastos públicos, uma vez que pode ser capaz de assegurar uma economicidade da política de combate às drogas, principalmente evitando o gasto elevado com tratamento e recuperação de dependentes de drogas em um momento posterior mais crítico. Dois estudos podem servir de exemplos. Primeiro, conforme um estudo realizado para examinar os efeitos de uma política de prevenção ao uso de metanfetamina por crianças e adolescentes, chegou-se a conclusão que para cada dólar gasto com a política de prevenção 10 dólares são salvos em uma política futura de saúde.²¹ Segundo, em tomada de contas de 2012, o Tribunal de Contas da União observou que o custo uma ação de prevenção referente à capacitação de professores foi de cerca de R\$ 320,00, valor inferior aos R\$ 374,00 relativos ao custo mensal médio do tratamento em CAPS/AD para o Ministério da Saúde ou aos R\$ 800,00 relativos ao custo mensal transferido pelo SENAD para financiar o acolhimento de um dependente de álcool e outras drogas em comunidades terapêuticas, segundo Edital 001/2010/GSIPR/SENAD/MS²².

Com base nos dois tipos de processos de monitoramento citados (diagnóstico e avaliação), dividiremos nossa exposição em duas partes. Primeiro, analisaremos como se encontra o processo cognitivo de coleta e análise de dados e informações a respeito do uso de drogas em um plano nacional. Em um segundo momento, analisaremos o processo avaliativo da consecução dos objetivos gerais pretendidos com o último programa presente no Plano Plurianual do Governo Federal para o quadriênio 2012-2015, bem como o desenvolvimento das metas específicas do programa *“Crack, é possível vencer”*, inserido dentro daquele programa maior. Por fim, faremos uma rápida e ainda preliminar análise do atual programa previsto no Plano Plurianual para o quadriênio 2016-2019 com base nos critérios fixados anteriormente.

4.2. O processo de diagnóstico: coleta de dados e análise das causas do problema

No plano federal, de acordo com o Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, regulamentador da Lei de Drogas, o Observatório Brasileiro de Informações sobre

todos os direitos. Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

²¹ SPOTH, Richard; CLAIR, Scott; SHIN, Chungyeol; REDMOND, Cleve. Long-term effects of universal preventive interventions on methamphetamine use among adolescents. *Archives of Pediatrics e Adolescent Medicine*, vol. 160 n. 9, p. 876, 2006.

²² Informação extraída da página eletrônica do Tribunal de Contas da União, TC 033.434/2010-7, sessão de 15/02/2012. Disponível em: < http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/repositorio_noticias/B9098F7CD1A9567EE040010A8900021C>. Acesso em: 17 jul 2019.

Drogas (OBID)²³, vinculado à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, é o órgão responsável por reunir e centralizar informações e conhecimentos sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, que contribuam, dentre outras, para as atividades de prevenção do uso indevido.

No ano de 2001, através de uma parceria feita entre a SENAD e o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), foi elaborado o *I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil*. Trata-se de importante trabalho que permitiu, pela primeira vez, a obtenção de dados nacionais e gerais acerca do consumo de drogas no país. A pesquisa envolveu as 107 maiores cidades do Brasil (com mais de 200 mil habitantes) e mobilizou uma equipe de quase 200 profissionais.

Analisando o conteúdo do levantamento, pode-se apontar alguns dados relevantes, como, por exemplo, o percentual de 19,4% da população pesquisada que declarou já ter feito uso em algum momento da vida de drogas, exceto tabaco e álcool, o que correspondia, naquele ano, a uma população em números absolutos de cerca de 9.109.000 pessoas. Em números relativos, foi constatado que o percentual era consideravelmente menor do que aquele encontrado em pesquisa idêntica feita Estados Unidos (38,9%). Apesar de ser número inferior a de um país que costuma ser usado como referência para nós, não deixa de ser preocupante o fato de quase 10 milhões de pessoas já terem feito uso de alguma droga ilícita. Por outro lado, não se pode esquecer que ainda estamos atrás de diversos outros países, como, por exemplo, o vizinho Chile com 17,1%. Ademais, no mesmo levantamento, constatou-se que o uso na vida de maconha aparece em primeiro lugar entre as drogas ilícitas (retirando drogas lícitas como tabaco e álcool), com 6,9% dos entrevistados²⁴. Em termos comparativos, o valor surpreendentemente é bem menor que em países como EUA (34,2%), Reino Unido (25,0%), Dinamarca (24,3%), Espanha (22,2%) e Chile (16,6%), apesar de ser levemente mais alto que países como Bélgica (5,8%) e Colômbia (5,4%).

No ano de 2005, houve a elaboração do *II Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil*²⁵. Nesse novo levantamento, observou-se

²³ Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁴ Segundo o estudo, a porcentagem daqueles que já fizeram uso na vida de drogas é bastante variado, sendo que 68,7% afirmou que já fez uso de álcool, 41,1% de tabaco, 6,9% de maconha, 5,8% de solventes, 2,3% de cocaína e 0,4% de crack.

²⁵ II Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país: 2005. São Paulo: CEBRID e UNIFESP, 2006. Disponível em: <<http://www.cebrid>>.

um leve aumento do número de entrevistados que afirmaram que já fizeram uso na vida de drogas, exceto tabaco e álcool: 22,8% da população pesquisada fez essa afirmação, o que correspondia a uma população de cerca de 10.746.991 pessoas. Considerando a margem de erro da pesquisa, não se observou um aumento significativo desse número no país, principalmente se compararmos com pesquisa semelhante realizada nos EUA em 2004, que apresentou um número expressivo de 45,4%.

Comparando os dados do II Levantamento com os dados do I Levantamento, observamos aumentos em relação ao número de pessoas que já fizeram uso de maconha na vida, que passou de 6,9% para 8,8%, o de tabaco, que passou de 41,1% para 44%, e de álcool, que passou de 68,7% para 74,6%. Tais dados, todavia, não se mostram suficientes para demonstrar uma tendência, principalmente se considerarmos a margem de erro da pesquisa, bem como a inexistência de outros levantamentos mais recentes. Da mesma forma, também não é possível dizer que outros aumentos não significantes, ou seja, dentro da margem de erro da pesquisa, não representem aumentos efetivos no uso de drogas (por exemplo, o uso de solventes passou de 5,8% para 6,1%, o de cocaína passou de 2,3% para 2,9% e o de *crack* de 0,4% para 0,7%). Para uma análise mais precisa do uso de drogas no Brasil seria necessário que houvesse dados mais constantes (o primeiro levantamento geral ocorreu em 2001, enquanto o segundo ocorreu em 2005) e mais atualizados (mais de dez anos depois não temos outros dados comparativos). Uma terceira pesquisa estava marcada para o ano de 2010, contudo, uma ausência de agenda e de preocupação com o monitoramento de políticas públicas relacionadas com a prevenção do uso de drogas levou a constantes adiamentos. Estava previsto para conclusão em 2016 o *III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira*, mas ainda não houve divulgação dos dados pela SENAD.

Uma das grandes preocupações na política de combate às drogas diz respeito à prevenção na faixa inicial da vida, em que as crianças e adolescentes estão mais propensos a saborear novas sensações e experiências. Pensando nessa circunstância, a SENAD, novamente em parceria com o CEBRID, realizou em 2004 o *V Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública de Ensino em 27 capitais brasileiras*. Considerando a realização de quatro pesquisas anteriores

(1987, 1989, 1993 e 1997), os dados obtidos no quinto levantamento permitem avaliar alguma tendência do uso de drogas entre os estudantes da rede pública de ensino fundamental (a partir do 6º ano) e ensino médio. Contudo, considerando a abrangência desse levantamento (apenas as capitais), o diagnóstico preciso fica bastante limitado, não havendo uma visão geral do problema a ser enfrentado. Além disso, a análise comparativa com os levantamentos anteriores fica ainda mais limitada se observarmos que as capitais que foram objeto de estudos anteriores são apenas dez: Belém, Belo Horizonte, Brasília, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo.

De qualquer modo, analisando os dados do *V Levantamento Nacional* com os dados anteriores, pode-se dizer que o uso na vida de álcool diminuiu para ambos os gêneros, em nove das dez capitais onde já haviam sido realizados levantamentos anteriores. A diminuição do uso na vida de tabaco não foi tão significativa quanto a do álcool, a despeito da proibição das propagandas para os cigarros, mantendo-se inalterado na comparação dos cinco levantamentos, para quase todas as 10 capitais. A porcentagem de 22,6% aferida no levantamento brasileiro de estudantes que já fizeram uso na vida de drogas foi maior que em vários países da América do Sul, tal como Chile (19,8%), Uruguai (13,5%), Equador (12,3%), Venezuela (6,0%) e Paraguai (5,6%); e da América Central, tal como Nicarágua (11,2%), Guatemala (9,8%) e Panamá (9,6%). Por outro lado, a porcentagem do uso na vida de maconha entre os estudantes no Brasil (5,9%) foi menor que no Chile (21,6%), Uruguai (12,5%), Equador (18,6%), Guiana (7,2%), Panamá (6,9%) e Nicarágua (6,9%). Por outro lado, o *crack* foi usado por 0,7% dos estudantes do Brasil, porcentagem está bem inferior à dos EUA, com 2,6% e do Chile, com 1,4%. Curiosamente, João Pessoa teve uma porcentagem de 2,5% de uso na vida dessa droga, a maior do país.

Apesar da existência de todos esses dados pontuais apresentados, somente em 2009 foi elaborada uma tentativa de reunião das informações coletadas em um único documento, o *I Relatório Brasileiro sobre Drogas*²⁶. Tal documento teve a pretensão de ser uma fonte unificada de informações sobre drogas no país, facilitando o acesso à informação tanto aos membros do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) como à comunidade internacional. Apesar de ter sido publicado em 2009, a base de dados do Relatório foi restrita

²⁶ Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, *Relatório brasileiro sobre drogas*. Brasília: SENAD, 2009. Disponível em: <<http://www.escs.edu.br/arquivos/DrogasResumoExecutivo.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ao período de 2001 a 2007, sendo que não houve novo relatório após 9 anos do último ano de pesquisa²⁷. Tal fato demonstra, desde logo, que a utilização do I Relatório para análise da efetividade da política pública é inadequada, apesar de ter sido essa a tônica da elaboração das políticas públicas de prevenção ao uso de drogas no Brasil nos últimos anos. De fato, trabalhar com um relatório extremamente incompleto e desatualizado não pode servir de forma satisfatória para o estabelecimento de um diagnóstico real e exato do uso de drogas no país nos tempos atuais.

Infelizmente, a escassez de informações gerais a respeito do uso de drogas, bem como a inexistência de estudos mais específicos, dificultam não só fixar a dimensão do problema a ser enfrentado como também avaliar a efetividade do programa ou da política adotada. O curioso é que, no relatório da SENAD do Ministério da Justiça, datado de 2016, "*Uma política sobre drogas é uma política sobre pessoas*", ficou reconhecida a importância da coleta de dados ao se afirmar que "conhecer a situação sobre as drogas no país apontando a magnitude do uso e suas consequências permite um diagnóstico integral da situação, permitindo assim a elaboração de ações mais adequadas e eficazes entre as distintas esferas que atuam na área de Políticas sobre Drogas"²⁸. Contraditoriamente, mesmo sabendo que a pesquisa e a coleta de dados possuem um custo relativamente baixo em comparação com outras práticas, se observa que não é dada a devida importância à consecução dessa etapa do monitoramento.

4.3. O processo de avaliação: a implementação da prevenção no Programa 2060 e no "Crack, é possível vencer"

Iniciemos com o Programa 2060. Da leitura de seus objetivos, mencionados linhas atrás, bem como analisando os resultados que foram apresentados pelo Ministério da Justiça, chega-se a três conclusões elementares.

(i) Primeiro, as metas fixadas carecem da especificidade necessária a um maior controle da política pública. De fato, para um monitoramento adequado desta, é essencial que o objetivo programático inicial seja desmembrado em metas

²⁷ O II Relatório Brasileiro sobre Drogas tinha previsão para conclusão em janeiro de 2017, mas ainda não foi concluído.

²⁸ Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/senad-mj-disponibiliza-relatorio-uma-politica-sobre-drogas-e-uma-politica-sobre-pessoas/senad-relatorio-e-anexo.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

concretas bem mais específicas, de modo que haja um planejamento estratégico mais preciso e mais controlável.

(ii) Segundo, a generalidade da meta permite ainda uma análise simplista quanto à *efetividade* das medidas adotadas em relação aos resultados obtidos. Some-se a isso a inexistência de indicadores recentes a respeito do uso e da dependência de drogas.

(iii) Terceiro, quanto à *eficácia* prática do programa, considerando a informação extraída do site do Ministério da Justiça²⁹, percebe-se que as medidas implementadas são notoriamente insuficientes para o atendimento dos objetivos gerais ou mesmo metas fixadas. Na maioria das vezes, a análise situacional do objetivo faz referência apenas a uma pequena parcela da política pública ou a algum programa bastante específico como, por exemplo, o programa «*Crack, é possível vencer*», que teve a pretensão de intervenção em uma realidade reduzida dos usuários de drogas, principalmente se compararmos os usuários de *crack* declarados no *II Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil*.

Nesse cenário, buscamos fontes externas para apurar o desenvolvimento e eficácia da política pública de prevenção ao uso de drogas prevista no Programa 2060. Consultamos, então, a Auditoria de Natureza Operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TC 033.434/2010-7, sessão de 15/02/2012)³⁰ com foco nas atividades da SENAD, merecendo destaque dois pontos relevantes sobre o tema da política de prevenção: (i) o TCU constatou um volume pequeno de capacitação de docentes através de oferta do curso de Prevenção do Uso de Drogas para Educadores de Escolas Públicas e (ii) o TCU observou a possível utilização de mensagens orientadas para as perdas ou com destaque para os prejuízos advindos do uso de drogas, em contrariedade à política prevenção traçada na Resolução CONAD n. 03, de 27 de outubro de 2005³¹.

No primeiro ponto, foi constatado que, após quatro edições do curso “*Prevenção do Uso de Drogas para Educadores de Escolas Públicas*”, foram capacitados 75 mil docentes, número extremamente baixo se for considerado

²⁹ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/acoes-e-programas/arquivos-anexos/programa-coordenacao-de-politicas-de-prevencao-atencao-e.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

³⁰ Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20360_2012%20-%20Plen%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

³¹ Segundo a Resolução, “as mensagens utilizadas em campanhas e programas educacionais e preventivos devem ser claras, atualizadas e fundamentadas cientificamente, considerando as especificidades do público-alvo, as diversidades culturais, a vulnerabilidade, respeitando as diferenças de gênero, raça e etnia.”

que há, no Brasil, segundo dados da Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação, cerca de 1,8 milhões de funções de docentes em escolas públicas. A conclusão que se chegou foi que para a capacitação de todos os docentes do país seriam necessários longos 70 anos. A afirmação de que nem todos os docentes de escolas públicas precisam ser capacitados, ainda que seja considerada como verdadeira (o que não parece correto, principalmente se considerarmos que a escola é o ambiente mais eficiente para as ações de prevenção), também não ajuda para a constatação da eficácia da política pública. Com efeito, mesmo aceitando como adequada a meta de 10% de capacitação de educadores estabelecida pela Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação, após 4 edições, o projeto anterior não apresentou eficácia necessária, já que o número de docentes capacitados representou menos de 5% dos educadores de escolas públicas.

Após a análise por parte do Tribunal de Contas da União, percebe-se que pouca coisa mudou entre 2012 e 2015, já que, durante esse período, não houve ampliação do número de vagas para a capacitação, mesmo havendo uma demanda elevada de educadores para a realização do curso. Pelo contrário, o que se constatou, mesmo após a implementação do Programa 2060 do PPA 2012-2015, foi a diminuição do ritmo de capacitação, já que, após quase 8 anos, o número de docentes capacitados para o desenvolvimento de programas de prevenção do uso de drogas por jovens no contexto escolar foi de apenas 146 mil docentes. O número é ainda mais preocupante quando consideramos que a realidade brasileira é de 1,8 milhões de funções de docentes em escolas públicas, representando o número de capacitados uma fração de menos de 1/10 de todos os docentes.

No segundo ponto, a postura de mensagens voltadas para o medo poderia gerar naqueles que já são usuários ou dependentes de drogas a impressão de que são pessoas excluídas da sociedade ou de que existe a impossibilidade de recuperação e reabilitação. Tal conclusão, vale dizer, tem densa base científica. Analisando diversos estudos específicos referentes ao comportamento médico, conclui-se que o medo pode não ser a forma mais adequada de fomentar uma mudança de comportamento, já que a criação de um medo excessivo pode desencadear uma ansiedade e uma dificuldade em lidar com o problema³². Em

³² JANIS, Irving; FESHACH, Seymour. Effects of fear arousal. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 48, p. 78-92, 1953; SELF, Carol; ROGERS, Ronald. Coping with threats to health: Effects of persuasive appeals on depressed, normal, and antisocial personalities. *Journal of Behavioral Medicine*, vol. 13, p. 343-357, 1990; BECK, Kenneth H.; Frankel, Arthur. A conceptualization of threat communications and protective health behavior. *Social Psychology Quarterly*, vol. 44, p. 204-217, 1981; ROTHMAN, Alexander J., SALOVEY, Peter, ANTOINE, Carol, KEOUGH, Kelli, MARTIN, Chloé Drake. The influence of message framing on intentions to perform health behaviors. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 29, p. 408-433, 1993.

verdade, segundo esses estudos, um fator fundamental para assegurar a eficácia de políticas de mensagens de mudança comportamental é a percepção daquele que a recebe de que possui capacidade de seguir o rumo proposto.

Partindo da premissa firmada acima, o Programa 2060, à primeira vista, parece ter atuado de forma eficaz, já que, dentre as medidas aplicadas está: a) a Realização de Concursos Nacionais de cartazes, jingles, fotografias, vídeos e monografias, com a finalidade de estimular a mobilização e o engajamento de diversos setores da sociedade nas atividades relacionadas à prevenção ao uso de drogas; b) o lançamento de revistinhas da Turma da Mônica e Turma da Tina, realizadas a partir de uma parceria entre a SENAD e o Instituto Maurício de Sousa; c) distribuição gratuita de cerca de 530 mil exemplares de material informativo sobre drogas. Como se pode perceber, o foco da política pública com o Programa 2060 passa a ser uma prevenção pautada no caráter humano do usuário e na busca para a reintegração social desvinculada de medo ou preconceito. Fica patente esse caráter humanista, mais consentâneo com uma moderna política de prevenção, quando observamos o nome utilizado pelo programa específico de combate ao *crack* dentro do Programa 2060, qual seja, o programa “*Crack, é possível vencer*”.

Partimos agora para o processo de avaliação do programa “*Crack, é possível vencer*”. Nesse ponto, podemos apontar que ocorreu um progresso, pois diversas metas específicas foram fixadas, permitindo o monitoramento parcial da política pública no que se refere, pelo menos, ao quesito da eficácia, viabilizando minimamente o controle social. Quanto à efetividade, a inexistência de dados atuais e constantes a respeito do uso de drogas na população brasileira torna inviável um monitoramento adequado a respeito da possibilidade de a política pública ter alterado o problema social apresentado. Considerando que, no Brasil, as políticas públicas sequer são finalizadas ou implementadas de forma adequada, a existência de metas específicas e dados concretos de implementação, apesar de estar longe do ideal, já é motivo para se comemorar. De qualquer forma, importante dizer que, conforme reportagem datada de novembro de 2014³³, com base em informações obtidas do Ministério da Casa Civil sobre as metas do programa “*Crack, é possível vencer*”, a conclusão é de que a política pública não possui eficácia completa, tendo em vista que a maioria das metas lançadas pelo programa em 2011, para serem implementadas até dezembro de 2014, não foi cumprida. Observem-se algumas delas:

³³ Reportagem feita pela Central Brasileira de Notícias – CBN, que teve acesso aos dados do Ministério da Casa Civil. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/ciencia-saude/2014/11/20/METAS-LANCADAS-NO-PROGRAMA-INTEGRADO-DE-COMBATE-AO-CRACK-EM-2011-NAO-SAO-CUMPRIDAS.htm#ixzz45on2QhAZ>>. Acesso em 17 jul. 2019.

SERVIÇO/EQUIPAMENTO	META INICIAL	REALIZAÇÃO
Educação à distância	483 mil vagas	434 mil vagas
Educação presencial	65 Centros Regionais de Referência (CRR)	31 CRR em atividade
Educação presencial de policiais	capacitar 12.240 policiais	5.609 policiais capacitados
Ampliar o Ligue 132	160 operadores	80 operadores

4.4. O programa de prevenção ao uso de drogas para o futuro

Em 2016, a SENAD tornou público o relatório *Uma política sobre drogas é uma política sobre pessoas*, que aborda os avanços desde 2010 e apresenta os compromissos e planos estabelecidos até 2018. Por meio deste relatório é possível perceber que o governo federal, tal como proposto pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), definitivamente passa a adotar uma política de drogas mais humanista voltada para as pessoas e os efeitos deletérios que as drogas podem causar aos indivíduos e à comunidade, afastando-se de uma política de prevenção das drogas pautada unicamente no medo e na estigmatização. Como o próprio relatório aponta, o programa *“Crack, é possível vencer”* pode ser um exemplo desse caráter humanista da política de combate às drogas, já que realizou a primeira grande expansão para tratamento dos usuários e dependentes de drogas, seja no Sistema Único de Saúde (SUS) ou na rede do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Por outro lado, o relatório também apresentou o Programa 2085 – *“Redução do impacto social do álcool e outras drogas: Prevenção, Cuidado e Reinserção Social”* para o Plano Plurianual do quadriênio 2016-2019. Foi possível observar que houve um salto qualitativo na questão do monitoramento da política pública de combate às drogas, já que, no mesmo relatório, a SENAD, com a pretensão de desdobrar os objetivos e metas consolidados no Programa 2085 em compromissos de curto prazo (2016-2017), também apresentou um Planejamento Tático-Operacional. Nesse planejamento estratégico, apresentaram-se diversos projetos construídos através de um plano de gerenciamento simplificado com o objetivo, a justificativa, o escopo, o não escopo e os resultados esperados, bem como um cronograma com a definição dos pacotes de trabalho e atividades necessárias para o atendimento desses resultados. Tal metodologia, se efetivamente for observada, representa um grande avanço para o desenvolvimento de um monitoramento adequado da política pública de prevenção ao uso de drogas.

Vale destacar dois projetos de suma importância para a política pública

de prevenção ao uso de drogas. O primeiro projeto é o de “Fortalecimento de políticas de prevenção escola e comunidade” com basicamente três resultados esperados: (i) definir política de prevenção ao uso de drogas, com participação de vários ministérios e com ênfase numa política de pesquisa em prevenção; (ii) identificar e adaptar programas de prevenção às drogas nacionais e internacionais; (iii) implementar e monitorar programas de prevenção em 81 municípios brasileiros.

Além disso, a SENAD, para a consecução dos resultados esperados, estabeleceu seis escopos ou metas específicas: (i) criar comitê de trabalho interministerial; (ii) identificar, avaliar e adaptar tecnologias no campo da prevenção à política de drogas e à nossa cultura; (iii) articular redes de saúde, educação e assistência social (prioritariamente) para as ações dos projetos de prevenção em cerca de 81 municípios selecionados pelo Plano Nacional de Redução de Homicídios (PNRH); (iv) treinar profissionais da rede de saúde, educação e assistência social (prioritariamente), em mais de 81 municípios selecionados pelo PNRH, para atuar na prevenção do uso prejudicial de drogas; (v) implantar, acompanhar e monitorar no mínimo três programas de prevenção do uso prejudicial de drogas, em mais de 81 municípios, selecionados pelo PNRH; (vi) desenvolver política de prevenção ao uso prejudicial às drogas, com ênfase na pesquisa sobre prevenção.

Forte na ideia de elaboração de políticas públicas baseadas em evidências científicas e na necessidade de uma gestão pública eficaz e eficiente, o segundo projeto de destaque é o de “*Diagnóstico sobre o uso de drogas no Brasil e suas consequências*”. Dentre os resultados esperados estão a elaboração: (i) III Levantamento Domiciliar sobre Uso de Drogas com previsão para conclusão em dezembro de 2016; (ii) VII Levantamento sobre Uso de Drogas entre Estudantes com conclusão em dezembro de 2017; (iii) II Relatório Brasileiro sobre Drogas com previsão para conclusão em janeiro de 2017; (iv) III Relatório Brasileiro sobre Drogas com previsão de início já no fim de 2017; (v) identificar linhas inovadoras de investigação; (vi) I Levantamento Nacional sobre Uso de Drogas pela População Prisional Brasileira e I Levantamento Nacional sobre Uso de Drogas entre os adolescentes e jovens em restrição e privação de liberdade no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. No entanto, não houve a divulgação dos dados destes relatórios e levantamentos, o que já demonstra o atraso no cumprimento das metas do cronograma.

De toda forma, observa-se que este segundo projeto, se realmente for implementado até o fim do PPA 2016-2019, ou seja, se realmente houver a eficácia das metas específicas planejadas, pode ser um importante instrumento de monitoramento para as políticas públicas de prevenção ao uso de drogas.

5. CONCLUSÃO

No final do século passado, o mundo aceitava sem maiores indagações *projetos de prevenção* ao uso de drogas focados na sensibilização da população sobre o perigo do uso de drogas. Décadas depois, pesquisas científicas demonstraram o equívoco de políticas baseadas no medo ou no estigma social, prejudiciais a uma reinserção do dependente e ineficazes em relação à diminuição do número de novos usuários. O cenário atual é de valorização de uma política de prevenção às drogas mais humanista, que coloca grande foco na construção de políticas de prevenção específicas e baseadas em evidências científicas. Esse movimento não é ignorado pelo governo brasileiro que, nos últimos anos, sobretudo após a Lei 11.343/2006, vem adotando (de maneira devagar, é verdade) esse novo enfoque no combate às drogas.

De forma quase conjunta a esta mudança no modelo de política pública de combate às drogas, observamos uma mudança também no modelo gerencial do Estado. A partir do final da década de 80, há a construção de uma verdadeira *legitimidade pelo resultado*, de modo que a *boa administração* deveria ser pautada não só pela eficácia ou legalidade das práticas realizadas, mas também pela eficiência do gasto público e na qualidade e efetividade dos serviços prestados aos cidadãos. Com base nesse viés é que analisamos a última política pública concluída de prevenção ao uso de drogas no governo federal previsto no Plano Plurianual do quadriênio de 2012-2015 (*Programa 2060*), com foco no ótimo programa "*Crack, é possível vencer*", bem como verificamos, ainda que de forma sucinta, a (i) *eficácia* no cumprimento das metas, a (ii) *eficiência* com os recursos públicos e a (iii) *efetividade* dos desdobramentos sociais da política pública.

Para a análise da política pública sob estes três aspectos, recorreremos ao *monitoramento* do governo federal. Apesar de essencial para uma boa gestão governamental pautada na *legitimidade pelo resultado*, o monitoramento do combate ao uso de drogas é extremamente incipiente. Dividindo o processo de monitoramento em duas partes, diagnóstico e avaliativo, pudemos perceber, ao final da última política pública de prevenção ao uso de drogas no âmbito federal (quadriênio de 2012-2015), que esta carece de dados (prévios, contemporâneos e posteriores) para um perfeito de diagnóstico e, ainda, possui metas específicas modestas (como em alguns casos do programa "*Crack, é possível vencer*") ou extremamente genéricas, circunstâncias que, somadas com a carência de dados, dificultam enormemente uma avaliação correta. Dessa forma, a conclusão final é de que os déficits do diagnóstico e da avaliação não permitem dizer: (i) primeiro, se as medidas realizadas foram compatíveis com as metas específicas traçadas (*eficácia da política pública*) e se os resultados sociais estão em conformidade com

o programa estabelecido previamente (*efetividade da política pública*); (ii) segundo, saber se os gastos com o programa geraram um custo-benefício adequado e proporcional (*eficiência da política pública*), e (iii) terceiro, qual caminho a ser traçado para obtenção dos resultados desejados (*correção da política pública*).

O futuro, contudo, pode ser de esperanças se tiver eficácia o *Programa 2085* para o Plano Plurianual do quadriênio 2016-2019 ("*Redução do impacto social do álcool e outras drogas: Prevenção, Cuidado e Reinserção Social*"). Analisando as metas e medidas pretendidas pelo governo federal em relação a tal programa, foi possível aferir que houve um salto qualitativo na questão do monitoramento da política pública de combate às drogas. Claro que a efetividade das políticas públicas não mostra sua cara precocemente. Para resultados efetivos, é fundamental que haja não só um aperfeiçoamento do monitoramento, mas também uma consolidação de *status*, de modo que haja uma melhora progressiva e constante. De qualquer maneira, o mero aperfeiçoamento da política pública com o desenvolvimento do monitoramento já deve ser valorizado. Em relação à prevenção do uso de drogas, ainda precisamos caminhar a passos largos, mas caminhar é melhor que ficar parado.

REFERÊNCIAS

- CEBRID e UNIFESP. *II Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país*: 2005. São Paulo, 2006. Disponível em: < <http://www.cebrid.com.br/ii-levantamento-domiciliar-2005/>>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Os Municípios brasileiros como protagonistas no enfrentamento ao crack*. Brasília: CNM, 2012. Disponível em: < <http://portal.cnm.org.br/v4/v11/crack/pdf/crack2012.pdf> > Acesso em: 17 jul. 2019.
- EMCDDA Manuals. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. Disponível em: < http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/646/TD3111250ENC_318193.pdf >. Acesso em: 17 Jul. 2019.
- FIOCRUZ. BASTOS, Francisco Inácio; BERTONI, Neilane (Organizadores). *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014. Disponível em: <http://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa%20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf> Acesso em: 17 jul. 2019
- JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnósticos, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, vol. 56, n. 2, p. 137-160, 2005.
- LARANJEIRA, Ronaldo (supervisão). São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e Outras Drogas (INPAD), UNIFESP, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186-187.

A prevenção ao uso de drogas: uma política pública eficaz, eficiente e efetiva?

ORMOND, Derry; LOFFÉR, Elke. A nova gerência pública. *Revista do Serviço Público*, vol. 50, n. 2, p. 66-96, 1999.

PRESIDÊNCIA. Legislação. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. *Relatório brasileiro sobre drogas*. Brasília: SENAD, 2009. Disponível em: <<http://www.escs.edu.br/arquivos/DrogasResumoExecutivo.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

SPOTH, Richard; CLAIR, Scott; SHIN, Chungyeol; REDMOND, Cleve. Long-term effects of universal preventive interventions on methamphetamine use among adolescents. *Archives of Pediatrics e Adolescent Medicine*, vol. 160 n. 9, p. 876, 2006.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, TC 033.434/2010-7, sessão de 15/02/2012. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/repositorio_noticias/B9098F7CD1A9567EE040010A8900021C>. Acesso em: 17 jul 2019.

UNITED NATIONS. Report 2013. Vienna: International Narcotics Control Board, 2013. Disponível em: < https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2013/English/AR_2013_E.pdf> Acesso em: 17 jul. 2019.

UNODC. *International Standards on Drug Use Prevention*. Vienna: United Nations, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/prevention/UNODC_2013_2015_international_standards_on_drug_use_prevention_E.pdf>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

UNODC. *World Drug Report 2015*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em 17 jul. 2019.

Sites:

Disponível em: <<http://cbn.globo.com/editorias/ciencia-saude/2014/11/20/METAS-LANCADAS-NO-PROGRAMA-INTEGRADO-DE-COMBATE-AO-CRACK-EM-2011-NAO-SAO-CUMPRIDAS.htm#ixzz45on2QhAZ>>. Acesso em 17 jul. 2019.

Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/senad-mj-disponibiliza-relatorio-uma-politica-sobre-drogas-e-uma-politica-sobre-pessoas/senad-relatorio-e-anexo.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/acoes-e-programas/arquivos-anexos/programa-coordenacao-de-politicas-de-prevencao-atencao-e.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

O RELACIONAMENTO DESCARTÁVEL COMO PORTAL DA CRIMINALIDADE

Cássio Benvenuto de Castro¹

Resumo: As relações elaboradas pela internet foram comemoradas como uma nova ferramenta de aproximação das pessoas. Comportamentos e gostos em comum puderam ser compartilhados. Inicialmente, a boa-fé e a confiança dominaram o circuito. O problema é que, no Brasil, país que ligeiramente adotou tal prática, diversos crimes são organizados no derredor do internetworking. A sextorsão, o golpe dos gravídicos, estelionatos e subtrações se valem da desterritorialização e do anonimato para driblar a morosidade das instituições. Daí que as vítimas acabam sendo literalmente descartadas, tanto pelos algozes como pelo Estado, na busca das reparações, ocasionando uma sobrevitimização aterradora da dignidade.

Palavras-chave: família; relacionamento; rede social; crime

THE DISPOSABLE RELATIONSHIP AS A CRIME PORTAL

Abstract: The relationships elaborated by the Internet were celebrated as a new tool of approaching people. Shared behaviors and tastes could be shared. Initially, good faith and confidence dominated the circuit. The problem is that, in Brazil, a country that has slightly adopted this practice, several crimes are organized around the internetworking. The sex exposition, the pregnant scape, and others subtractions use the non place and the anonymity to avoid the slowness of institutions. Hence the victims are literally missed about themselves, both by the executioners and the state, in the search for reparations, causing a terrifying survival of dignity.

Keywords: family; relationship; social network; crime

¹ Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

Boa noite cinderela,
golpe de favela,
é coisa do passado,
a moda agora, no Brasil,
na lisura do canalha,
demanda perfil fake, foto editada,
está na enganação do aplicativo,
na conversa tramada,
assalta com rostinho de artista,
na coloração estereotipada.
#salveopaís dofuturoquenunca chega
(Cássio Benvenuti de Castro)
A noite é longa, mas a mente voa.

INTRODUÇÃO

Tinder, happn, laxy, badoo, facebook, instagram², dentre outros tantos aplicativos digitais aproximam *expectativas* das pessoas, porém, afastam a concretização espontânea das relações humanas. De fato, a relação afetiva é uma “aposta” – não se precisa secularizar o *até que a morte os separe* para perceber que a intenção do ser humano é pautada pela confiança, pelo sentimento de alteridade e, romanticamente, pelo gregarismo abalizado no amor.

Porém, a tecnologia deixou o amor e as expectativas à deriva.

As notas dos tempos atuais se frenetizam na desterritorialização, na liquefação das promessas e, sobretudo, na descartabilidade das pessoas (que se tornaram meros contatos). Em resumo, a *fila anda*, e trafega rapidamente. Nesse transcurso, modalidades criminosas ganham espaço naquilo que de mais vulnerável uma pessoa pode apresentar: a carência e a vontade de ser admirado ou gostado, verdadeiramente, por outrem.

² Aplicativos de encontros são utilizados por pessoas com interesse em relacionamento. Daí ser natural uma maior “abertura” dialógica e comportamental dos integrantes, que chegam a divulgar fotos sensuais (ou até nudes), bem como catalogar conversações apimentadas sexualmente. Isso vulnerabiliza os sujeitos que possuem algo a perder – a família (para os casados) ou a profissão (para quem carece de uma postura mais rígida no ambiente de trabalho). Ver SYDOW, Spencer Toth. Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil. Revista dos Tribunais, ano 107, set/2018, vol. 995, p. 660.

Na medida em que as relações afetivas assumem uma baliza quantificadora – um jogo de quem tem mais pretendentes, a ambição do ostentador –, o perde-perde resta perigosamente estabelecido, e o medo toma conta das atuações. O que parecia seguro (teclar da própria casa e conhecer pessoas com gostos em comum) se transmuta em uma arma entregue de bandeja para um desconhecido, abrindo ensanclas à crescente criminalidade cujo estopim é a conexão virtual.

Bauman sintetiza que “uma vez que a competição substitui a solidariedade, os indivíduos se veem abandonados aos seus próprios recursos – lamentavelmente escassos e evidentemente inadequados”³.

O caos da criminalidade é facilitado pelo isolacionalismo e pela fragmentação dos sujeitos em relação ao seu habitat de segurança coletivo (os amigos de verdade). Daí a relevância da questão: a rede social frutifica o descarte (nisso, não haveria problema), mas ela abre o portal do crime para oportunistas que capturam a fragilidade dos usuários e que expõem a vida alheia à rotina estereotipada das fotos editadas e das alegorias irreais para um grande público que ridiculariza e sobrevitimizam os incautos.

O concreto (aquilo que fica rasgando o tom do presente) é o crime, enquanto os tipos ideais criados pelos avatares se consomem na amargura de terem se encerrado em alguma espécie de golpe, e esperam, ansiosamente, para um futuro mais alvissareiro – ou milagroso, frente à morosidade das instituições. Pior resultado desse caos, o avatar quantificador de *likes* ou *crushes*, ferido e maculado, torna-se um ser humano cada vez mais isolado, carente, deveras recalcado, e que a contemporaneidade desterritorializada legou à deriva da própria má sorte de ter cruzado com um criminoso cibernético.

O presente ensaio reporta tipos criminosos que são facilmente articulados nessa nova dinâmica relacional. Uma espécie de direito decorrente das *contrarrelações*, oriundo da rapinagem das fotos editadas que se escudam no anonimato e aguardam as vítimas que são sobrevitimadas por um judiciário conservador e por instituições nada céleres na tutela do inocente. O espaço virtual modifica todo o estado de coisas jurídicas, inclusive, na seara criminal – o *modus* digital se trata de um “não-lugar” propício para céleres investigas delitivas.

Tudo o que era sólido, tudo o que era romanticamente conquistador, e fincado em raízes entrincheiradas no poder da soberania, acaba se dissipando

³ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 74.

na incerteza do relativismo autorregulatório porque funcionalizado, porque tendente a valores que estão em tensão – relações descartáveis, no mais das vezes, oportunistas, bem ao gosto do jeitinho brasileiro.

Não por acaso o Brasil é dos países mais adeptos das redes sociais.

Ou seja, a conduta normativista, fundada no legicentrismo, jusestatalismo e formalismo interpretativo não acompanha, na atualidade, a dinamicidade dessas relações. A questão da competência é um entrave significativo, porque os sítios das redes sociais estão no exterior. Portanto, o direito que pauta uma estabilidade marcada, acaba por não afastar das regulações o que pode acontecer como novidade, deixando a descoberto inéditas relações jurídicas, sendo reflexo reluzente a modalidade do fenômeno da desterritorialização da relação jurídica – mormente, quando ela se torna criminosa, quando o alvitre patrimonial sobrepuja a dinâmica pessoal do direito de família

A única certeza que existe, no mundo atual, é a certeza da mudança – para tanto, o direito deve acompanhar as novas modalidades criminosas que abrem flanco a um patrimonialismo apoucador da pessoa. Ainda mais, na aldeia chamada Brasil, o *#paísdo futuro que nunca chega*.

1 O START DA RELAÇÃO AFETIVA NO MODELO PÓS-MODERNO

A natureza das relações afetivas, tradicionalmente ditadas por investidas sexistas, acabava sendo ancorada de uma maneira espontânea, ocasional. Tratava-se de uma abordagem de homem perante a mulher (ou qualquer outra opção sexual), algo supervivente em pontualistas mulheres de outras gerações ou que, respeitosa, clamam por um romantismo à beira do fenecimento.

A festejada independência feminista gerou efeitos em todas as direções.

O que não passava de quase um monólogo se dinamizou. A tecnologia impulsionou essa ideia. Daí que o mundo digital forneceu uma dialética frenética que arrefeceu a tradição estática de outrora, a tradição em que uma pessoa esperava por outra. Hoje, pessoas de qualquer opção sexual tomam a iniciativa arrojada em seus desejos.

Certo que as pessoas nascem e morrem sozinhas – mas se relacionam em profusão sinalagmática. Portanto, salutar que homens, mulheres, transexuais,

homossexuais, bissexuais⁴, enfim, independente das opções de sexo e de gênero, o que interessa é que as pessoas possam exercer suas escolhas e decisões com o respeito que a Constituição lhes garante.

O perigo está na espreita que o oportunismo digital apanha, de sorrateiro, qualquer pessoa desavisada e de boas intenções. O que parece uma ferramenta de aproximação, de *click-agreement*, um simples *app* de celular, ou qualquer meio virtual, pode se transformar em uma arma em busca de benefícios espúrios.

Com efeito, o *modus* moderno do direito privado, o modelo clássico dos séculos passados, é marcado pelo primado da soberania (direito advindo somente do Estado), através da qual as regras jurídicas positivadas interferem atributivamente na vida das pessoas. Nessa toada, o direito continua(va) sendo somente aquilo que é regulamentado pelo Estado e, desgraçadamente, manuseado pelos operadores à moda antiga.

Ou seja, o “como” as instituições tratam as normas não correspondem aos fatos – e os fatos, no panorama argumentativo atual, não podem ser desgarrados do “devenir” das normas; fatos e normas elaboram um contexto de parte e conjunto, de texto e contexto, de causa e efeito. Uma conclusão hipercíclica e infinita cujas premissas assumem relevância, na medida que o resultado pode ser algo inesperado: o crime, a sextorsão, o cyberoportunismo.

O vetusto esquema dicotômico dos códigos é matéria ultrapassada, porque a dinâmica das relações afetivas transbordou a previsão codificada nas normas. A competência para as instituições atuarem é um entrave, bem como a falta de tipos específicos se trata de uma brecha expressiva. Logo, concepções unitarizantes devem ser refratárias, na medida em que o modelo do pós-moderno é apenas uma: ser diferente do moderno. Assumir uma feição única, sem notas do certo ou do errado, mas com o reboque da prevenção contra desvios criminosos nesse percurso, cada vez mais perigoso, é medida imperativa.

Ora, se a matéria-prima se modificou, se as relações afetivas não expressam a confiança e a solidez de outrora, se o crime se imiscuiu nas relações, evidente que a metodologia da observação e dos julgamentos deve acompanhar tal

⁴ Registra-se que não existe nenhum tipo de exclusão (para não falar preconceito) do signatário. Até por que o autor é pardo e com cabelo afro. As nomenclaturas são meramente exemplificativas, pois #somodosiguais, independente de credo, opção sexual, tonalidade da pele, entre outros caracteres que nos fazem “únicos”, jamais diferentes.

evolução. O “como” analisar indícios ou “descobrir” fundamentação não pode, atualmente, ser o mesmo “como” atribuir imputações e justificar sentenças em uma modalidade *solve et repete* (decidir e, depois, justificar).

O direito não é (mais) algo sujeito a enquadramentos, trata-se de uma empresa que organiza critérios a serem universalizados.

Nisso, está o desafio das novas relações afetivas e o abalamento jurídico que elas ensejam. Até por que a mecânica contemporânea está permitindo a criminalização das relações domésticas e afetivas – o direito de família se sincretiza ao crime, na mesma velocidade que os impulsos fazem e desfazem afetos e desafetos.

1.1 O protagonismo do ser humano no Estado Constitucional (e a contramão no ciberespaço)

O alvitre da pós-modernidade é o “ser ou se tornar diferente” nas diversas relações do mundo moderno.

O pós-moderno assume formas e conceitos customizados, fora das concepções outrora reputadas “comuns” ou “normais” em um mundo do século passado. Os tipos ideias do milênio ultrajado não resistem à dinâmica inesperada – por ora, inverossímil ou contingencial – fncada em uma inédita natureza das coisas⁵. A concretude pós-moderna apresenta hipercomplexidades e efeitos cujas normas não estavam estaticamente previstas no modelo hermético dos códigos.

Embora supervivam, desgraçadamente, ideologias que somente vislumbram conceitos abstratos e com pretensão de imutabilidade, o Estado contemporâneo não somente tem que admitir novas as noções particularistas e pluralistas como também assumir a corrosão crescente do supedâneo vertical da soberania como produtora e recebedora de todas as forças jurídicas da atualidade. Zagrebelsky⁶

⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, vol. 759, jan/1999, p. 25.

⁶ Idem, ibidem, p. 11. “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. Rivista di Diritto Civile, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

chega a comentar que forças corrosivas internas e externas implicam uma releitura da soberania, com ascensão da primazia do ser humano como o centro do pluralismo valorativo que unifica os sistemas jurídicos. Por exemplo: as contingências políticas fragmentadoras do poder central; a formação de centros alternativos de poder; os imperativos econômicos, ideológicos, religiosos e culturais, em dimensões que acabam por fragmentar o próprio território; a neoinstitucionalização de contextos arregimentados por novos costumes e práticas, como o próprio comércio eletrônico; e a tendente supremacia de Tribunais supranacionais; cada questão influencia, à sua maneira, e compõe um circuito de forças que descentraliza o poder, para daí revalorizar o sentimento do ser humano como o início e o ponto de chegada das soluções jurídicas.

A internet chegou para implodir as certezas dos limites do soberano⁷.

A rede social, os aplicativos de celular e, por decorrência, os negócios e as relações afetivas, portanto, assumem formas e modalidades inéditas. Não por isso, o direito é vagaroso para regular tais manifestações, porque a integridade do sistema – através de valores e princípios – predispõe uma vasta gama de políticas e de paradigmas que apontam para soluções e decisões com base em critérios embasados em vetores que os novos problemas desencobrem.

Tudo sopesado, o direito atual convive com a desterritorialização⁸ das relações jurídicas, em especial, das relações afetivas, o que reflete um aspecto tecnológico altamente vinculado ao manejo da internet.

Isso tem um preço.

A desumanização ou a descartabilidade das relações, no debate entre Irti e Oppo, aponta para a desconfiança das pessoas entre si mesmas, e na desconfiança em relação ao próprio espaço virtual. O debate leva em conta dois aspectos⁹:

⁷ O problema da contratação eletrônica é cultural e, também, dogmático: o fenômeno crescente dessa modalidade reclama uma normatização especial ou é possível se valer das normas já existentes para a solução dos casos jurídicos? A rigor, as perspectivas metodológicas do direito respondem à questão – o direito é produto da cultura, ele depende de um ambiente pré-dado; além disso, ele se vale de normas estruturadas, que podem atribuir novos valores, na medida em que inéditas situações da vida forem aparecendo. Ver MIRAGEM, Bruno Nubens. Curso de Direito do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 504.

⁸ Ver CASTRO, Cássio Benvenuto de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. Revista Jurídica. São Paulo: Sage, nov/2017, vol. 481, passim.

⁹ A polêmica entre Irti e Oppo é clássica: o primeiro, defende a desumanização dos contratos, tendo em vista o perfil eletrônico, na medida em que o click-agreement resolve a significativa parcela das relações; de outro lado, Oppo aponta que a mensagem sempre parte de uma pessoa, tudo é impulsionado por uma pessoa, daí ser fundamental a humanização dos negócios no sentido de verificação das vontades imperantes. Em conclusão

a internet deixou de considerar a vontade das partes e, sobretudo, deixou de considerar a pessoa humana?

Ou, a internet apenas qualificou a vontade das partes, daí lhes atribuindo uma qualificação comportamental, como se fora cognitiva-comportamental?

De qualquer maneira, torna-se inaceitável uma formação jurídica formalista e fundamentada, unicamente, em conceitos outrora abalizados pela hermética codificada. Valores éticos, pluralistas, sobretudo, valores que contestam as noções modernas, hoje, sobrepuseram-se ao sistema em uma nova metódica jurídica.

Uma metodologia que açambarca as inéditas maneiras de se relacionar.

Assim, fala-se em medidas (métodos) de proteção contra esses riscos, a exemplo do contrato de namoro¹⁰ ou da união estável, fala-se em manutenção de relações pluriparentais, em socioafetividade, e, no que ora interessa, em ferramentas que identificam um portal para a crescente criminalidade que, pela tangente do sistema, acaba se apresentando no oportunismo de rapinagem que a rede social proporciona. Se *Tim Maia*, outrora, cantarolou que “só não pode homem com homem, nem mulher com mulher”, atualmente, *pode quase tudo* (menos as relações ortodoxas do passado).

O diferente se transformou em normal. Afinal, não existe normal ou diferente, existe autonomia da vontade a ser respeitada.

Nesse sentido que se comenta que a condição humana é uma condição “social”, e não meramente estatal. O ser humano é um organismo em relações e para relações, sendo que o direito é nota instrumental ao ser humano – não o contrário.

ecléctica, Parisi refere que os computadores são máquinas, são meios por intermédio dos quais as pessoas interagem. Assim, existe vontade e também o comportamento dela externado, devendo ser analisada uma Gestalt resultante dessa sinergia. Ver KLEE, Antônia Espíndola. Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69/70.

¹⁰ O contrato de namoro consiste em uma blindagem que, pela autonomia da vontade dos sujeitos, afasta, em linha de princípio, os efeitos patrimoniais da união estável. Ele reflete a liquefação e a fragmentação das relações afetivas, sendo que muitas delas são preordenadas por propósitos meramente patrimoniais, e não pessoais – uma situação limítrofe ao caráter criminal dessas condutas. “É certo que o namoro contemporâneo comporta experiências que antigamente só eram realizadas após o casamento e, além disso, não é mais entendido como um período experimental anterior ao casamento, podendo ser um mero relacionamento sem compromisso de constituir uma família. Dessa forma, o namoro tem um significado atual que destoa da visão clássica de anos atrás, sendo confundido inúmeras vezes com o instituto da união estável, trazendo consequências jurídicas”. Necessário distinguir e se valer do behaviorismo que aponta para a real intenção dos consortes, o que fica ainda mais ressaltado com o contrato. Ver REIS, Jordana Maria Mathias dos; ALMEIDA, José Luiz Gavião. Contrato de namoro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, 2018, p. 75.

Portanto, Giorgio Oppo¹¹ é contundente ao resumir que a juridicidade que regulamenta as relações sociais não pode ser confundida com o poder estatal. O Estado não é apenas uma relação entre os indivíduos, antes o Estado é uma ferramenta que tutela as relações humanas sem, contudo, retirar a essência humana que, naturalmente, pode evoluir e organizar novas tendências contratuais, ou relações jurídicas ainda não previstas.

Logo, se a modernidade enfatizou esquemas dicotômicos e com pretensão de perenidade, a pós-modernidade se movimenta na dinâmica da velocidade do tempo-espço. Aliás, a única certeza do pós-moderno é que tudo é passageiro, tudo é dinâmico, hipersensitivo, heterogêneo, repleto de particularidades, interdisciplinado, ou seja, comprometido com o pluralismo de valores em permanente tensão, e devedor de uma comunicação entre as fontes que estão cada vez mais abertas a novas ideias e sentimentos.

O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor, como uma contingência que vai ao encontro da contradição das premissas do sistema pós-moderno.

De qualquer maneira, as teorias da autoridade positiva, ou da ordenação objetiva dos valores, dentre outras, acabam cedendo espaços para uma nova composição das coisas jurídicas – na medida em que os objetos são dinâmicos e fugazes, na perspectiva que as pessoas já assumem o “presente” como um imaginário “entre-lugares” que está somente separando o passado e o futuro, o fundamento normativo está configurado pelo pluralismo metodológico, ou melhor, por um conjunto heterointegrado que reúne o direito posto e as novas composições *linkadas* nos comportamentos que se repetem como tendências de relações sociais cuja consciência está deprimida, está no divã, tentando entender se a humanidade está no início de uma nova era, ou no final de seus dias.

O fundamental é visualizar o ponto de partida e o ponto de chegada dessa hiper performance jurídica, que decorre da cultura pós-moderna.

¹¹ “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. Rivista di Diritto Civile, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

O Estado Constitucional tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Por entre a dignidade e os valores a serem atingidos, está a desterritorialização das relações jurídicas – nisso, a importância de um “modo-de-ser” que permita avistar as novas relações e os crimes que disso podem eclodir, o que não fere o princípio da tipicidade ou da legalidade, apenas movimenta o “como” avistar a natureza das coisas em um mundo cada vez mais dinâmico.

1.2 A experiência virtual como uma perigosa dupla face desterritorializada das relações afetivas

Lorenzetti chega a comentar que “se a norma se refere ao lugar ou ao tempo, e essas noções mudam, pode ser produzida sensível desestruturação do direito. Existe um novo espaço: o cibernético (ciberespaço), diferente do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o que converte em um objeto refratário às regras legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos”¹².

Em realidade, o ciberespaço é um “não-lugar”, quer dizer, um veículo não palpável aos sentidos e sentimentos modernos, um desenquadramento das estruturas inerciais de outrora, tanto que a relação de tempo e espaço assumem dimensões não pontuais. Ao contrário do hermetismo formalista, o direito não demanda meros enquadramentos, antes reclama critérios para ancorar soluções hipercomplexas e contingentes. Ou melhor, o tempo e o espaço estão fragmentados na velocidade que a internet as relações jurídicas que ela implica são imediatistas e concomitantes.

O regime espaço-temporal, outrora uma essência das relações jurídicas, torna-se uma contingência de objetivos a serem alcançados – sejam objetivos econômicos, sexuais, comunicativos, religiosos, ou, inclusive, criminosos.

O que se pretende, assim, é demonstrar que os operadores do direito devem estar preparados para lidar com velhos conceitos ou definições, porém, através de uma nova metodologia de trabalho. Um “como” fazer as premissas dialogarem enquanto um processo social e moral em diuturna construção. Isso é direito: um processo de estabilidade marcada que segue os passos contínuos da sociedade, um movimento eminentemente cultural.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2ª ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50.

Seja no mercado, no direito de família, ou no direito criminal que se entranhou nas relações domésticas-afetivas. O exame dos particularismos é abstrato em sua origem, a título de sistematização, contudo, é sincrético na solução das contendas cada vez mais complexas – porque nada mais é absolutamente depurado em um ou em outro compartimento jurídico, tudo se intercomunica.

A relativização do “não-lugar” espaço-tempo, na matriz digital, remete a uma metodologia de trabalho que reflita, com coragem e veemência, sobre esse pluralismo identificado. Os clássicos cânones da aplicação hermética de normas – como a hierarquia, a especialidade, a cronologia, a gramática – acabaram se tornando pontos de vista auxiliares, secundários.

Em primeiro lugar, porque uma metódica contemporânea não dispensa uma separação ortodoxa do fato e do direito; em segundo lugar, porque o fenômeno da desconstrução dos limites espaço-temporalmente, outrora absolutos, reclama um diálogo entre as fontes para que as funções, para que as finalidades das programações sociais sejam, juridicamente, também respaldadas pela maneira de compreender e aplicar o direito.

O fenômeno da desterritorialização¹³ reflete, no direito, uma nova estrutura de um sistema social, ou uma desestruturação do classicismo da modernidade. Justamente, Luhmann reitera, desde seus primeiros escritos, que a sociedade é um sistema e o direito deve responder, com elasticidade, às reformulações desse sistema – que está em constante transformação. “No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo”¹⁴.

Em escritos mais recentes, Luhmann deixou ainda mais clara a noção de “abertura” do sistema, para o atingimento de finalidades.

A internet¹⁵ deixou de ser um meio de comunicação para se transformar em um *modo-de-viver*.

¹³ Cássio Benvenuti de Castro, op. cit., passim.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

¹⁵ O ambiente virtual – o “não-lugar” palpável – ocasiona a desvinculação entre a mensagem e o instrumento ou meio pelo qual a mensagem é transmitida. O que importa é o resultado, o atingimento da finalidade, ou seja, a celeridade e a precisão na transmissão da mensagem. O resto é contingência que pode ser recuperada em um organismo que, embora liquefeito, pode ser reprimado porque deixa rastros de reiperseção tecnológica. Ou seja, a linguagem da internet é tão dinâmica quanto rastreável, daí que o próprio fenômeno da confiança assume uma dupla via: atende aos clássicos ditames da boa-fé, mas, também está encerrado na possibilidade de back up ou de recuperação daquilo que tenha sido informado. Ver GARCIA JR., Armando Alves. Contratos via internet. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 25/6.

Nas relações afetivas ocorreu o mesmo. Porém, em grande medida, as pessoas coisificaram ou transmutaram as pessoas em personagens de “teclagem”.

Acabou o amor?

Talvez.

Uma conclusão que é pessoal, depende da vivência experimentada por cada vivente.

O que não se pode negar é que um casamento não tem durado mais que cinco ou três anos, e que os namoros perdem espaços para a ficção. Espécies que reclamam atenção da repercussão da *law and economics* no direito de família – além das mazelas criminais que os encontros virtuais, céleres e inúmeros acabam por despertar. Afinal, o Brasil é o país do jeitinho, e o esconderijo do “perfil *fake*” constrói a glória do delito de rapinagem (seja o crime praticado por homens ou mulheres).

Com efeito, se a sociedade está em constante movimento, o que sobra nisso tudo?

A saída é tender para o desforço metodológico, no sentido de estabelecer uma imperatividade que encerra a inerente tensão de valores mínimos que, em alguma medida, mantenham uma previsibilidade nas relações.

O ponto de contato entre o movimento cultural pluralista e o direito são os valores. Porque falar em cultura é falar em valores. Ainda, o direito atual, o direito do Estado Constitucional reclama uma posição e uma positivação cuja regra de reconhecimento advém de pautas éticas. Em outras palavras: o direito se aproximou da moral.

Por isso que, para além da técnica, é necessária a ética, a alma, o retorno dos sentimentos – embora, o que mais se verifica é a mercantilização do sentimento.

A metódica estruturante (Müller) e o diálogo das fontes (Jayme), que, respeitosamente, em grande medida evoluem aspectos das teorias dos sistemas desde Parsons, Luhmann e Teubner, fornecem encerramentos de regulação jurídica significativos para ajudar a resolver diversos problemas jurídicos que se apresentam, pelo menos, no cenário brasileiro.

A desterritorialização é diretamente proporcional à desregulamentação¹⁶ das relações. Daí que tais fenômenos estão marcados pela ubiquidade (possibilidade

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 88.

de estar em mais de um lugar ao mesmo tempo), pela dinamicidade (aceleração das relações) e pela liberdade. Com a relativização dos conceitos do objeto e do sujeito, porque tudo passa a depender da interação ou comunicação pluralista, assume relevo a nota metodológica que empresta previsibilidade (leia-se: qualificação jurídica) a situações tão díspares quanto aparentemente incertas.

O método pressupõe axiologia, ou seja, o *revival* da ética nas relações, o privilégio dos paradigmas consagrados como fundamentais. Tanto no combate à dinheirização das relações afetivas, como no combate ao crime que esmaga o sentimento em nome de uma cifra.

2 OS EFEITOS CRIMINAIS DECORRENTES DA DESTERRITORIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS

As relações afetivas desencadeadas pela desterritorialização (cibernética/digital) facultam um campo aberto para emboscadas patrimoniais. Os usuários, conseqüentemente, elaboram novas configurações para a própria proteção patrimonial, seja no intuito de cobertura negocial como para os blindar da criminalidade.

Os perfis que, no florescer das redes sociais aparentavam uma descoberta e uma aparente “segurança”, pelo fato de descobrirem amigos ou afinidades em comum, atualmente, tornaram-se iscas falseadas que escamoteiam oportunidades para cooptar vítimas de ataques preordenados.

No Brasil, a criminalidade de rua não chegava a ser “tão organizada”, há pouco tempo atrás.

O brasileiro não dispunha de cabedal de conhecimento para alavancar condutas que previssem causa-consequência tamanho danosas. Acontece que os usuários do ciberespaço se encerram em outro tipo de pessoas – indivíduos com formação, inclusive, acadêmica, e que se valem dos conhecimentos angariados pelo estudo e pela prática para o desgraçado terreno do oportunismo, concatenando-se em alcateias outrora não previstas pela criminalidade de rua.

Daí a dificuldade de se acreditar que algo pode acontecer errado, quando alguém encontra outrem em aplicativos eletrônicos.

Seria inverossímil!?

Na obra denominada *Poética*, Aristóteles¹⁷ refere que o impossível prende mais a atenção que o improvável.

Um exemplo é autoexplicativo.

No filme *ET – O Extraterrestre*, da década de 1980, parece impossível que uma criatura daquelas se hospede na casa de um ser humano, porém, é provável que, no caso do ET se hospedar, mesmo, ele queira entrar em contato com os seus pares (*ET phone home*). Por isso que essa película foi um sucesso bombástico.

A impossibilidade na contrapartida da probabilidade.

De outro lado, é possível que um avião apresente um problema e comece a despencar dos céus. Contudo, torna-se improvável que algum passageiro leia todo o manual de socorros, ligue para os bombeiros, e aprenda, por telefone, a pilotar a aeronave.

Isso seria um roteiro *batido*, sem graça, porque possível, mas improvável.

A rede social e seus derivativos de conhecer pessoas e persuadir relações afetivas tem disso: o perfil elaborado traz informações reputadas, aparentemente, fidedignas, sendo provável que tais agendas sejam fiéis ao usuário; contudo, é quase impossível ou inacreditável que um sujeito se valha da boa-fé do circuito para perpetrar crimes.

Mas, os crimes têm ocorrido com frequência. Independente da opção sexual. O curioso que a mulher se encorajou a praticar fatos outrora não imagináveis no mercado social. Assim como no trabalho, a mulher penetrou no crime.

O que parecia seguro, aquilo que despertava um alívio por conhecer afinidades e amigos, hoje, tornou-se perigoso, na medida em diversos casos de abusos e infidelidades informacionais são relatadas. Fatores que acabaram despertando o medo, a desconfiança, e inserindo o que seria “afetivo” no mercado da *law and economics* ou, propriamente, do crime sincretizado ao interesse unicamente particular do oportunista.

Um interesse pré-concebido, uma arapuca.

¹⁷ O estagirita formulou essas premissas há uns 2350 anos, no Liceu, que ele fundou, no centro de Athenas, como presente de Alexandre – O Grande; após Aristóteles ter sido injustiçado, e não ter herdado a “academia” de Platão, porque ele não era ateniense, mas natural de Estagira. Naquela época, tal naturalidade era equivalente à condição de um escravo (um objeto, um animal).

2.1 O espaço virtual propício à maximização de interesses individuais (o legado econômico)

O modelo econômico brasileiro, previsto pela Constituição e as normas reguladoras decorrentes, estabelecem um controle misto do espaço mercantil. Quer dizer, liberalismo e intervencionismo atuam em determinados assuntos programaticamente estudados, de maneira preservar a autonomia privada – vértice do capitalismo – nos limites pautados pelo sistema.

Em direito de família e nas relações jurídicas por ele reguladas, a economia também desempenha influência. Couto e Silva¹⁸ refere que o direito de família enseja relações pessoais e patrimoniais. O raciocínio clássico já definia as bases das instituições basilares da sociedade. Ocorre que, no *modo-de-ser* cibernético, resta evidente o individualismo dos sujeitos, o endeusamento das pessoas, que laboram donas de interesses particulares alheios à alteridade.

Vale dizer que o utilitarismo ganhou força.

Ou, na vertente da *law and economics*, o que “interessa é o interesse”, tanto que Posner refere que a tendência das pessoas é maximizar seus próprios interesses, a despeito da ética e da justiça, dentre outros valores eminentemente jurídicos. A rede social, os avatares desterritorializados, enfim, potencializam a prevalência do interesse por sobre o ser humano. Daí que, para além da matriz pessoal e patrimonial, antevista por Couto e Silva¹⁹, em 1982, no terceiro milênio, o direito de família e as relações afetivas, em especial, as descobertas pelo ciberespaço, também estão sujeitos a relações criminais – chame-se o crime de “relação ou de evento”, como se preferir.

O importante é que uma nova ordem mundial está despertada, porque não se sabe quem está editado por detrás das fotos dos perfis de relacionamento.

O problema das relações afetivas líquidas, escorregadias, descartáveis, que são desencadeadas pelos aplicativos de celular ou pela rede social dos computadores está nesse paradoxo: quando se pensa que é mais seguro conhecer uma pessoa por acesso a afinidades ou amigos em comum, mergulha-se em uma areia movediça de disfarces que atribuem periculosidade criminosa aos encontros, no mais das vezes, eventuais.

¹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. Revista do Serviço Público, vol. 110, 1982, passim.

¹⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. Revista do Serviço Público, vol. 110, 1982, passim.

Inevitavelmente, o direito de família deve encarar tais relações como criminais.

Não bastasse a já classificada violência doméstica de gênero – também, um compartimento que pode ser atribuído como “familiar” –, a desterritorialização das relações afetivas apresenta um novo enfoque a ser investigado.

A economia reage ao direito e, na volta, também é implicado pelo direito. Relações recíprocas em uma cultura sincrética, de vasos comunicantes. Contudo, no crescimento do isolacionismo-particularismo dos seres humanos, ainda mais, em tempos de crise econômica, grassa o oportunismo de artífices criminosos nos espaços do anonimato digital. Porque o computador ou o celular aceitam tudo, desde fotos editadas a nomes falseados.

O problema é que a interdisciplinariedade entre direito e economia não corresponde à mera justaposição, antes implica um sincretismo hipercíclico²⁰. A decisão jurídica deve sopesar o consequencialíssimo respaldado pela economia. Em direito de família – no especial, nessas relações afetivas descartáveis –, o aspecto econômico tem assumido protagonismo, bem ao contrário do ideal de subsidiariedade que os protagonistas da Escola de Chicago, inicialmente, elaboraram. Deveras, o que era para ser um ricochete, uma consequência, até uma contingência, transmutou-se em razão-de-ser de determinadas condutas.

Tudo sopesado, a “pegação” e a “ficação” entabuladas pela rede social retiram, no mais das vezes, o caráter pessoal da relação afetiva. O que aponta para uma patrimonialização crescente do direito, em suas conversas e relações interpessoais digitais.

Pior, os aplicativos acima exemplificados abrem o portal do crime aos usuários, uma vez que são manuseados com premeditação, procurando-se não uma pessoa com afinidades, antes um alvo para que seja praticado, por intermédio da internet e dos aplicativos digitais, o logro patrimonial. O usuário dos perfis de relações se insere em um circuito de vulnerabilidade.

O bombardeio de *crashes* e *likes* contagia e orgulha, em um primeiro momento.

Em decorrência, contudo, trata-se de um *click-agreement* perigoso cujo pivô delitivo figura como algo real, em um ambiente propício que não deixa

²⁰ PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa; MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro. A teoria do direito: uma análise da influência do law and economics na construção do pós-positivismo. Revista de Direito do Trabalho, vol. 191, 2018, passim.

rastros para as vítimas que se culpam mais que, propriamente, buscam a responsabilização dos culpados.

2.2 A hipervulnerabilidade do “não-lugar” eletrônico e o portal do crime

O art. 226 da Constituição estabelece a pluralidade exemplificativa das entidades familiares. Além disso, repercute que o afeto consiste o epicentro do circuito dessas relações, sendo contingentes as relações nas quais ele não se desenvolve – como a “ficação” ou a “pegação”²¹.

Embora sem constituir uma entidade familiar clássica – o namoro, a “ficação” e a “pegação” –, ainda que desencadeadas pelos fortuitos encontros veiculados pela cibernética, tais fenômenos podem gerar efeitos civis ou, inclusive, criminais. Na realidade, é cada vez mais fácil identificar quando um crime acontece, facilitado pela utilização espúria da ferramenta.

O problema é que as pessoas não relatam, havendo uma cifra obscura de eventos, por ocasião da vergonha e do medo que as vítimas acabam sendo acometidas. O sentimento emocional de culpa, também, consiste em elemento de resignação da pessoa vitimada por um algoz cujo modelo de operação é digital. Alguns exemplos já tomaram parte do cotidiano – não estão adstritos ao sexo ou à opção sexual dos agentes, é tudo questão de oportunismo, bem à moda brasileira (o país do jeitinho).

A hipercomplexidade da pós-modernidade estipula uma vulnerabilidade emocional, patrimonial e pessoal.

O ser humano que manuseia a internet não sabe o que está por acontecer, tudo pode mudar, de uma hora para outra, e de um local para o outro. Em realidade, o local é o que menos importa, porque o vínculo de marcação da mínima estabilidade, para a relação jurídica, está na metodologia que estrutura normas e pauta a funcionalidade e os objetivos a serem alcançados.

As perspectivas metodológicas do direito, na atualidade, em especial, no tocante ao modo-de-vida internáutico, podem ser sintetizadas em duas ideias

²¹ OLIVEIRA JR., Egnaldo dos Santos. Estelionato sentimental – a responsabilidade civil pela exploração econômica no curso do namoro: quando o amor paga a conta. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 78, 2017, passim.

fundamentais: a natureza cultural do direito, ou seja, existe um ambiente pré-dado que, através da tradição, por intermédio das novidades sociais, estabelece uma natureza comum às coisas praticadas pelos grupos que marcam as relações jurídicas; além disso, as decisões jurídicas sempre estão pautadas em uma estruturação normativa, em normas jurídicas²².

Quer dizer que a “norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua ‘aplicação’ não pode se esgotar somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele apenas é imaginado – destacam-se como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo seu. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo de formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas”²³.

Realidade e direito, ou sociedade e normas encerram um “processo estruturado e estruturante” de soluções decisórias. Ou seja, por ocasião das normas apresentarem um âmbito de incidência que, avistados na perspectiva cultural (da tradição), demanda-se um constante circuito avaliativo que firma tanto a importância da substancialização (observação dos novos ou inéditos fatos) como a criteriosa tensão entre os sentidos que podem ser conferidos a tais fatos – isso é possível através de um diálogo entre as fontes jurídicas, porque o ordenamento jurídico não positivou tudo o que acontece no “não-lugar” virtual.

Pelo contrário, a cada dia surgem novidades cuja valoração remete ao complemento metódico que transcende a mera analogia jurídica.

A teoria do diálogo das fontes vem ao encontro das metódica estruturante de Friedrich Müller, ainda mais, tratando-se do comércio eletrônico, temática majoritariamente utilizada pelas contratações massificadas que, atualmente, movimentam a economia que se esconde na afeição das relações afetivas.

²² CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXI.

²³ MÜLLER, Friedrich. Metodologia do direito constitucional. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

Por “contingência”, nesses casos, entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, “que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não está lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”²⁴.

O “não-lugar”, a ubiquidade, a falência dos lugares privativos, a heterointegração, os particularismos, o descrédito resolutivo dos cânones ou das lógicas-formais, as transições velozes e os imediatismos, enfim, reconfiguram figuras jurídicas em todos os compartimentos do direito. Desde o direito das obrigações até o direito de família, inclusive, para o direito criminal.

A *internetworking* ou o ciberespaço deixou de ser um meio ou uma modalidade de encontros, trata-se de forma-de-viver.

Uma forma perigosa.

Nesse carrossel interminável de informações miscigenadas, díspares, concomitantes e, sobretudo, desmaterializadas dos átomos do corpo sensível do homem de carne e osso, perde importância investigar a regra jurídica estrita. De outro lado, ganha relevo saber que a interconectividade entre fatos e direito chega a não seguir regras prontas, esse pluralismo de valores e de diferenças, mesmo, possui espaços de autorregulação, o que demonstra um perfil aberto, movediço, dúctil, que ora se aproveita de normas prontas, ora apresenta uma experiência jurídica cujo modelo ou estado de coisas remete ao desempenho de uma função – uma finalidade social.

Daí a importância do realismo metodológico²⁵.

A supervivência da dogmática positivista trabalha com uma separação ou justaposição entre fatos e normas, entre ser e dever ser, entre texto da norma e

²⁴ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45/6.

²⁵ “O direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o direito foi, ao longo da história, procurando as soluções possíveis”. Portanto, qualquer estudo subentende problemas, supõe casos da vida, o que nem sempre se trata de um estado de coisas repetido. – aliás, a característica precípua da cibernética é a novidade: o “novo” é aquilo que faz sucesso, sendo desprezível o ato repetido, o caso já pensado, a virtualidade outrora viralizada. Ver CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXIV.

normatividade. Com efeito, a maneira ortodoxa de resolver os problemas novos é a “adaptação”, é tentar ajustar as relações afetivas – por exemplo – àquilo que já existe no ordenamento. Sem possibilidades de lacunas, sem chances de tensões valorativas, porque, “questões jurídicas efetivamente em aberto não podem surgir. Cada nova questão jurídica da práxis já foi solucionada pelo sistema”, conforme a crítica de Friedrich Müller²⁶.

Na verdade, o Estado deve interferir com razoabilidade e suficiência quando as relações afetivas – em especial, as desterritorializadas – avançam para o terreno da criminalidade.

A dignidade da pessoa é uma empresa em construção, porque esse padrão de igualdade não é um dado da realidade, mas um objetivo a ser construído através de ações estatais positivas. Daniel Sarmiento refere que “os mecanismos de jurisdição constitucional ao longo do século XX, conferiram ao Judiciário a possibilidade de exercer o controle sobre as ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo próprio legislador. Assim, ao lado da igualdade perante a lei – que se destina ao aplicador da norma e veda que ele a empregue com discriminações ou favoritismos – tornou-se possível combater também a igualdade na lei, convertendo-se a isonomia em parâmetro de valoração de todos os atos normativos”²⁷. Para além da previsão de um contexto de normas jurídicas abstratas, a fundamentalidade material de tutela dos indivíduos dispensa a modalidade de ataque. Seja qual for a ofensa, ela deve ser prevenida e reprimida, naquilo que o direito penal pode contemplar nos desdobramentos das relações domésticas.

Os efeitos irradiantes ou as implicações decorrentes da fundamentalidade do dever de tutela, consoante Ferrajoli²⁸, encerra imposições de ordem normativa, pragmática e hermenêutica. O efeito normativo condiciona as regulamentações infraconstitucionais e derroga as normas que não se conforma ao sistema. O efeito pragmático enseja a organização de procedimentos e técnicas que devem

²⁶ MÜLLER, Friedrich. Metodologia do direito constitucional. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 193.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97 e seguintes.

ser entregues para efetivar a tutela do consumidor. O efeito hermenêutico²⁹ está na imposição da integração, da interpretação e da construção dos sentidos das normas de maneira adequada à unidade de sentidos funcionalizada à defesa do consumidor. Dessarte, falar em perspectiva objetiva ou subjetiva, em eficácia vertical ou horizontal, ou eficácia vertical com repercussão horizontal, bem como falar em multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é uma terminologia alexyana³⁰ que ratifica as indicações polissêmicas da teoria de Ferrajóli. A teoria de um autor não precede à outra, o que interessa é consolidar que a elevação da defesa da pessoa como um direito fundamental e como um princípio reitor que torna imperiosa uma sistematização de normas e uma concretização de sentidos que preencha o compromisso da experiência jusconstitucional brasileira.

Falar em valores é ressaltar a cultura e, sobretudo, dizer que o direito reclama a aproximação da ética.

Vale repetir: o direito reclama a aproximação da ética. Justamente, a ética é uma inteligência compartilhada para a melhoria da convivência que, de tão importante, os principais valores estão previstos como direitos fundamentais. Nisso reside a grande mensagem das novas modalidades metodológicas estruturalistas: o paradigma ético ao qual o direito está conectado e através do qual está operando e resolvendo os problemas concretos.

A pós-modernidade e as relações hipercomplexas, sobretudo, desterritorializadas, abrem campo fértil para que diversas normas sejam manejadas para a regulamentação ou para a afirmação do vínculo de atributividade das relações jurídicas – outrora, meramente afetivas, hoje, com desdobramentos ou avanços para a criminalidade.

Os crimes decorrentes das relações afetivas anunciadas pelo *click-agreement* digital possuem os seguintes pressupostos:

²⁹ Os direitos privados, sobretudo os direitos que revelam o interesse social e o caráter de ordem pública, devem ser reconstruídos no processo e com um modo de ser do processo a partir das implicações determinadas pelos direitos fundamentais. Ver BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73/5.

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520.

Pressupostos dos crimes praticados por intermédio do <i>click-agreement</i> da rede social	a) o sujeito ativo (algoz) elabora um perfil <i>fake</i> ou um perfil editado para suprir a carência de determinada vítima pré-estudada;
	b) o sujeito passivo se trata de uma pessoa qualquer, que acredita na boa-fé dos usuários da rede social; logo, a vítima baixa a guarda e fornece dados legítimos e íntimos ao agressor;
	c) o móvel da busca não é afetivo, antes se trata de suprir um interesse patrimonial ou físico, um interesse passageiro e descartável;
	d) o desapego conduz o sujeito ativo à fragmentação e ao descarte de todas as suas condutas, ele não dispõe da alteridade e, assim, explora a confiança, a expectativa, a boa-fé, e a carência da vítima;
	e) o objeto perseguido não é construir relações, como pudera ter acontecido, no início das relações virtuais, porque a promiscuidade e a velocidade do tráfego permitiram que usuários se organizassem e formulassem um modelo de operação que avança diretamente contra o alvo – o dinheiro, a exploração emocional, a expectativa dos desavisados;
	f) o manuseio de diversos dispositivos com nomes e descrições falsas, por intermédio de vários celulares, ou veiculação de dados por computadores fantasmas (<i>lan houses</i>); isso dificulta as ações institucionais repressoras, ainda mais que os sítios das redes sociais estão situadas no exterior;
	g) a vítima, geralmente, é alguém com um toque de vulnerabilidade, que não dispõe da liberalidade de reclamar para as instituições – leia-se, trata-se de pessoa casada, com filhos, que podem ser ameaçados pelo algoz, ou com alguma coisa a perder (emprego ou círculo de amigos que reprova esse tipo de relações, seja por preconceito ou outra sorte de experiência);
	h) não raramente, o sujeito ativo se vale das instituições – morosas e burocráticas – que permanecem laborando com metodologias axiomáticas ultrapassadas, e não acompanharam o progresso do <i>networking</i> do atual ciberespaço.

Os pressupostos facultam estelionatos, extorsões, sequestros, ameaças, e golpes de diversos tipos. Crimes que estão previstos na legislação, mas que surpreendem pela agilidade com que são cometidos, e pela cifra lacunosa do não registro.

As pessoas acabam não registrando tais condutas por diversos fatores: vergonha, sentimento de culpa, e pela própria vitimização do algoz, porque, não raramente, o sujeito ativo pratica o crime, some do raio de visão da vítima e, ainda, pode movimentar as instituições contra o prejudicado. De fato, polícia

e demais instituições devem estar especializados no combate a essa modulação de condutas criminosas.

Do contrário, a vítima é sobrevitimizada no espaço de rapina vulgarmente aplainado pelos agressores.

2.3 Segue: casos de cybercrimes

Diversos crimes povoam a criatividade dos agressores – ainda mais, tratando-se do jeitinho brasileiro de tirar dinheiro sem trabalhar.

Vale lembrar, dentre os mais comuns, por tudo o que foi elencado em termos de desterritorialização:

A sextorsão, assim chamada, inclusive, pelo Boletim Geral em Medidas Especiais para Proteção contra a Exploração Sexual e Abuso Sexual da Onu, desde 2003, quando o algoz formula diálogos falsos ou fotos falsas das vítima, chantageando-a para angariar privilégio econômico;

O golpe dos gravídicos, do qual se valem os sujeitos sabedores das tênues linhas da Lei 11.804/2008, que indica serem precisos meros “indícios” para postular alimentos de outrem; com efeito, muitos juízes sequer tem conhecimento do exame de DNA pré-natal (perícia comum nos EUA) e, assim, conferem tutela a mulheres grávidas que forjam diálogos por WhatsApp ou por outros caminhos virtuais, ludibriando as pessoas com base na morosidade institucional;

A subtração de dados, informações privilegiadas ou até dinheiro (seja real ou virtual), por intermédio de penetrações internauticas em dispositivos virtuais alheios;

O cyberestelionato, quando o indivíduo vende produtos ou aluga espaços, porém, não entrega os objetos, utilizando-se de perfil falso e sumindo com o dinheiro alheio;

Ameaças ou arrebatamentos violentadores que intimidam as vítimas, como exaurimento dos crimes antecedentes.

Os efeitos colaterais das relações digitais abrem o portal do crime.

Torna-se mais fácil, no anonimato das redes sociais, praticar condutas e lograr vantagens cujas instituições não estão preparadas ou agilizadas para reprimir.

Mormente no Brasil, onde a vítima é sobremaneira “culpada” ou sobrevitimizada pelo simples fato de estar em um “não-lugar” errado em uma “não-hora” errada. A culpa sempre é do outro, e o brasileiro comum que acaba pagando, desgraçadamente, essa indigesta conta.

CONCLUSÃO

A rede social foi concebida (e festejada) pela aparente oportunidade de aproximar as pessoas. Ultrapassado o frenesi inicial, condutas falseadoras, perfis editados e mentiras criadas passaram a tomar conta do espaço digital. O direito não permanece alheio a essa disseminação.

Inclusive, o direito de família (ou as relações domésticas, um termo, quiçá, mais amplo) está implicados pelo *networking* do *click-agreement* das redes sociais. Outrora, classificavam-se efeitos pessoais e patrimoniais, ao direito de família. Atualmente, evidente um caráter criminal a ser decorrente das relações “afetivas” ou “oportunistas”, porque, enfim, o crime se encerra em uma linha de domesticidade.

Como diria um mágico: quanto mais perto se vê, menos se enxerga; ou, o último a perceber que está dentro d’água é o peixe.

As breves linhas apontam para o perigo da rede social. Uma sorte de “soft law in action” *oppure* “l’attività dello diritto mitte”, que faz avançar o crime por sobre os velhos institutos depurados do direito de família (ou das famílias, art. 226 da CF).

Existe um sincretismo interdisciplinar entre economia, direito e criminalidade.

No especial, em um país que sobrevive entre crises, sobressaltadas por um saldo de “guerras” que dizimaram o país e foram denominados – pelos donos das refinaria – de “Copa do Mundo e de Olimpíadas”. No país do oportunismo, onde o suborno é conversa de novela, onde milícia domina a segurança pública, valer-se da rede social para articular crimes está virando nota comum, possível, ou melhor, provável e verossímil.

Quem não faz é minoria, ou não é *brazooca* da gema. Não precisa subir o morro, porque, em um *click*, o assalto estoura pela energia do inesperado.

Salve o Brasil das novelas – porque o real é deveras mais horrendo que o drama de Néilson Gonçalves.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, nov/2017, vol. 481.
- FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GARCIA JR., Armando Alvares. *Contratos via internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, vol. 759, jan/1999.
- KLEE, Antônia Espindola. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2ª ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.
- PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa; MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro. A teoria do direito: uma análise da influência do law and economics na construção do pós-positivismo. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 191, 2018.

REIS, Jordana Maria Mathias dos; ALMEIDA, José Luiz Gavião. Contrato de namoro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, 2018.

SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. *Revista do Serviço Público*, vol. 110, 1982.

SYDOW, Spencer Toth. Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 107, set/2018, vol. 995.

OLIVEIRA JR., Egnaldo dos Santos. Estelionato sentimental – a responsabilidade civil pela exploração econômica no curso do namoro: quando o amor paga a conta. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 78, 2017.

DESAFIOS DO DIREITO NA ERA DA INTERNET: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS

Fabiane Barbosa Marra¹

Resumo: As transformações propiciadas pelos avanços tecnológicos, especialmente pelo aperfeiçoamento da Rede Mundial de Computadores, inovaram e criaram maneiras de se comunicar, informar, negociar, pesquisar, trabalhar e, inclusive, praticar crimes. Nesse cenário, os indivíduos passaram a compartilhar experiências, fatos, notícias, viagens e dados em uma questão de segundos, muito embora se encontrassem em localidades diversas. Além disso, a Internet também se tornou um espaço para a ocorrência de delitos como furtos, estelionatos, racismo, pedofilia etc. No presente artigo, o que se busca é o estudo acerca do desenvolvimento da sociedade sob o viés tecnológico e emparelhado com o Direito, mormente quanto às disposições penais materiais e processuais aplicáveis ou não em casos de crimes praticados atrás das telas dos aparelhos informáticos. Frisa-se que o método a ser utilizado será o crítico-normativo, a fim de que haja maior efetividade das normas jurídicas vigentes.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna, diante do progresso do conhecimento e da multiplicidade dos percalços que insurgem, inaugura uma nova fase da evolução

¹ Mestre em Direito pelo programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP/2019). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG/2017/2019). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG/2016). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2016). Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos (2015). Email: fabianemarra@hotmail.com.

do homem e das suas respectivas criações. Nesse sentido, este corpo social hodierno caracteriza-se pela dificuldade de se antecipar e de se contrapor adequadamente aos riscos, sejam eles individuais, ecológicos, sociais ou políticos (ROVER, 2004).

As ameaças e os perigos evidenciam-se por meio de uma sociedade transformada e, supostamente emancipada, razão porque o Estado ainda encontra profundos obstáculos para superar apuros e para estabelecer critérios adequados e duradouros de prevenção e atuação. Em outras palavras, inexistem respostas acabadas aptas a conferir uma segurança social e estatal completa frente às inúmeras situações de crises que emergem no tempo e no espaço atualmente.

O desenvolvimento tecnológico, principalmente relacionado à Rede Mundial de Computadores, sem dúvidas, proporcionou avanços significativos para a integração social, ciência, indústria, entre outros. Mas, paralelamente, também concorreu na aparição de novas formas de degradação da coletividade. Se por um lado a Internet perfaz um dos maiores veículos de propagação da informação e do conhecimento, concomitantemente, se tornou um lugar de condutas desagregadoras e criminosas.

Assim, este artigo propõe maneiras de estimular e de incentivar a criação de mecanismos e alternativas a fim de minimizar os riscos decorrentes do uso irresponsável e delituoso da Internet no Brasil. Para tanto, parte-se de conceitos e de classificações correlatos à questão, em especial sobre a configuração da sociedade informacional, a própria Internet e os crimes virtuais. Após, concentra-se nos desafios concernentes ao Direito Penal e Processual Penal vigente em relação aos crimes virtuais. Ao final, apresenta-se parâmetros de atuação do ente estatal, sobretudo apontando os aspectos penais trazidos pelo Marco Civil da Internet.

2 SOCIEDADE INFORMACIONAL E A INTERNET

A expressão “sociedade da informação” (WERTHEIN, 2000), marca o desenvolvimento do corpo social a partir do século XXI não apenas a nível local, mas também mundial. Rotineiramente utilizada nos meios de comunicação, sociedade da informação veio como um substituto da sociedade “pós-industrial”. Esta sociedade informacional, como dispõe Castells (2000), encontra-se ligada à expansão e à reestruturação do capitalismo. É uma nova forma de organização

econômica e social pautada nas novas tecnologias, especialmente com o desenvolvimento da Internet, o que traduz a ruptura do modelo de contrato social entre capital e trabalho, então característicos do capitalismo industrial. Há, pois, alguns aspectos inerentes: informação como matéria prima; alta penetrabilidade das novas tecnologias; convergência das tecnologias e diferentes áreas do saber; flexibilidade quanto aos processos que são reversíveis; e, ainda, predominância da infraestrutura de Rede.

Nesse contexto, a comunidade atual (OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2007a) é notada pelo tratamento da informação. Cada indivíduo e entidade não só possui meios próprios para retenção de dados, mas, de igual forma, tem uma aptidão quase ilimitada para conectar-se às mensagens captadas e, não bastasse, também tem a capacidade para ser um percussor da informação. Logo, a sociedade da informação é arquitetada com base nas tecnologias de comunicação e informação, que abarcam técnicas, aquisição, conservação e propagação de informações por instrumentos eletrônicos, tais como computadores, ipads, celulares, entre outros. Caracteriza-se, ainda, por:

ser aquela em que o desenvolvimento encontra-se calcado em bens imateriais, como os dados, a informação e o conhecimento. O conceito da sociedade da informação é amplo e não se reduz ao aspecto tecnológico, abrangendo qualquer tratamento e transmissão da informação, que passa a possuir um valor econômico (OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2007b, p. 143).

Os membros da sociedade, empresas públicas ou privadas, (OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2007c), onde quer que se encontrem e de que forma lhes é mais conveniente, têm a possibilidade de compartilhar e obter notícias instantaneamente valendo-se, em especial, da Rede Mundial de Computadores. Nessa linha, a Internet é um instrumento inerente às novas práticas da sociedade da informação, mormente porque é o principal veículo para troca de informação à distância.

Surgida na Guerra Fria², a Internet foi amplamente desenvolvida pelos Estados Unidos da América com o fito militar, apesar de já existissem estudos anteriores acerca da Rede. Almejava-se uma tecnologia que interligasse computadores situados em localidades diferentes, permitindo um maior controle sobre a então União Soviética. Com o passar do tempo, a informática e a Internet perderam o cunho de Guerra, ganhando espaço nas mais variadas relações humanas. Nos

² A Internet foi amplamente desenvolvida no auge da Guerra Fria. Esta foi instaurada entre os dois pólos mais influentes e antagonicos no mundo à época: União Soviética e Estados Unidos, em meados da década de 1960.

últimos anos, constata-se uma verdadeira revolução nos hábitos de comunicação, trabalho e entretenimento das pessoas, com o aumento excessivo de acesso às redes sociais, em virtude do barateamento destas vias de comunicação.

Conforme dispõe Robert Spadinger:

A Internet é onipresente, seja na vida individual, como entretenimento ou forma de comunicação, seja nas corporações ou até nos serviços públicos governamentais. Nos próximos anos, se assistirá à continuada escala da Internet e de todos os serviços conjugados em todos os setores. O mundo se transforma a cada dia mais em uma grande Rede, cada vez maior, mas conectada, disponível em qualquer lugar e em qualquer aparelho com o qual se realiza uma infinidade de atividades pessoais e profissionais (SPADINGER, 2012, p. 65).

A Internet reduziu as distâncias e permitiu a troca de mensagens instantâneas entre os indivíduos que se encontram em localidades diversas. Existe um intercâmbio social de experiências, modos de viver e pensar, representando, assim, uma face da globalização. Além do mais, a interligação dos computadores trouxe à tona um conceito novo de espaço, o ciberespaço. A utilização desta nova infraestrutura para práticas grupais influenciaram na autuação do Direito, o qual precisa ser rediscutido. No que tange a definição da Internet, Ticiane Moraes Franco (2014, p. 19) ressalta:

A internet como um sistema de rede aberta, expressa na liberdade do fluxo de informação, a partir de uma rede internacional de computadores conectados entre si, que possibilita o intercâmbio de informações e a transferência de arquivos de toda a natureza, entre máquinas que estejam conectadas a uma rede, por meio do protocolo de rede TCR-IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol).

O desenvolvimento das novas tecnologias refletiu consideravelmente na forma de se conectar na Rede. O Wi-Fi - "Wireless Fidelity" (ROHRMAM, 2005a) - representa uma inovação no meio de se comunicar, eis que é uma rede local de fácil instalação e mobilidade e que se vale de sinais de rádio, viabilizando ao acesso sem imposição de fronteiras entre os usuários. Aos computadores interligados na Rede, é atribuído um endereço singular, que representa um numerário de identidade, de localização, denominado TCP-IP (ROHRMAM, 2005b).

As Redes conectadas valem-se do TCP-IP, que significa "Internet Protocol", perfazendo um protocolo constituído por quatro bytes. Cada um destes é

composto por outros oito bytes. O primeiro aglomerado de quatro algarismos pode variar de zero a duzentos e cinquenta e cinco e, em regra, cada número encontra-se separado por ponto. Em relação ao dever de localização na Rede sobre determinada página, os computadores interligados memorizam o endereço de IP e seus respectivos designativos, propiciando detectar de onde partiram mensagens, arquivos, comandos, entre outros. E, segundo Rorhrmam (2005c, p. 1), mencionado protocolo “não é uma linguagem de programação propriamente dita, mas um padrão de comunicação utilizado pelos computadores para troca de dados”.

O provedor de acesso (DOMINGUES; FINKELTEIN, 2003), programa que viabiliza a conexão com à Internet, pode ser público ou comercial, havendo neste último a cobrança de tarifas ou assinaturas para o acesso às informações na Rede. Quando os clientes conectam-se à Internet, recebem uma localização conforme o endereço IP de seu respectivo provedor. Há, pois, um armazenamento e consulta de dados que permitem identificar o real endereço da página e o vestígio digital do usuário. Com efeito, a segurança na Internet enseja o aprimoramento de mecanismos tecnológicos. Nesse diapasão, destaca-se a possibilidade de criptografia que, segundo Shoueri (2001, p. 21/22), consiste em

assegurar a privacidade, a identidade da autoria, a inalterabilidade de conteúdo, enfim, a segurança na celebração dos contratos virtuais é que surgiu a criptografia, espécie de assinatura codificada, regulada pela criptologia, representativa da codificação de informações de forma apta a impedir a interceptação não desejada, por meio de convenções secretas às partes contratantes e às testemunhas.

Em outras palavras, a criptografia pode ser realizada pela linguagem assimétrica ou simétrica. Na primeira, a mensagem é criptada por uma chave pública e desvendada por uma privada. Já na simétrica, tanto na origem quanto no destinatário há uma chave secreta de descodificação. O espaço de acesso também é um elemento a ser considerado quando se trata da Internet. Apesar da conexão com a Rede ocorrer principalmente em casa e no trabalho, cada vez mais os internautas têm uma maior flexibilidade geográfica de acesso. Nas ruas, parques, praças e, também, aeroportos, é possível o acesso à Internet por meio das redes sem cabos de Wi-Fi, as quais podem ou não serem gratuitas e administradas por empresas de telefonia ou pelo governo.

Por fim, ao mesmo tempo em que se tem uma popularização dos meios de se interligar, há de se observar que os espaços públicos de acesso são cada vez

mais vulneráveis no que concerne à interceptação de dados, senhas e outras informações privativas do usuário. Há, portanto, o lançando de novos desafios quanto à segurança da Rede.

3 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A INTERNET

No Brasil, o Marco Civil da Internet encontrou entraves desde o projeto até a efetiva promulgação. Tais dificuldades não minimizaram a sua importância, ao contrário. Além do surgimento de uma nova fase da sociedade a partir no século XXI, o Direito certamente não acompanhou toda essa evolução tecnológica, principalmente quanto à prática de crimes virtuais. Assim, o Marco Civil trouxe diretrizes relevantes para a utilização da Rede Mundial de Computadores. Acerca da criação da Internet e da emergência da Constituição Federal de 1988, vale ressaltar que:

Essa Constituição chega em um momento de grande maturidade para a democracia brasileira, em que o país, havendo repellido uma lei de imprensa das mais sombrias origens, encontra-se a trilhar caminhos mais balanceados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos e garantias fundamentais. A questão que se apresenta agora é como fazê-lo no ambiente da Internet. Como estruturar os compromissos normativos e tecnológicos que compõe a Internet no Brasil para que ela seja, ainda que um instrumento de destruição criativa, também um espaço para preservação de certos valores essenciais não somente à sua natureza, como meio, mas à nossa dignidade como fim (THOMPSON, 2012, p. 3).

A ausência de regulamentação propicia condutas abusivas de alguns usuários, dada a sensação de liberdade irrestrita e impunidade. A criação do Marco Civil direcionou a forma de realização de negócios na Internet e também de diversas formas de entretenimento. O Marco Civil da Internet não estabelece sanções penais e, sim, orientações acerca das condutas praticadas no âmbito digital. Ressalta-se, por exemplo, que serviços prestados por empresas deverão apresentar-se com maior clareza aos usuários da Rede Mundial de Computadores, sendo, ainda, necessária a proteção de dados cadastrais dos clientes, não devendo divulgá-los sem a respectiva outorga.

De outra banda, a privacidade, a intimidade e outros direitos constitucionalmente previstos também estão inseridos na Lei 12.965/14. Em relação à liberdade de expressão, garantia fundamental, destaca-se sua readequação na realidade da Internet. A incerteza quanto a aplicação do ordenamento jurídico, mormente pela ausência de fronteiras que a Internet, ao mesmo tempo em que permitiu o

intercâmbio cultural, também despertou uma liberdade ilusória sem limite e, por vezes, um sentimento de impunidade. Ao encontro a estes problemas, o Marco Civil veio estabelecer previsões legais aos usuários da Rede. Assim, a retirada de determinados conteúdos do ar, por exemplo, se faz por meio de ordem judicial em consonância às previsões presentes na nova Lei.

Frisa-se que o uso da Rede Mundial de Computadores não se manteve voltado apenas para o bem da sociedade, pois nem todos os indivíduos valeram-se ou valem-se do ambiente virtual de maneira razoável e adequado. Existem, de fato, pessoas que acreditam que a Rede é um lugar sem lei, onde a qualquer tempo tudo se pode, criando outras formas para a prática delituosa ou mesmo aprimorando os delitos já viventes. Ante a tal conjuntura, a Internet deve ser entendida pelo Direito como “uma mídia eletrônica, na qual não há fronteira, não há limite territorial e as comunicações ocorrem ora com lapso de tempo, ora em tempo real” (DOMINGUES; FINKELTEIN, 2003, p. 130).

Forçoso reconhecer que, para o Direito Pátrio, muito embora não existam dois mundos diversos, um virtual e outro real, as necessidades demandadas no ambiente informático, em que vigora a Rede, são consideravelmente diferentes. Além do mais, mencionada evolução nas novas formas de se comunicar exigem do Direito, especialmente do Direito Penal e Processual Penal, uma nova dinâmica perante as ameaças oriundas do uso inadvertido da Internet. Antes, porém, urge destrinchar os principais crimes virtuais praticados por detrás dos aparelhos informáticos.

4 CRIMES VIRTUAIS

Cumprido destacar, inicialmente, que os crimes virtuais não abrangem apenas práticas no âmbito da Rede Mundial de Computadores, mas também quaisquer ação ou omissão que guarde ligação com sistemas informáticos. Isso porque, o computador pode ser apenas um instrumento, ou meio, tal como ocorre em uma fraude fora da Internet. Assim, é necessário compreender que a Rede é prescindível para configuração de crimes virtuais. Neste viés, Araújo Lima (1995, p. 127 e 133) consigna que:

No atual estágio de desenvolvimento científico, o conceito de criminalidade informática deverá girar em torno da idéia de direito de informação e de direito de informática, nos quais a informação, o ambiente e a relevância econômica serão fatores fundamentais. A informação há de ser considerada como um bem de valor econômico, cultural, e político, além de se haver transformado num potencial de risco específico. O ambiente há

de ser tratado como um elemento gerador da confiabilidade e segurança da informação, a despeito de sua vulnerabilidade. Esse novo modo de ver as coisas, torna evidente que os bens intangíveis devem ser tratados de forma inteiramente diferente daquela pela qual são tratados os crimes tradicionais, de caráter material.

Em relação ao conceito dos “crimes cibernéticos”, o secretário executivo da Associação de Direito e Informática do Chile, define:

Todas aquelas ações ou omissões típicas, antijurídicas e dolosas, trate-se de fatos isolados ou de um série deles, cometidos contra pessoas naturais ou jurídicas, realizadas em uso de um sistema de tratamento da informação e destinadas a produzir um prejuízo na vítima através de atentados à sua técnica informática, o qual, geralmente, produzirá de maneira colateral lesões a distintos valores jurídicos, reportando-se, muitas vezes, um benefício ilícito no agente, seja ou não seja de caráter patrimonial, atue com ou sem ânimo de lucro (MANZUR; PINHEIRO, 2000, p. 18/19).

Mais a mais, Reginaldo César Pinheiro propõe o conceito para crimes informáticos como sendo “toda conduta positiva ou negativa (ação ou omissão), praticada total ou parcialmente no ambiente informático e que venha causar algum prejuízo à vítima, seja ele patrimonial ou não” (ROSSINI, 2002a, p. 140). Ainda, quanto à definição de crimes virtuais, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento da ONU, dispõe: “o crime de informática é qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada, que envolva processamento automático e dados e/ou transmissão de dados” (ROSSINI, 2002b, p. 110).

Conclui-se, portanto, que crime virtual é a conduta típica, ilícita e culpável que preenche os pressupostos de crime ou de contravenção penal, ocorrida com dolo ou culpa, perpetrada por pessoa física ou jurídica por meio da informática, seja na Rede Mundial de Computadores ou não, e que vai de encontro à segurança do sistema informático, o qual deve observar a integridade, desimpedimento e a privacidade de indivíduos e entidades.

4.1 Classificações

Existem diversas classificações para crimes virtuais, entre as quais destaca-se a oferecida por Marco Aurélio Rodrigues da Costa (1995). Ele divide os crimes de informática entre puros, mistos e comuns.

O crime informático puro é o que se encontra relacionado ao sistema de informática, isto é, o sujeito ativo pretende apenas corromper os dados do computador do sujeito passivo, tais como o “software” e o “hardware” e, assim, é percebido nos vírus que contaminam um computador, por exemplo. Já o crime de informática misto, diz respeito à violação do bem jurídico diferente do sistema, porém este é instrumento inerente à consumação do delito, como ocorre no caso do furto eletrônico a contas bancárias online. E, por último, o crime informático comum é aquele que está previstos na lei penal e pode ou não ocorrer com o uso do computador, a exemplo da pedofilia, do racismo e do cyberbullying³.

Sergio Marcos Roque (2000), por sua vez, consigna duas categorias de crimes de informática: os praticados por meio do uso do computador e os efetuados contra os sistemas em si. Naquele, o computador é um instrumento para consecução do crime, que será um delito comum. Já nos crimes perpetrados contra os dados informáticos, a ação dos criminosos é voltada especificamente contra o sistema, configurando um delito autêntico, em que o uso do computador é essencial para a existência do fato típico, ilícito e culpável.

Noutro aspecto, Túlio Lima Vianna considera que os delitos virtuais subdividem-se em quatro grupos, quais sejam:

1) Delitos informáticos impróprios: são aqueles nos quais o computador é usado como instrumento para a execução do crime, mas não há ofensa ao bem jurídico inviolabilidade da informação automatizada (dados).

2) Delitos informáticos próprios: são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados).

3) Delitos informáticos mistos: são aqueles complexos em que, além da proteção da inviolabilidade dos dados, a norma visa a tutelar bem jurídico de natureza diversa. São os delitos derivados do acesso não autorizados a sistemas computacionais que ganharam “status” de delitos “sui generis” dada a importância do bem jurídico protegido diverso da inviolabilidade dos dados informáticos.

4) Delito informático mediato ou indireto: é o delito-fim não informático que herdou esta característica do delito-meio informático realizado para possibilitar a sua consumação (apud, ROSSINI, 2004, p. 121).

³ O termo caracteriza-se por um ou mais atos hostis repetidos e deliberados de ameaças e ofensas praticados por meio de aparelhos informáticos com acesso à Internet, em regra. No Brasil, diversos casos envolvendo pessoas famosas ganharam notoriedade, o que denota que ninguém está isento dessa prática grave e criminosa.

Após a exposição de algumas classificações doutrinárias para os crimes virtuais, não se pode olvidar do Décimo Congresso sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquent, celebrado em Viena (FURLANETO NETO e GUIMARÃES, 2003). Na ocasião, a ONU também relacionou tipos de delitos informáticos mais específicos, quais sejam: espionagem industrial (espionagem avançada feita em proveito de empresas ou próprio); sabotagem de sistemas (envio de mensagens que obsta aos verdadeiros usuários terem acesso a um determinado *site*); sabotagem e vandalismo de dados (apagar ou alterar base de dados); pesca ou averiguação de senhas secretas (programas de identificação de senhas dos usuários e cometer delitos contra a honra, financeiros, entre outros); estratégias (técnicas para violar segredos de segurança); pornografia infantil (armazenamento e compartilhamento de fotos de crianças); jogos de azar (pautado na falsa percepção da realidade e nos países onde é tido como delito); fraude (ofertas mentirosas no comércio eletrônico); e lavagem de dinheiro (utilizar de vendas pelo computador para ocultar transações).

Diante deste novo cenário e a par das principais definições e classificações dos crimes virtuais, é de suma importância tratar, neste artigo, no tópico seguinte, acerca da aplicação ou não das legislações vigentes no ordenamento jurídico aos fatos e agentes responsáveis pela prática de delitos cibernéticos.

5 DESAFIOS DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL NOS CRIMES VIRTUAIS

O Direito, ao aspirar a tutela do bem jurídico do cidadão, precisa impreterivelmente acompanhar a evolução dos costumes, hábitos e formas de se relacionar da sociedade, sendo, então, dessa forma, possível garantir uma proteção efetiva. Hoje em dia, indivíduos que, a princípio, não demonstram nenhuma vocação para práticas criminosas, valem-se do suposto anonimato da Rede Mundial de Computadores para aferir vantagens ilícitas de diversas naturezas, ou mesmo para propagar frustrações pessoais e ódio.

Dessa maneira, a mesma Internet que representa avanços tecnológicos na comunicação, na informação, na ciência, no comércio, é também aquela que difunde uma noção equivocada de impunidade, seja pelo referido anonimato, seja pela dificuldade no rastreamento do autor, ou ainda, seja pela dificuldade

de aplicação da legislação em vigor. É de se destacar já que existem alguns mecanismos tecnológicos que podem auxiliar na proteção dos bens jurídicos no que tange à Rede Mundial de Computadores, tais como: o controle de acesso subdividido em autorização e autenticação; dispositivos de defesa composto por um sistema ou um corpo de sistemas, que reforça o cumprimento de políticas de controle de acesso; “Virtual Private Network”, que permite a troca de informações seguras por meio da utilização de redes públicas; monitoramento de arquivos de registros gerados pelos serviços de rede; sistemas compostos de hardware e software capazes de capturar informações; e a Criptografia e assinatura digital (DOMINGUES; FINKELTEIN, 2003).

Todavia, a ausência de incentivos eficazes ao desenvolvimento de programas mais sofisticados, bem como a desvalorização de profissionais da área tecnológica, são desafios que precisam ser superados para que a Internet seja de fato uma rede de progresso em prol da coletividade. Além do mais, reconhecer que o Direito tradicional não acompanhou em igual medida as novas tecnologias, também demonstra que a legislação aplicável em toda a persecução penal no caso de crimes virtuais precisa de aperfeiçoamentos, pois, caso contrário, o processo estará fadado ao fracasso, em virtude da ausência de provas de materialidade ou autoria, ou pelo instituto da prescrição, por exemplo.

Por fim, conscientizar a população sobre o uso moderado e razoável, da Internet, nos limites constitucionais e em respeito aos direitos de si próprio e dos outros, é um importante começo para prevenção e controle das práticas criminosas no âmbito virtual.

5.1 Competência penal e crimes virtuais

A Internet perfaz uma teia de cobertura mundial, em que diversos computadores se encontram interligados. Os limites de aplicação do ordenamento jurídico de um determinado Estado, não obstante a inexistência de fronteiras que delineiam a soberania de um país, têm sido superado com o apoio mútuo, uns países com os outros. E isso é de extrema importância para a discussão acerca da competência dos crimes informáticos. Uma, porque não há um tratamento universal para aplicação de normas quando se diz delitos virtuais. Duas, porque ainda que existam tratados que dispõem sobre os crimes virtuais,

muitas vezes não há a reciprocidade, ou seja, nem todos os Estados aderiram determinado tratado, dificultando a repressão dos delitos informáticos numa relação mundial.

Além do mais, a partir do momento em que ocorrem mudanças nos hábitos e propostas, os fundamentos normativos também devem passar por um aperfeiçoamento, interpretativo ou literal, de modo a acompanhar as transformações em voga, o que abrange preceitos de territorialidade, jurisdição, local do delito, etc. Quanto à competência para apurar a prática dos crimes virtuais, existem peculiaridades que devem ser observadas dada a infinidade de crimes os quais se diversificam pelas formas de consumação e resultado.

Primeiramente, insta frisar que nem todos os crimes praticados na Internet são de competência da Justiça Federal. Para que haja a competência da União, é mister a adequação formal em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, incisos IV e V, da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Desta feita, o tão somente fato da conduta ter se concretizado pela Rede Mundial de Computadores não determina a competência Federal. É necessário que o delito tenha sido cometido no território nacional para a aplicação da legislação brasileira, bem como a adesão pelo Brasil a um tratado ou convenção internacional de combate à conduta então praticada e, ainda, uma relação de internacionalidade (iniciada a execução no Brasil, o resultado ocorre no estrangeiro; ou iniciada a execução no estrangeiro, o resultado ocorre no Brasil).

Destaca-se, a título de exemplos, os crimes de tráfico internacional de drogas, arma de fogo, pessoas para exploração sexual, envio ilegal de crianças ou adolescentes para o exterior e racismo, como modalidades em que a competência é da Justiça Federal, já que previstos em tratados internacionais e legislações pátrias. Em relação ao crime de racismo, especificamente, o Superior Tribunal de

Justiça definiu que a competência territorial será determinada conforme o local de onde partiram as ofensas tidas como racistas, confira-se:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO PRATICADO POR INTERMÉDIO DE MENSAGENS TROCADAS EM REDE SOCIAL DA INTERNET. USUÁRIOS DOMICILIADOS EM LOCALIDADES DISTINTAS. INVESTIGAÇÃO DESMEMBRADA. CONEXÃO INSTRUMENTAL. EXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO EM FAVOR DO JUÍZO ONDE AS INVESTIGAÇÕES TIVERAM INÍCIO.

1. A competência para processar e julgar o crime de racismo praticado na rede mundial de computadores estabelece-se pelo local de onde partiram as manifestações tidas por racistas. Precedente da Terceira Seção.

2. No caso, o procedimento criminal (quebra de sigilo telemático) teve início na Seção Judiciária de São Paulo e culminou na identificação de alguns usuários que, embora domiciliados em localidades distintas, trocavam mensagens em comunidades virtuais específicas, supostamente racistas. O feito foi desmembrado em outros treze procedimentos, distribuídos a outras seções judiciárias, sob o fundamento de que cada manifestação constituía crime autônomo.

3. Não obstante cada mensagem em si configure crime único, há conexão probatória entre as condutas sob apuração, pois a circunstância em que os crimes foram praticados - troca de mensagens em comunidade virtual - implica o estabelecimento de uma relação de confiança, mesmo que precária, cujo viés pode facilitar a identificação da autoria.

4. Caracterizada a conexão instrumental, firma-se a competência pela prevenção, no caso, em favor do Juízo Federal de São Paulo - SJ/SP, onde as investigações tiveram início. Cabendo a este comunicar o resultado do julgamento aos demais juízes federais para onde os feitos desmembrados foram remetidos, a fim de que restituam os autos, ressalvada a existência de eventual sentença proferida (art. 82 do CPP).

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante. (São Paulo. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 116.926/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 04/02/2013, DJe 15/02/2013).

De igual forma, e sob um aspecto mais aprofundado, a divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes em página da Internet também é delito de competência da Justiça Federal. Isso porque, além de estar previsto no artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil comprometeu-se, por

meio da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a combater a violência de cunho sexual contra crianças e adolescentes. Verifica-se, ainda, a transnacionalidade do delito, já que as imagens podem ser visualizadas em qualquer computador. Ademais, a competência territorial será da Seção Judiciária do local onde o réu publicou as fotos ou, quando a publicação ocorrer no exterior, deverá ser observado o artigo 7º, §2º, do Código Penal. É o que se extrai da jurisprudência do Tribunal Federal da 4ª Região:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PUBLICAÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO, EM AMBIENTE VIRTUAL, DE FOTOS E VÍDEOS PORNOGRÁFICOS ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES. INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO EVIDENCIADOS. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. ART. 288, DO CP. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. UTILIZAÇÃO DA INTERNET COMO INSTRUMENTO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE À TIPIFICAÇÃO CONSOLIDADA PELA LEI 10.764/2003. CONCURSO MATERIAL. SOMA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tratando-se da potencial prática de crime cuja previsão resulta de orientações traçadas em acordos e tratados internacionais - dos quais o Brasil é signatário - visando combater a pedofilia via internet, deflagrada a operação policial em território pátrio a partir de investigações realizadas no exterior, tem-se por caracterizada a internacionalidade necessária a vis atractiva da Justiça Federal (art. 109, inciso V, da CF/88). 2. Evidenciado, pela prova produzida, que o acusado, conscientemente, publicou e forneceu material pedófilo por meio da rede mundial de computadores, resta configurada a prática das condutas descritas no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto na redação original, quanto na anterior à Lei 11.829, de 2008. 3. O crime de quadrilha ou bando visa punir a associação de no mínimo quatro pessoas, que assim se reúnem de forma estável ou permanente com a finalidade precípua de cometer uma série de crimes. Nessa perspectiva, ainda que presentes os requisitos numérico e temporal (permanência das comunidades virtuais pedófilas por vários meses), não se tem por caracterizado o delito previsto no art. 288, do CP, quando a prova produzida evidenciar que a associação dos integrantes dessas comunidades virtuais não se dava de forma estável, mas, senão, ocasionalmente. 4. A alteração legislativa promovida pela Lei 10.764, de 12.11.2003 integrou ao caput do artigo 241, do ECA, a utilização da "rede mundial de computadores ou internet" como meio de comunicação apto a apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo

explícito envolvendo criança ou adolescente. Portanto, sendo o uso da internet inerente ao tipo, descabe a negatização da circunstância judicial culpabilidade sob esse fundamento. 5. Reconhecido o concurso material de crimes, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente, consoante o disposto no artigo 69, caput, do CP. Assim, sendo a soma das penas superior a 4 anos, inviável sejam elas consideradas isoladamente para fins de substituição por restritivas de direito (art. 44, inciso I, do CP). (Santa Catarina. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal. ACR 200572040079800, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 25/11/2010).

Diferentemente ocorre nos crimes praticados contra a honra por meio da utilização das redes sociais, já que terão a competência da Justiça Estadual, determinada pelo local do domicílio do acusado. Os delitos de calúnia, injúria ou difamação, ainda que praticados em páginas de acesso internacionais, ultrapassando os limites das fronteiras, em regra, são de competência do ente da Federação, pois normalmente não preenchem os requisitos para configuração da competência Federal. Veja-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE INJÚRIA PRATICADO POR MEIO DA INTERNET, NAS REDES SOCIAIS DENOMINADAS ORKUT E TWITTER. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 109, INCISOS IV E V, DA CF. OFENSAS DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1 - O simples fato de o suposto delito ter sido cometido por meio da rede mundial de computadores, ainda que em páginas eletrônicas internacionais, tais como as redes sociais "Orkut" e "Twitter", não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal.

2 - É preciso que o crime ofenda a bens, serviços ou interesses da União ou esteja previsto em tratado ou convenção internacional em que o Brasil se comprometeu a combater, como por exemplo, mensagens que veiculassem pornografia infantil, racismo, xenofobia, dentre outros, conforme preceitua o art. 109, incisos IV e V, da Constituição Federal.

3 - Verificando-se que as ofensas possuem caráter exclusivamente pessoal, as quais foram praticadas pela ex-namorada da vítima, não se subsumindo, portanto, a ação delituosa a nenhuma das hipóteses do dispositivo constitucional, a competência para processar e julgar o feito será da Justiça Estadual.

4 - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal de São Cristóvão/SE, o suscitado.

(São Paulo. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 116.926/SP, Rel. ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 04/02/2013, DJe 15/02/2013).

No mesmo sentido, é o caso da troca de e-mails com conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes entre duas pessoas residentes no Brasil. A competência será Estadual, haja vista que o fato permaneceu restrito entre duas pessoas, não subsistindo a internacionalidade. Confira-se o precedente do STJ, CC 121215 / PR, de 12/12/2012:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES RELACIONADOS À DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MEIO DA INTERNET. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE INTERNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES DO STJ. 1. O fato de o suposto crime praticado contra menores ter sido cometido por meio da rede mundial de computadores (internet), não atrai, necessariamente, a competência da Justiça Federal para o processamento do feito. 2. Para se firmar a competência da Justiça Federal, além de o País ser signatário de acordos e tratados internacionais, deve-se demonstrar que a divulgação das cenas pornográficas envolvendo crianças e adolescentes efetivamente ultrapassou as fronteiras do Estado Brasileiro. 3. A hipótese dos autos demonstra ser apenas a troca de mensagens eletrônicas entre pessoas residentes no Brasil, por meio de correio eletrônico e de comunidades virtuais de relacionamento como MSN, sem transpor a fronteiras do Estado Brasileiro, ausente o requisito da transnacionalidade, motivo pelo qual deve ser apurada pela Justiça estadual. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Rolândia/PR, o suscitado. (Paraná. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 121215/PR. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 12/12/2012).

Em relação ao estelionato praticado pela Internet com a vítima residente no exterior, por exemplo, a competência é da Justiça Estadual, porque além do artigo 69 do Código de Processo Penal dispor que o local de residência da vítima não é determinante para competência jurisdicional, por outro lado, o local de execução, consumação e obtenção da vantagem pelo beneficiário da fraude é o que de fato definem o local de processamento e julgamento da ação penal. Logo, na hipótese de uma compra pela Internet e o pagamento efetuado por transação eletrônica em território nacional, a competência será definida conforme a cidade onde ocorreram os fatos, sendo, portanto, de Competência Estadual.

Lado outro, no que concerne ao furto mediante fraude, perpetrado por meio do sistema informático, a competência será Federal, nos termos do julgado que segue:

EMENDA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE. 1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente. 2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da "Internet Banking" da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato. 3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado "mundo virtual" da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático. 4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão - SJ/PR. (Paraná. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 200601661530, Rel. Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção, julgado em 11/12/2007).

Por fim, a Lei 12.737/2012⁴ tipificou a invasão dos dispositivos informáticos ocorridas no Brasil, atribuindo pena, consoante ao artigo 154-A do Código Penal, para as situações de violação de mecanismo de segurança que vislumbram a obter, destruir ou adulterar dados ou informações sem autorização do titular do respectivo dispositivo. A finalidade é de proteção à privacidade e, conseqüentemente, à intimidade e à vida privada do indivíduo. É, pois, de competência Estadual o crime em análise, que será processado mediante a representação do ofendido no local onde ocorreu a invasão (por ser um delito formal, não se exige o resultado), o que será excepcionado na hipótese de cometimento contra algum ente da União.

5.2 Meios de prova e crimes virtuais

Com base nos ensinamentos de Fernando Tourinho Filho, destaca-se que provar é

antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probandum (TOURINHO, 2009, P. 522).

Nesse contexto, a responsabilidade penal somente poderá ser configurada quando houver um conjunto comprobatório robusto apto a determinar a autoria e a prática ilícita. Para tanto, os meios de prova sinalizam o atalho que o magistrado deve traçar para fundamentar a sua decisão sobre os fatos controvertidos. Nas palavras de Paulo Rangel “meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em Lei ou não”. (RANGEL, 2014, p. 463). Nesse diapasão, tem-se a inspeção judicial, indícios, confissão, depoimentos, testemunhas, documentos, perícias, que podem compor o processo e, como se vê, perfazem um rol de meios de prova.

⁴ Esta Lei, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, foi uma tentativa do legislador de criminalizar condutas praticadas por meio de recursos de tecnologia e intoleráveis pela sociedade.

As infrações perpetradas no âmbito informático, de um modo geral, não deixam rastros e, em função das incertezas que a Rede Mundial de Computadores ainda perpetua, muitos casos carecem da identificação do autor do fato. Esclarece-se que, da mesma forma como se observa nas investigações com quebra de sigilo telefônico, é necessária prévia autorização judicial para ter acesso a determinadas informações nas redes virtuais⁵. Ou seja, muito embora as práticas criminosas estejam cada vez mais sofisticadas, a utilização de determinada prova deve obedecer o mesmo trâmite previsto na legislação aplicada em infrações penais comuns, haja vista que, por vezes, ainda não foram readequadas ou atualizadas.

E, não fosse suficiente, as provas no ambiente informático encontram-se mais vulneráveis ao perecimento, pois são preservadas apenas quando têm alguma relevância para o provedor de acesso ou nas hipóteses em que o Judiciário - quando acionado a tempo - assim determina. Em tal conjuntura, ressalta-se que o armazenamento de dados efetuado pelo provedor de acesso é de suma importância para o arcabouço probatório nos crimes virtuais. As informações guardadas pelos provedores permitem identificar o IP e, conseqüentemente, a localização do criminoso. Portanto, referida prova material é vista como um grande passo para se localizar o autor de um delito informático.

Soma-se a isso a prova pericial, que também é um meio de prova importante nos delitos informáticos. Nos casos de pedofilia e racismo perpetrados na Rede, por exemplo, a perícia é a prova que permite a configuração da materialidade e a indicação da autoria delitiva, então necessárias para lastrear a condenação criminal.

Conclui-se, aqui, que há muito o que evoluir quanto aos meios de prova no âmbito informático, uma vez que estes ainda são muito superficiais e restritos frente as necessidades hodiernas. Em suma, os crimes virtuais ou são novas modalidades de delitos ou são infrações que se aprimoraram com o uso da Internet, o que demanda, por óbvio, técnicas mais aperfeiçoadas e modernas de apuração, estando sempre observados os princípios constitucionais e garantias fundamentais correlatos.

⁵ Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, RHC 67.379-RN, decidiu que conversas arquivadas no WhatsApp estão protegidas pelo sigilo telefônico, de sorte que é necessária autorização judicial para que os agentes policiais tenham acesso ao conteúdo das referidas conversas de agente preso em flagrante delito, sob pena de invalidação da prova.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet ultrapassou os limites impostos pelas fronteiras tornando-se, na atualidade, o principal veículo de divulgação da informação, comunicação, comercialização e, inclusive, de práticas delituosas. Nesta alçada tecnológica, vislumbra-se a ausência de mecanismos completos de proteção e sanção oriundos do Direito Penal e Processual Penal. Há uma grande restrição para a aplicação efetiva da norma, produção probatória e, até mesmo, de adoção de medidas de urgência no que diz respeito ao ambiente informático.

O auxílio mútuo dos países para reprimir transgressões à norma (cooperação internacional), bem como a extensão das leis preexistentes e aplicáveis a certas condutas criminosas perpetradas na seara virtual, configuram alternativas importantes para os desafios impostos à incidência do Direito vigente na conjuntura atual. Além do mais, o aprimoramento da legislação não se confunde com a criação de inúmeras leis para a repressão de crimes cibernéticos. A eficácia da lei pertinente aos crimes virtuais depende muito mais de um desenvolvimento tecnológico de adequação da regra à conduta praticada, do que propriamente à produção de novas leis.

Ademais, a Rede Mundial de Computadores e os avanços tecnológicos como um todo demandam também uma maior conscientização, prevenção e, quando necessário, repressão estatal às ações criminalmente proibidas. É preciso incutir nos indivíduos a importância do uso consciente da Internet, isto é, fomentar o respeito recíproco. Esta mudança na forma de agir dos usuários da Internet somada à melhor atuação do Estado na persecução penal, afastará a intensa impunidade dos infratores virtuais e tornará o meio informático mais seguro para todos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Dos Crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 127 e 133.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 19 de março de 2019.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. In: *A sociedade em Rede*. São Paulo: Pa e Terra, 2000. v. 1.

- DA COSTA, Marco Aurélio Rodrigues. *Crimes de Informática*. 1995. 22 f. Monografia [Graduação em Direito] - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/crinfo.html>>. Acesso em 16/06/2000. Crimes de Informática e investigação policial. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Coord.) et al. *Justiça Penal, 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e à testemunha....* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Centro de Extensão Universitária, v. 7), p. 317/318.
- DOMINGUES, Alessandra de Azevedo e FINKELTEIN, Maria Eugênia (Organização). *DIREITO & INTERNET - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo, 2003: Quarter Latin, volume III, pgs. 421/422.
- DOMINGUES, Alessandra de Azevedo e FINKELTEIN, Maria Eugênia (Organização). *DIREITO & INTERNET - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo, 2003: Quarter Latin, pgs. 378/379.
- FILHOTOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.522.
- MANZUR, Cláudio Líbano. Chile: *Los delictos de hacing em sus diversas manifestaciones*. In: Revista Eletrônica de Derecho Informático, n. 21, abr. 2000. Disponível em: <<http://publicaciones.derecho.org/redi>>, apud Reginaldo César Pinheiro. Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira. Boletim IBCCRIM - Publicação Oficial da Instituto Brasileiro de Ciência Criminais. São Paulo, ano 8, n. 101, p. 18/19.
- MORAIS, Ticiane Franco. *Marco Civil da Internet: A neutralidade da Rede na Perspectiva das Telecomunicações*. Nova Lima, 2014, p. 19.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Décimo Congresso sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquent. Disponível em: <<http://www.onu.org/>>. Acesso 17 out 2002.
- E, NETO, Mário Furlaneto e GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Revista do IBCCRIM - Direito da Informática - Crimes na Internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional* -- R. CEJ, Brasília n. 20, p. 67-73, jan./mar 2003, p. 71.
- PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Conflito Negativo de Competência. CC 200601661530, LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA: 11/12/2007 PG:00170 ..DTPB. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 20 jun. 2018.
- PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 121215/PR. Relator Min. LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, Julgado em 12/12/2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.3:acordao;cc:2012-12-12;121215-1243005>>. Acesso em 01 jun. 2018.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo; Atlas, 2014, Ed. 22ª, p. 463.
- ROHRMAM, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 1.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos*. São Paulo: ESMP, jul. 2002. p. 140 (Caderno Jurídico, ano 02, n. 04).
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, Telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, ano 2004, p. 121.

Desafios do Direito na era da internet: uma breve análise sobre os crimes cibernéticos

- ROVER, Aires José. *Livro Direito e Informática*. Artigo Helene Sivini Ferreira: Sociedade, Risco e Direito. Barueri, SP: Manole, 2004, página 01.
- SHOULER, Luis Eduardo (organizador). *Internet - O Direito na Era Virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, Ed. 2ª, pgs. 21/22.
- SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Livro Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144 - Telefônica. A sociedade da informação: presente e perspectivas, p. 16 - disponível em <www.telefonica.com.br/sociedadedainformacao/informes_home.htm>. Acesso em 20 jun. 2018.
- SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Livro Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143. In: JR, Paulo Hamilton Siqueira e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Livro Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144 - Telefônica. A sociedade da informação: presente e perspectivas, p. 16 - disponível em <www.telefonica.com.br/sociedadedainformacao/informes_home.htm>. Acesso em 17 de março de 2018.
- SPADINGER, Robert. *O futuro das telecomunicações e uma análise dos desafios para a inserção do Brasil numa cadeia global*. In: KUBOTA, Luis Claudio et al. *Tecnologias da Informação e comunicação: competência, políticas e tendências*. Brasília: Ipea, 2018, p. 65.
- SANTA CATARINA. Tribunal Federal da 4ª Região. Apelação Criminal. ACR 200572040079800, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 25/11/2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2956916>. Acesso em 20 jun. 2018.
- SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 116.926/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 15/02/2013. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 20 jun. 2018.
- SERGIPE. Tribunal Regional Federal. Conflito de Competência. CC 121.431/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 07/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC2>>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- THOMPSON, Marcelo. Revista de Direito Administrativo. Marco Civil ou Demarcação de Direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil, set./ago, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8856/7678>>. Acesso em 20 jun. 2018.
- WERTHEIN, Jorge. Publicação de Artigos Científicos. A sociedade da Informação e seus Desafios, maio/ago. 2000. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/%0D/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em 20 jun. 2018.

A ATUAL CONJUNTURA DA JUDICIALIZAÇÃO DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS: A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 45 E O AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 DE PERNAMBUCO

Fernanda Barreto Alves¹

Rafael Meireles Saldanha²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar o controle judicial na concessão de medicamentos no Brasil. Foram realizados estudos sobre o conceito, tipo de abordagem e ciclo de elaboração das políticas públicas. A pesquisa evidencia o Poder Judiciário como ator estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde. No intuito de analisar o controle judicial de políticas públicas para a concessão de medicamentos no Brasil a pesquisa parte do atual estado da judicialização na concessão de medicamentos para que, a partir do exame deste panorama acerca da judicialização das políticas públicas da saúde, seja estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

¹ 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

² 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.

Palavras-Chave: Direito social à saúde; controle judicial das políticas públicas; concessão judicial de medicamentos.

Abstract: This work aims to analyze judicial review in granting medicines in Brazil. Were analyzed studies on the concept, approach and the cycle of elaboration of public policies will be object of scrutiny. The research highlights the judiciary as state actor involved in the decision making of public policies in health. In order to analyze the judicial control of public policies for the provision of medicines in Brazil the research addresses the current process of judicialization in granting medicines to – from an examination of this overview on the judicialization of public health policies – study the jurisprudence of the Supreme Court on the subject.

Keywords: Social right to health; judicial control of public policies ; court granting medicines.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 198 da Constituição brasileira determina que os serviços públicos de saúde sejam organizados em uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um Sistema Único de Saúde (SUS), que possui as seguintes diretrizes: 1) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; 2) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; 3) e a participação comunitária. A política pública da saúde é orientada também pelos princípios da universalidade, integralidade e da igualdade, estabelecidos pela constituição e pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90 que regulamentam o SUS.

É cada vez maior o número de ações judiciais que se fundamentam no direito à saúde, especialmente nas quais são pleiteados medicamentos e tratamentos pelos cidadãos que entendem não ter recebido a devida prestação estatal, no que ficou conhecido pela expressão “judicialização da saúde”.

Silvana Regina Santos Junqueira e Eduardo Cerqueira Batitucci ressaltam que foram contabilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente no mês de maio de 2011, 240.980 (duzentos e quarenta mil, novecentos e oitenta) processos judiciais na área da saúde³. Além disso, salientam que a Consultoria

³ JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Políticas Públicas De Saúde e a Atuação do Poder Judiciário Federal - Análise das Demandas de Saúde na Seção Judiciária de Minas Gerais. In: XXXVII ENCONTRO DA ANPAD, 2013, Rio de Janeiro. Anais do XXXVII Encontro da ANPAD, 2013.

Jurídica do Ministério da Saúde apura que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para o atendimento das decisões judiciais cresceu vertiginosamente de R\$ 2.557.546,49 em 2005, para 266.060.705,99 em 2011.

Os autores realizaram uma pesquisa composta pela análise de 160 processos com pedidos de medicamentos com sentenças proferidas pelos juízes federais da Seção Judiciária de Minas Gerais de abril de 2010 a dezembro de 2011. Pelo levantamento realizado, constatou-se que, no período analisado, em relação ao tipo de ação, 147 eram ações ordinárias (91,88%), 4 eram ações civis públicas (2,5%) e 9 eram mandados de segurança (5,62%). Foi constatado também que todas as ações, até mesmo as ações civis públicas, foram propostas em benefício de pacientes individuais.

No exame dos argumentos das petições iniciais, os autores concluíram que em 99,40% dos casos o argumento principal é que “o autor é portador de doença e necessita de medicamento”, justificado na maioria dos casos com a apresentação da receita médica.

No que tange a análise das sentenças, os autores destacam que as sentenças apresentaram 66 casos de procedência (41,25%) e apenas 12 casos de improcedência (7,5%), salientaram também que desse total, 95 obtiveram deferimentos de antecipação de tutela (59,38%):

Antes de iniciar a análise das sentenças, cabe destacar que houve decisões de deferimento de antecipação de tutela, no início do processo, em 48,75% (78) casos, acrescidos de dois casos (1,25%) de deferimento pelo Tribunal Regional Federal por meio de recurso de agravo de instrumento e mais 15 casos (9,37%) de deferimento de antecipação de tutela na sentença, no total de 59,38% (95). Dessas decisões de deferimento de antecipação de tutela, 40% (38) fixaram penalidades pecuniárias para o descumprimento da obrigação no prazo estipulado pelo juízo. Esse prazo variou entre cumprimento imediato até 15 (quinze) dias.

As sentenças apresentaram as seguintes decisões:

Procedente: 41,25% (66);

Improcedente: 7,5% (12);

Parcialmente procedente: 3,75% (6);

Extinção por óbito: 13,75% (22);

Extinção por desistência: 3,75% (6);

Extinção por falta de interesse: 18,13% (29);

Extinção por abandono da causa: 6,88% (11);

Extinção por ilegitimidade de parte: 1,88% (3).

Indeferimento da inicial: 3,13% (5).

Destaca-se o baixo percentual de julgamento de improcedência dos pedidos (7,5%). As razões de improcedência foram: conclusão da perícia pela necessidade de cirurgia diversa da pleiteada, de inexistência de recomendação para o uso do medicamento pleiteado e de existência de outro tratamento eficaz para a doença; inexistência de obrigatoriedade do Poder Público fornecer fraldas geriátricas; ausência de comprovação de falta de condições financeiras da parte autora para arcar com os custos dos medicamentos; existência de outros medicamentos similares fornecidos pelo ente público, devendo a autora submeter-se a essa política; ausência de proporcionalidade na relação custo/benefício, sem demonstração de eficácia do medicamento.

Analisando as sentenças, sob o aspecto do conteúdo das decisões, os autores concluíram que o principal argumento jurídico, com 51,63% é o direito constitucional à saúde, sustentando-se sua caracterização como direito fundamental. Observaram também que a legislação infraconstitucional é citada apenas para reforçar o conteúdo do artigo 196 da Constituição Federal. Perceberam ainda que em 35,63% das decisões exigiam a prescrição médica para que fosse concedido o medicamento pleiteado.

Observa-se, pela presente pesquisa, que: 1) quase a totalidade das ações propostas, tendo como objeto a concessão de medicamentos, é de natureza individual; 2) o percentual de improcedência dos pedidos é baixíssimo; 3) os gastos do ministério da saúde com o cumprimento de determinações judiciais foi aumentado em cem vezes, em um período de seis anos; 4) a prescrição médica do pedido é tida como suficiente para o convencimento do juiz, sem a necessidade de qualquer outra prova.

As políticas públicas, sobretudo na área da saúde, requerem um planejamento técnico e grande investimento em ciência e tecnologia para a sua implementação. Nesse sentido, foi realizada pesquisa junto à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) buscando esclarecimentos na criação dessas complexas políticas públicas.

A FIOCRUZ é uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica do direito público, criada pelo Decreto nº66.624, de 22 de maio de 1970, vinculada

ao Ministério da Saúde, com sede na cidade do Rio de Janeiro, com prazo de duração indeterminado, que tem por finalidade desenvolver atividades no campo da saúde, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico. Tem como missão produzir, disseminar e compartilhar conhecimentos e tecnologias voltados para o fortalecimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e que contribuam para a promoção da saúde e da qualidade de vida da população brasileira, para a redução das desigualdades sociais e para a dinâmica nacional de inovação, tendo a defesa do direito à saúde e da cidadania ampla como valores centrais.

Foi realizada entrevista⁴ com Antoine Matten, assistente no Grupo Inovação em Saúde da Fiocruz, ligado à Secretária de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde, objetivando esclarecimentos sobre: 1) o atual panorama de criação das políticas públicas na área de saúde no Brasil; 2) os principais problemas enfrentados para o desenvolvimento dessas políticas; 3) os objetivos e metas para contornar os problemas apresentados:

Trabalho desde janeiro de 2011 no Grupo Inovação em Saúde da Fiocruz, ligado à Secretária de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde. Nosso trabalho consiste em acompanhar, analisar e propor orientações para formulação e implementação de políticas públicas para o fortalecimento da base produtiva da saúde no Brasil. Nosso conceito de referência é o Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS) formado pelas indústrias farmacêuticas e de equipamentos médico-hospitalares, e pelos serviços de saúde (hospitais e clínicas).

Este tema apoia-se em uma concepção renovada da saúde que considera, além de seu reconhecido papel no fortalecimento do Estado de Bem Estar, sua dimensão econômica, uma vez que a mesma representa 9% do PIB, 10% dos empregos qualificados e mais de 25% dos investimentos nacionais em pesquisa e desenvolvimento, articulando tecnologias portadoras de futuro, tais como biotecnologia, nanotecnologia e tecnologia de informação e comunicação.

Percebe-se que a Fiocruz possui o importante papel de dar apoio técnico para a criação e implementação das políticas públicas na área da saúde. Sua atuação é pautada pelo princípio do Estado Social. Ressalta-se ainda a dimensão econômica da saúde e alto investimento brasileiro na pesquisa e desenvolvimento representando 25% do PIB nacional. Contudo, o aumento da expansão dos serviços da saúde gerou um considerável aumento do déficit da

⁴ Entrevista realizada na Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em 12 de março de 2014.

balança comercial, já que muitos dos produtos são importados. Matten ressalta diversas políticas públicas que visam o fortalecimento do Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS):

Porém, desde o começo do movimento de expansão do acesso aos serviços, verificou-se uma explosão do déficit da balança comercial do CEIS, que passou de menos de R\$ 3 bilhões em 2003 a mais de R\$ 11 bilhões em 2013. Esta situação evidencia, a nosso ver, a vulnerabilidade da base produtiva da saúde nacional, especialmente no que diz respeito à produção de bens e serviços com maior valor agregado tecnológico, que representam a parte mais expressiva deste déficit.

Esta situação constitui simultaneamente uma ameaça para a sustentabilidade do sistema de saúde como um todo, que passa a ser dependente do acesso aos mercados internacionais de insumos em saúde de alta tecnologia, reconhecidamente assimétricos; e uma oportunidade para o adensamento tecnológico do CEIS, baseado em políticas públicas voluntaristas de Ciência e Tecnologia em saúde.

Com efeito, a politização crescente do tema desde o começo dos anos 2000 levou à institucionalização de diversas políticas públicas voltadas ao fortalecimento do CEIS, dentre estas, cabe destacar a Política Industrial e Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE, 2004), o Programa Mais Saúde, ou “PAC da Saúde” (2007), a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP, 2008), e o Plano Brasil Maior (2011), que envolveu de forma conjunta representantes do Ministério da Saúde, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Fazenda, entre outros, articulando uso do poder de compra do Estado, adequação do marco regulatório às realidades contemporânea da inovação em saúde e política de ciência e tecnologia setorial.

Observa-se que para contornar este problema, o Ministério da Saúde, buscou criar diversas políticas públicas objetivando o fortalecimento do parque industrial nacional relativo à Ciência e Tecnologia em Saúde. Cumpre destacar os diversos avanços tecnológicos alcançados pela entidade, sobretudo na produção de vacinas e o seu importante papel no desenvolvimento do “coquetel” de medicamento para o tratamento da AIDS, utilizados pelo mundo todo. Ressalta-se ainda que a fundação defende a vinculação de 10% do orçamento seja destinada à saúde, Matten explica que

O principal instrumento usado pelo poder público para fomentar a inovação em saúde são as Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP), efetivas desde 2008 e que consistem em: “parcerias realizadas

entre instituições públicas e entidades privadas com vistas ao acesso a tecnologias prioritárias, à redução da vulnerabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) à longo prazo e à racionalização e redução de preços de produtos estratégicos para saúde, com o comprometimento de internalizar e desenvolver novas tecnologias estratégicas e de valor agregado elevado” (Portaria nº 837, de 18 de abril de 2012 art. 2º). Trata-se, em síntese, de contratos de transferência de tecnologia entre laboratórios internacionais e públicos, como condição das licitações de compras públicas para o SUS.

Estruturalmente, a implementação de políticas de saúde pública no Brasil sofre de um sub-financiamento crônico, uma vez que a proporção dos gastos públicos X gastos privados estabelece-se em torno de 45% no Brasil, contra uma média de 75% nos demais países com sistema universal de saúde. Essa situação teve por consequência o estabelecimento de um sistema dual, onde 25% da população tem acesso à saúde suplementar, que representa 55% do gasto total em saúde. Por trás desta situação, consolidaram-se poderosos interesses que dificultam a expansão do gasto público em saúde, assim como o estabelecimento de um marco regulatório favorável à saúde coletiva e mais exigente no que diz respeito à atuação das operadoras de planos de saúde (cf novela jurídica entre ANS e principais planos de saúde desde meados de 2011).

A Fiocruz aposta pesado na produção de vacinas e demais insumos de saúde no laboratório público de Farmanguinhos. Principal beneficiário das PDP (junto ao instituto Butantã em São Paulo), Farmanguinhos já conta com uma série de vitórias, tais como a produção a grande escala desde 2009 do Efavirenz, usado no “coquetel” de tratamento da AIDS, ou a recente produção da vacina contra HPV, que tornou possível a vacinação a grande escala no país inteiro. Além disso, diversas entidades da Fiocruz vêm lutando há décadas para que o Estado assumira mais compromissos com a saúde pública, como se verificou recentemente com o apoio maciço ao movimento Saúde +10, que reclama o vínculo de 10% do orçamento da União para o SUS.

Destaca-se que a criação e implementação das políticas públicas demandam um elevado custo para que seu desenvolvimento seja possível, além de necessitarem de um profundo conhecimento técnico-científico. No caso da judicialização destas políticas, apesar do fator custo não ser algo exclusivo do direito de tipo prestacional, é um aspecto especialmente a ser considerado, principalmente dada a possibilidade de este direito à prestação poderem ser individualizados. Nessa esteira, Bucci salienta a peculiaridade do estudo das políticas públicas sobre a ótica do Direito:

Evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.

O jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção de seu desenvolvimento são métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do direito positivo⁵.

Crítica-se que o acolhimento das demandas individuais pelo poder judiciário, em geral, não leva em consideração as políticas públicas existentes, formuladas dentro de critérios técnicos, a exemplo das formuladas pela FIOCRUZ, para assegurar o acesso da sociedade a medicamentos eficazes e de qualidade pelo menor custo possível, com a padronização de diretrizes terapêuticas, de forma a propiciar uma justa e isonômica distribuição dos recursos pelo Estado.

O fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, sem observância destes critérios, desorganiza a política pública e a atividade administrativa, desconsiderando que as políticas públicas não se restringem ao fornecimento de medicamentos e sim ao desenvolvimento da saúde como um todo.

Com o mesmo entendimento, Gouvêa alerta que certas prestações, uma vez determinadas pelo Poder Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário.

Esse desequilíbrio se comprova no fato de que as 20 demandas que apresentaram o maior custo para atendimento de ações judiciais no ano de 2011 totalizaram um gasto de R\$ 189.786.693,19, e eram destinadas a atender somente 632 pacientes⁶.

Esta temática foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 e

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” In: Idem (org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46-47.

⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

considerada um marco no tratamento jurisprudencial da efetividade dos direitos fundamentais.

Foi ponderado pelo Tribunal Constitucional que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais está condicionada às possibilidades orçamentárias, a chamada cláusula da “reserva do possível”, sendo considerada lícita, se comprovada objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do poder público.

Entretanto, quando o obstáculo financeiro inviabilizar a preservação de condições materiais mínimas à existência humana, o denominado “mínimo existencial”, então a intervenção judiciária se mostra válida em favor do cidadão.

2. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 45: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos às prestações devem ser analisados observando as limitações orçamentárias que o Estado possui. A reserva do possível tem sido utilizada com muita frequência pelo Estado para justificar a incapacidade de concretizar algumas prestações. De fato, nos países em desenvolvimento como o Brasil, as limitações orçamentárias são muito grandes, portanto a análise da disponibilidade fática deve ser considerada para que todos possam usufruir igualmente daqueles direitos que o Estado deve promover.

A reserva do possível surgiu em 1972, na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) para solucionar a restrição do número de vagas (*Numerus clausus*) em algumas universidades; definiu que as prestações estatais ficam sujeitas ao que a sociedade pode exigir de forma razoável e a possibilidade que o Estado possui em cumprir a satisfação, ficando assim restritas a uma “reserva do possível”⁷.

Assim como a reserva do possível está intimamente ligada às restrições orçamentárias estatais, o princípio do mínimo existencial está ligado aos direitos sociais. A expressão “mínimo existencial” surgiu, pela primeira vez, também no direito alemão, em 1953, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Este tribunal, já no primeiro ano de sua existência

⁷ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

em 24 de junho de 1954, reconheceu o direito subjetivo de um cidadão receber prestações estatais:

O auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência⁸.

Anos mais tarde foi regulamentada a lei no âmbito da assistência social, garantindo o direito à prestação. Vinte anos após esta decisão, em 18 de junho de 1975, coube novamente ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), determinar um direito a garantia mínima para a existência humana digna. O tribunal chegou a esse entendimento ao ser questionado quanto à constitucionalidade da lei que garantia, aos órfãos, pensão somente até os dezoito anos de idade ou, caso frequentassem cursos acadêmicos ou profissionalizantes, até os vinte cinco anos de idade. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que um órfão, sem condições de se sustentar devido à enfermidade corporal ou mental, receba a pensão mesmo após os vinte cinco anos, para que possa ter condições mínimas para uma existência humana digna, e esta prestação devia permanecer enquanto durasse a necessidade:

[...] a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social. Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e consequentemente predefinindo [concretamente] os titulares

⁸ *Ibidem*, p. 42.

*a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.*⁹

O Tribunal extraiu o direito a um mínimo de existência do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, liberdade material, em conjugação sistemática ao princípio do Estado Social¹⁰.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45¹¹ foi proposta contra o veto presidencial sobre o parágrafo segundo do art. 55 do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mais tarde Lei 10.707/2003, que fixa as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária do ano de 2004. O dispositivo em tela questionado possui o seguinte conteúdo:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Os fundamentos expostos na ADPF eram, basicamente, que o veto presidencial desrespeita o preceito fundamental decorrente da EC/2000, que garante recursos mínimos financeiros a serem aplicados nas ações e serviços da saúde. No entanto, logo após a proposição da ação, o Presidente da República optou por restaurar a integralidade do texto da lei, retirando o veto. Mesmo assim, o relator da ADPF, o ministro Celso de Mello, aproveitou para debater questões importantes com as quais o Supremo Tribunal Federal vinha se deparando em outras ações: 1) a legitimidade constitucional de intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas; 2) a dimensão política da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal; 3) os limites que permeiam a cláusula da reserva do possível; 4) a necessidade de preservação, da integralidade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.

⁹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁰ “Art. 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.” Que se traduz: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.” Segundo este artigo, são quatro os princípios básicos do Estado alemão: princípios democrático, do Estado de Direito, federalístico e do Estado Social. Ver KRELL, Andreas Joachim, *Op.Cit.* p. 47.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Publicação DJ 04 maio 2004.

Sobre a legitimidade constitucional de intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas, o ministro reconheceu a ADPF como instrumento constitucional apto a autorizar a intervenção judicial que viabilize a concretização de políticas públicas prevista na constituição, como no caso da EC/2000. No entanto, o ministro esclareceu que entre as funções institucionais do Poder Judiciário não se incluem as de criação e implementação das políticas públicas, somente devendo haver a intervenção em caráter excepcional, como exposto no voto do ministro relator:

Os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Discorridos esses pontos iniciais, o ministro relator passou a analisar a questão da “reserva do possível” em relação aos direitos à prestação estatal. Caracterizou que o processo de concretização da efetivação e implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais vincula-se, em grande parte, às possibilidades orçamentárias do Estado. Portanto, quando comprovada a insuficiência orçamentária do Estado, não se pode exigir a implementação da política pública.

O Ministro Celso de Mello fixa como parâmetro: “O Estado deve demonstrar a existência de justo motivo objetivamente aferível”. Além disso, o poder público pode escolher, dentre as opções possíveis, a prestação que menos onere os cofres públicos, desde que eficaz.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹², a reserva do possível possui três dimensões. A possibilidade fática consiste na disponibilidade de recursos para que seja possível a implementação do direito prestacional. Portanto, esta não pode ser analisada somente em relação a um único indivíduo, deve-se observar a universalidade da prestação, já que todos os indivíduos em igual situação terão também o direito subjetivo a exigir a mesma prestação do Estado. Uma boa solução para a questão da universalização é a adoção de ações coletivas para que o Judiciário faça a análise de macro justiça. A segunda dimensão da reserva do possível é a possibilidade jurídica do pedido. Essa análise consiste em verificar a existência de autorização orçamentária e definir a competência de qual ente da Federação

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

deve realizar a prestação. A última dimensão consiste em observar se é razoável e proporcional exigir do Estado a prestação, e em que medida deve ser exigida.

Entretanto, para Sarlet, o Estado não poderia alegar a reserva do possível quando a prestação estatal seja derivada de direitos sociais pautados no princípio do mínimo existencial, ou seja, com relação ao mínimo existencial não se pode alegar reserva do possível. Dessa forma, o Estado tem obrigação de atender esses direitos independentemente de qualquer argumento.

Já para Daniel Sarmento¹³, quando se trata de mínimo existencial, se exige do Estado um ônus argumentativo maior para justificar a não implementação, cabendo demonstrar de forma muito mais ampla e profunda que, de forma alguma, terá como arcar com a prestação devida.

O julgado analisado pretendeu estabelecer a fixação de um parâmetro mínimo que impõe ao Estado a obrigação de assegurar os direitos sociais, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana - valor núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais.

Observa-se que a análise da reserva do possível está condicionada a políticas públicas já estabelecidas pelo poder executivo e legislativo, sendo, portanto, levada em consideração no momento da implementação das mesmas. Para Robert Alexy¹⁴, o Estado tem a obrigação, dentre as alternativas possíveis, de implementar uma medida que seja eficaz para a satisfação do direito social quando imprescindível para a existência de uma vida digna. Na mesma linha de entendimento, mas utilizando-se de outro argumento, se encontra Dworkin¹⁵, que entende que o cidadão tem o direito a uma igualitária implementação dos direitos sociais, de forma a propiciar uma justa distribuição dos recursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal, diante deste amplo debate envolvendo o direito à saúde, e o crescimento cada vez maior deste tipo de demanda judicial, realizou nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a Audiência Pública nº 4, com intuito de promover o diálogo entre os diversos agentes envolvidos, buscando

¹³ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 445-446.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

o esclarecimento de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, relativas a este direito prestacional.

Em 17 de março de 2010, já subsidiado pelo relatório elaborado pela audiência pública, o pleno do STF procedeu ao julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47). A decisão unânime do Tribunal Constitucional é considerada paradigmática para a concessão de medicamento pela via judicial, pois o voto do então presidente e relator Gilmar Mendes enfrenta diversas questões sobre o tema, objetivando traçar limites para a atuação do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas na área da saúde.

3. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL NO QUE TANGE A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DEFINIDOS NO JULGADO DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO (SL-AGR 47)

Mesmo não sendo de observância obrigatória pelos demais membros do Poder Judiciário, o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AdR47) é considerado um precedente paradigmático para o exame dessas ações, dadas as peculiaridades deste julgamento. Foi a primeira decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal após a Audiência Pública nº 4, sendo, portanto, amplamente subsidiado com os esclarecimentos obtidos. Além disso, o voto proferido pelo relator, então presidente do tribunal, Gilmar Mendes Ferreira, analisou detalhadamente o tema da judicialização da saúde no Brasil, e foi acompanhado por todos os demais ministros, permitindo extrair diversos parâmetros que podem nortear todo o Poder Judiciário na apreciação deste tipo de demanda.

O presente caso analisado se refere a um agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão proferida pelo Juízo Federal, cuja suspensão também havia sido negada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A liminar em questão foi deferida em desfavor do Município de Petrolina para que este adotasse oito providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan. Sob o fundamento da solidariedade entre os entes da federação no que tange ao direito à saúde, a decisão determinou que o Estado de Pernambuco e a União auxiliasse o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas.

O recorrente argumentou que as medidas determinadas pela liminar provocariam “grave lesão à sua estrutura administrativa e a seu orçamento”. O parecer da Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do recurso, pois “em momento nenhum ficou demonstrado de maneira inequívoca e segura a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia ou à saúde pública”.

Já no início de seu voto, o relator Gilmar Mendes reconhece a complexidade da concretização do direito à saúde, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de tratamentos e medicamentos por determinação judicial, portanto, se utiliza dos dados e experiências colhidos na referida audiência pública para o exame deste caso concreto.

Primeiramente, examinou-se a questão sobre a possibilidade de subjetivação do direito constitucional à saúde, a partir da interpretação do art. 196 da Constituição brasileira. Ou seja, “se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”.

Gilmar Mendes relembra as assertivas de Canotilho, que as complexidades inerentes ao direito social acarretam julgamentos vagos baseados em impressionismo, pois o juiz não possui os mecanismos necessários para analisar a amplitude da questão:

Em toda a sua radicalidade – enfatiza Canotilho – a censura de fuzzysmo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁶.

O relator prossegue ressaltando que os problemas concretos devem ser resolvidos de forma a levar em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Para tanto, os juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto porque são capazes de enfrentar os conflitos entre princípios e diretrizes políticas. Alexy é citado como o modelo teórico que permite esse sopesamento entre os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL-AgR 47/PE. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abr. 2010, p. 12.

fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição Alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos¹⁷.

Especificamente sobre o artigo 196 da Constituição Federal o ministro examinou cada um dos seus elementos: 1) direito de todos; 2) dever do Estado; 3) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas; 4) que visem à redução de riscos e doenças e de outros agravos; 5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; 6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Primeiramente, observou-se que é possível identificar tanto um direito individual quanto um direito coletivo na redação deste dispositivo. Além de ser dever do Estado a concretização da prestação à saúde. Ressalta também que o fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, objetivando aumentar a qualidade e o acesso aos serviços da saúde, reforça ainda mais a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Ainda no exame dos dois primeiros elementos do dispositivo constitucional foi salientado as diretrizes básicas para as ações da saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. E também que esse direito subjetivo público seja assegurado mediante políticas sociais e econômicas, portanto, não há direito

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511-512 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL-AgR 47/PE. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abril 2010, p. 13.

subjetivo absoluto a todos os procedimentos que envolvam a promoção da saúde, e sim que há um direito subjetivo público que existam políticas públicas a serem determinadas pelo poder público que garantam a promoção da saúde. Dessa forma, a garantia judicial da prestação individual da saúde estaria condicionada a razoabilidade do pedido juntamente com disponibilidade financeira do Estado, de maneira a não comprometer ao funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), devendo ser demonstrado e fundamentado em cada caso concreto.

O terceiro elemento, garantido mediante políticas sociais e econômicas, ressaltaria a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. O quarto elemento estaria relacionado com as ações preventivas, que, inclusive, foram elencadas como prioritárias pelo artigo 198, II, da Constituição, por políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O quinto elemento buscou assegurar o princípio igualitário, garantindo à universalidade do acesso a prestação do serviço.

O último elemento examinado por Gilmar Mendes se refere às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Para o ministro, os estudos do direito à saúde no Brasil levam a conclusão que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais as questões ligadas à implementação (e à manutenção) das políticas públicas de saúde já existentes do que a inexistência de legislação específica. Ou seja, o problema não se trata da criação de políticas públicas e sim de sua implementação administrativa pelos entes federados:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.¹⁸

Com base nessas informações o relator passou a estabelecer critérios para a concessão especificamente de medicamentos. Inicialmente, cumpre o judiciário identificar a “existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Se já houver uma política pública de saúde que possa

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL-AgR 47/PE. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abr. 2010, p. 22.

satisfazer o pleiteado pelo cidadão então existe um direito subjetivo a aquela determinada prestação.

No entanto, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessária a distinção se decorre: de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O ministro salienta que nos casos em que se discute o fornecimento de um medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) o Poder Judiciário não deve condenar o Estado ao provimento desta prestação. O registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação.

O segundo ponto a ser levado em consideração é se existe motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Foi ressaltado que algumas políticas não são custeadas porque não há garantias científicas suficientes que autorizariam a inclusão.

Neste ponto podem ocorrer duas situações: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao cidadão; o SUS não tem nenhum tratamento específico para aquela determinada doença. Reconheceu-se que “o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências”. Dessa forma, são adotados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico da doença e o tratamento correspondente. Portanto, estes devem ser seguidos com máxima cautela, pois um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo tende a contrariar um consenso científico. Também foi observado que o SUS é regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, de maneira que o os recursos devem ser repartidos da forma mais eficiente possível. Obrigar o poder público a financiar qualquer tipo de financiamento poderia ocasionar o comprometimento de todo o sistema:

Podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário,

*ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso*¹⁹.

Entretanto, o relator identifica situação diferente quando não existe o tratamento na rede pública. Nessa situação é preciso diferenciar os tratamentos experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. Para o ministro, os tratamentos experimentais são realizados em laboratórios ou centros médicos de ponta, sendo a participação nesses tratamentos regidos pelas normas que regulam a pesquisa médica, não permitindo que o Estado seja condenado a fornecê-los. Já em relação aos novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, foi salientada a necessidade de maior atenção na apreciação da matéria. Os especialistas ouvidos na Audiência Pública frisaram que o conhecimento médico não é estanque, de maneira que por vezes sua evolução não é acompanhada pelo poder público. A elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos, bem como a segurança dos cidadãos, no entanto não podem excluir o acesso de pacientes a algum tratamento já prestado pela rede particular. Destarte, a omissão legislativa no tratamento de determinada doença pode ser objeto de impugnação judicial, por ações individuais ou coletivas, entretanto, devem estar instruídas com amplas provas individualizadas para cada tipo de caso. O relator conclui seu voto:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

Com fundamento nessas considerações, que entendo essenciais para a reflexão e a discussão do presente caso pelo Plenário desta Corte, retomo, de forma específica, as razões apresentadas no agravo regimental.

Essa importante decisão abordou diversos aspectos que circundam as políticas públicas na área da saúde, especialmente nos casos em que é pleiteado o fornecimento de medicamentos. Analisando os critérios adotados pelo relator ao exarar o voto com as teorias que foram abordadas nesta dissertação podem-se observar diversos pontos comuns.

Primeiramente, analisando o art. 196 da Constituição brasileira, o relator utiliza doutrina de Robert Alexy para demonstrar à possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestação a saúde dependendo do exame do caso concreto. Logo em seguida, o relator faz importante distinção entre as políticas públicas já existentes daquelas que ainda não foram criadas pelo SUS.

Gilmar Mendes enfatiza que em relação ao primeiro tipo é evidente a existência de um direito subjetivo público. Como discutido no capítulo anterior, esta fase do ciclo das políticas públicas, a implementação, se refere aos meios administrativos da execução da política. Empregando a teoria de Alexy, a poder público possui discricionariedade para decidir, entre as alternativas disponíveis, qual será utilizada para a implementação da política, desde que seja eficaz. Além disso, percebe-se que o conceito substancial de democracia tratado por Dworkin se adequa a esta fase do ciclo de políticas públicas, na medida em que é necessária a distribuição igualitária dos recursos públicos para que o princípio democrático seja respeitado.

Isto é corroborado ainda pelas diretrizes que norteiam o Sistema Único de Saúde, regidas pelo princípio do acesso universal e igualitário aos recursos disponíveis. Por fim, ressalta-se a preocupação do ministro relator em respeitar o princípio da separação dos poderes, pois em diversas passagens em seu voto salienta que o Poder Judiciário não está criando uma política pública, apenas garantindo a eficaz implementação de maneira universal e igualitária.

Entretanto, nos critérios elaborados para os casos onde não existe política pública, em que se pese que tenham sido levadas em considerações as diversas razões para esta inexistência, parece não ser possível sustentar uma interferência do poder judiciário sem que seja ferido o princípio da separação dos poderes e o conseqüente desrespeito ao ideal democrático. Como examinado pelo STF, a

inexistência de uma política pública pode ocorrer a) de uma omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) ou de uma vedação legal a sua dispensação. Em todos estes casos observa-se que o consenso necessário para a criação de uma política depende do debate de diversos agentes que negociem seus interesses, seja nos instrumentos da democracia representativa como na democracia participativa.

4. CONCLUSÃO

O principal objetivo deste trabalho foi analisar a atual conjuntura da judicialização de políticas públicas na área de saúde a partir das conclusões obtidas pela investigação desenvolvida no mestrado realizado no programa de pós graduação em direito da Unirio²⁰: identificar as diferentes fases do processo de formulação de políticas públicas e sua relação com os conceitos de democracia defendidos por teóricos constitucionalistas na atualidade.

Como ressaltado anteriormente, as diversas fases do ciclo de políticas públicas, que antecedem a fase de implementação, permitem que a priorização dos problemas seja selecionada e as definições de alternativas sejam determinadas. Estas diversas escolhas que ocorrem antes da tomada de decisão para a criação de uma política, como bem definiu Schattschneider, é o próprio exercício do poder e, como todo poder deve emanar do povo, mais próximo dele deve ficar.

Conclui-se, então, que o Poder Judiciário não é o campo mais propício para se debater a criação de novas políticas públicas, 1) porque as demandas judiciais, individuais ou coletivas, não são capazes de abranger e incluir todos os agentes que serão afetados pela medida.; 2) porque a atuação do Poder Judiciário é caracterizada pelo chamado "*tudo ou nada*", ou se tem ou não o direito pleiteado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. "O conceito de política pública em direito" In: Idem (org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁰ SALDANHA, Rafael. Orientações e critérios na concessão de medicamentos: a questão do controle judicial de políticas públicas (Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil), 2014.

A atual conjuntura da judicialização da concessão de medicamentos: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45 e o agravo regimental na suspensão de Liminar 47 de Pernambuco

- CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Políticas Públicas De Saúde e a Atuação do Poder Judiciário Federal - Análise das Demandas de Saúde na Seção Judiciária de Minas Gerais. In: XXXVII ENCONTRO DA ANPAD, 2013, Rio de Janeiro. Anais do XXXVII Encontro da ANPAD, 2013.
- KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- SALDANHA, Rafael. Orientações e critérios na concessão de medicamentos: a questão do controle judicial de políticas públicas (Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil), 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

REGIME DAS INCAPACIDADES E SUAS PRINCIPAIS MUDANÇAS

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

Bruno Lima do Amaral Roale²

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Direito objetiva, em sua essência, regular a vida das pessoas usando de normas justas visando ao bom convívio social. Para tanto usa de diversos princípios para concretizar sua busca ao ponto ideal de controle e justiça social.

Nesse sentido, tanto o Direito Privado quanto o Direito Público são norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A ascensão deste ocorreu após o término da Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo. Desse modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Essa ideia repercutiu no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar. Com isso, esse princípio, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, “tornou-se um comando jurídico no Brasil”³, onde

¹ Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ-ES). Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação) e do IBMEC/RJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Estácio de Sá (RJ). Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e ex-Diretor Geral da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Coordenador de Pesquisa da EMARF, UNESA, UERJ e IBMEC.

² Integrante do Grupo de Pesquisa de Iniciação Científica do IBMEC/RJ.

³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 82.

é explicitado na forma do artigo 1º, III da Lei Maior como um dos “fundamentos da República”.⁴

Sob essa perspectiva, hoje, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana compreende três aspectos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2 - consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3 - respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. O legislador, mediante esses pressupostos, optou tutelar por meio de normas jurídicas os grupos considerados vulneráveis como, por exemplo, as pessoas com deficiência. Ademais, esse princípio tem o intuito de individualizar cada um, a fim de garantir a sua total participação na sociedade através do exercício dos seus direitos. Logo, tais aspectos são vistos, também, no âmbito civil, na forma do artigo 1º do Código Civil de 2002: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Sem embargo, observam-se nos artigos 3º⁵ e 4º⁶ do Código Civil de 2002 causas para limitações ao exercício destes direitos. Tais limitações foram estabelecidas a partir da premissa de que essas pessoas não são consideradas aptas a realizarem plenamente os atos da vida civil.

Ao longo dos anos a concepção de pessoas consideradas incapazes trazida no Código Civil de 1916 foi sendo mitigada. Como início da vigência do Código Civil de 2002, por exemplo, determinados artigos, especialmente os que se referem ao regime da capacidade, foram alterados em razão da constitucionalização do Direito Civil, calcadas nas normas sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (este marco axiológico encontrava-se na fase embrionária). Entretanto, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) houve, assim, uma forte aproximação da ordem legal aos princípios constitucionais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade material em relação ao Direito Civil. Torna-se possível, dessa forma, a revogação e a alteração de determinadas normas do atual Código Civil que tinham, em sua literalidade e essência, um cunho pejorativo e discriminatório.

Portanto, busca-se fazer, neste artigo, uma análise do tema da capacidade

⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

⁵Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

⁶Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...)

de fato e da pessoa incapaz desde o início de vigência do Código Civil de 1916 até os dias atuais, em razão da vigência do EPD que, inclusive, modificou significativamente o regime contemporâneo das incapacidades.

1. REGIME DAS INCAPACIDADES SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Pessoa natural é o ser humano como sujeito de direitos e deveres. A ideia obedece a três princípios fundamentais: 1 - todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir e, por isso, é capaz de direitos e deveres na ordem civil; 2 - todos têm a mesma personalidade porque todos têm a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas; e 3 - a personalidade é irrenunciável. Ou seja, em palavras mais sucintas apregoa Pierangelo Catalano: “todo ser humano é pessoa pelo fato de nascer ou até de ser concebido. Pessoa é o ser humano como sujeito de direitos.”⁷ Conclua-se, portanto, que toda pessoa, ao nascer com vida, é titular de direito e deveres, visto que não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular.⁸

Com fulcro nessa concepção, agrega-se o instituto da capacidade, uma vez que o mesmo é conexo ao instituto da personalidade; porém, não são palavras sinônimas. Em outras palavras, observa José Carlos Moreira Alves, ao citar Barbero:

“parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade.”⁹

Nessa perspectiva, capacidade e personalidade não são termos sinônimos, visto que pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam.¹⁰ Em outras palavras, observa Caio Mário da Silva Pereira:

⁷ Pierangelo Catalano. Osservazioni sulla persona dei nascituri ala luce del diritto romano (Da Justiniano a Texeira de Freitas), p. 47.

⁸ Mota Pinto. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005. P. 196 e CASTRO MENDES, João de. Direito Civil. Teoria Geral, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1979.

⁹ Barbero, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, v. 1, p. 139, n. 69, III. Direito romano, v. 1, p. 115.

¹⁰ PPERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell' ordenamento giuridico, Camerino, Iovene Editore, 1972, p. 138.

“personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade”¹¹

Nesse aspecto, o Código Civil de 1916 já presumia a figura do incapaz na forma dos artigos 5^o¹² e 6^o¹³ do seu texto, classificando-a em dois grupos: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. No primeiro, a pessoa ficava impedida de exercer, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica, sendo determinada pela lei civil o suprimento dessa incapacidade pelo antigo pátrio poder, pela tutela ou curatela. Enquanto, no segundo, permitia que o incapaz praticasse determinados atos da vida civil, desde que fosse assistido, ressalvando a prática de outros sem necessidade de assistência.

Além disso, na vigência do Código de 1916 já se impunha a dissociação entre as capacidades de gozo (também denominada capacidade de direito ou de aquisição) e de exercício (ou capacidade de fato). A primeira versa sobre aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações jurídicas, ou seja, ao nascer com vida a pessoa adquire o conjunto de direitos que lhe são próprios como, por exemplo, os direitos da personalidade. Assim, como observa Washington de Barros Monteiro: “essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção”.¹⁴ Enquanto na segunda, - capacidade de agir ou capacidade de fato -, há a aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm. A capacidade de exercício depende da capacidade natural de entendimento, inteligência da pessoa. Dessa forma, ainda pela conjuntura da época da vigência do Código Civil de 1916 as pessoas com deficiência tinham sua capacidade de exercício limitada pelo legislador, com a presunção de que essas pessoas, por não possuírem um nível razoável de discernimento, não podiam praticar os atos da vida civil, como por exemplo, a compra de um imóvel.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, cit., v. 1, ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 221.

¹² Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

¹³ Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156); II - os pródigos; III - os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de direito civil, parte geral, v. 1, 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. p.61.

Após essa consideração inicial, é pertinente observar no Código Civil de 1916 que os absolutamente incapazes se enquadravam em uma das três situações: a idade, a enfermidade ou a deficiência mental e a ausência de discernimento¹⁵. Na primeira situação, evidenciava-se o arbítrio utilizado pelo legislador com o intuito de garantir um mínimo desenvolvimento de faculdade intelectual e promover a segurança jurídica. Na segunda situação, observava-se que o legislador optou por um conceito subjetivo calcado na ausência do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, *permanente e duradoura*, gerando, dessa forma, uma polêmica lexical dentro da doutrina brasileira. Tal se explica eis que há divergências tanto na Ciência Jurídica quanto na Ciência Médica, em razão da imensa diversidade dos níveis dos estados patológicos e a variada de sua extensão nas qualidades psíquicas do enfermo. Ou seja, há certas enfermidades que são mais facilmente perceptíveis como, por exemplo, a esquizofrenia, enquanto outras necessitam de um diagnóstico de um especialista.

Nesse aspecto, esse diploma normativo era vinculado, de forma hegemônica, ao modelo médico ou “modelo reparador” de deficiência, o qual encarava a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Isto é, esse modelo trazia a ideia de que o problema estava na pessoa com deficiência e que a mesma precisaria ser “curada”/“reparada”, para que pudesse ser “normalizada” e voltasse a integralizar a sociedade, desde que conseguisse assemelhar-se às demais pessoas capazes, o máximo possível. Nesse sentido, percebe-se a influência desse modelo, por exemplo, no art. 5º¹⁶ do Código Civil de 1916, o qual considerava absolutamente incapaz o louco de todo gênero e os surdos-mudos que não pudessem manifestar sua vontade. Desse modo, observa-se a estigmatização feita pelo legislador ao classificar essas pessoas como totalmente incapazes devido à uma patologia, submetendo-as, portanto, à exclusão social. Assim, sob esse aspecto, observa Marcelo Medeiros:

“o modelo médico identifica a pessoa deficiente como alguém com algum tipo de inadequação para a sociedade”¹⁷

O modelo médico foi mitigado e nos fins da década de 1970, no Reino Unido e nos Estados Unidos, surge o modelo médico-social, o qual tinha como bandeira a “desmedicalização” e a “desinstitucionalização”, isto quer dizer, na primeira,

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 18- 20.

¹⁶ Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

¹⁷ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. Envelhecimento e deficiência. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf. Acesso em: 26/11/18.

o fim do “modelo reparador” com o surgimento de uma nova tendência, ao considerar que a deficiência estava na sociedade e não na pessoa com deficiência; e, na segunda, opunha-se a ideia desse grupo ser considerado como “cidadãos de segunda classe”. Outrossim, tinha como escopo a distinção entre lesão e deficiência. A primeira é objeto de discussão sobre saúde, enquanto a segunda é uma questão da ordem dos direitos e da justiça social e, portanto, essencialmente normativa. Ou seja, com o surgimento desse modelo, a deficiência que, outrora, era considerada fator de exclusão social, agora, torna-se fator de inclusão e integração, visto que a mesma é uma característica inerente à pessoa como, por exemplo, o sexo, a cor da pele.

Assim, como observa Marcelo Medeiros: “o modelo social, por sua vez, inverte o argumento e identifica a deficiência na inadequação da sociedade para incluir todos, sem exceção.”¹⁸ Ademais, esse modelo social permitiu a aproximação do Código Civil aos Direitos Humanos e a defesa da dignidade da pessoa humana como valor a ser alcançado, visto que o modelo médico tinha, como principal escopo, atribuir a responsabilidade pela deficiência e pela impossibilidade de equalização à pessoa que a detivesse. Sob essa perspectiva, apregoa Marcelo Medeiros:

“é de que a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas como uma questão eminentemente social, transferindo a responsabilidade pelas desvantagens dos deficientes das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade de prever e ajustar-se à diversidade.”¹⁹

Sob tal enfoque, no Código Civil de 2002 essa associação foi minimizada pela referência ao discernimento, mas ainda assim houve menção expressa a que uma deficiência leva a déficit cognitivo, sendo sujeita à uma declaração judicial acerca da incapacidade. Portanto, evidencia-se um conflito entre o regime jurídico das incapacidades e a dignidade da pessoa humana, valor esse fundamental do ordenamento jurídico, como é salientado por Rafael Garcia Rodrigues:

“É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo.”²⁰

¹⁸ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. Envelhecimento e deficiência. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf. Acesso em: 26/11/18.

¹⁹ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. Envelhecimento e deficiência. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf. Acesso em: 26/11/18.

²⁰ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24-25.

Outro aspecto importante é oinicioda terceira fase, chamada de integração, em que é marcada pela visão de que a pessoa com deficiência poderia conviver em sociedade, se beneficiar da sociabilidade com todos e não somente com certas pessoas em ambientes específicos, desde que elas se adaptassem ao meio.

É visível que as pessoas com deficiência trazem consigo anos de perseguição e preconceito, os quais se propagavam em decorrência de um fator cognitivo, auditivo, visual dentre outros. Por causa dessa intolerância, tais pessoas eram proibidas de casar, comprar/alugar/vender um imóvel, escolher sua profissão, fazer um testamento, ou seja, até o próprio legislador limitava seus direitos. Havia contrariedade, dessa forma, auns dos pilares da democracia e princípio constitucional, a saber,a igualdade material, prevista na forma do art. 5º, *caput* da Constituição Federal.²¹

Cabe salientar as mudanças ocorridas na década de 30 do século XX como, por exemplo, o implemento do Decreto nº 891/38²² e a revogação do Decreto nº 24.559/34²³ pelo Decreto nº 99.678/90.²⁴ Visto que, o Decreto nº 891/38 trouxe à tona o regulamento e fiscalização de entorpecentes, ou seja, dispôs sobre questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, proibindo, dessa forma, inúmeras substâncias consideradas entorpecentes e, por conseguinte, a interdição dos toxicômanos, levando em consideração o grau de intoxicação e prejuízo causado à sua consciência e ao seu discernimento. Nesse sentido, a interdição poderia ser plena ou limitada, equiparando o interdito ao absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, respectivamente²⁵. Assim, uma das principais mudanças oriundas da Lei 13.146/2015 foi promover a alteração da redação do art. 4º do Código Civil, ao prever como, relativamente incapaz, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, uma vez que, segundo a lei, não há afetação das liberdades pessoais por déficit cognitivo.

²¹ 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:

²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De10891.htm. Acesso em: 26/11/18.

²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm. Acesso em: 26/11/18.

²⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99678.htm#art4. Acesso em: 26/11/18.

²⁵ Decreto-Lei nº 891/1938: Art. 30. A simples internação para tratamento bem como interdição plena ou limitada serão decretadas por decisão judicial, pelo tempo que os peritos julgarem conveniente segundo o estado mental do internado.

§ 1º Será decretada em procedimento judicial e secreto a simples internação para tratamento, si o exame pericial não demonstrar necessidade de limitação de capacidade civil do internado.

§ 5º A internação limitada importa na equiparação do interdito aos relativamente incapazes, assim como a interdição plena o equipara aos absolutamente incapazes, respectivamente na forma dos artigos 6º e 5º do Código Civil.

O Decreto nº 24.559/34 foi o primeiro aparato legal voltado à pessoa com transtorno mental que fez menção ao ser humano que, ao dispor sobre a assistência e proteção individual, bem como sobre os bens dos psicopatas, considerava loucos os anormais, os toxicômanos, os intoxicados habituais e os indivíduos suspeitos incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.²⁶ No mais, tal Decreto substituiu a expressão “loucos de todo o gênero” pelo termo “psicopatas”, por ser considerado cientificamente mais adequado, sendo assim todo aquele “portador de psicopatologia, ou seja, portador de qualquer moléstia mental, de qualquer anomalia ou de qualquer etiologia”.²⁷ No processo de interdição da pessoa considerada psicopata, o Decreto nº 24.559/34 permitia que fosse declarada a incapacidade absoluta ou relativa do interdito, conforme a gravidade do comprometimento psíquico.²⁸

Sob esse aspecto, o Código Civil de 1916, sob uma forte influência do modelo médico, enquadrou as pessoas com transtorno mental como “loucos de todo o gênero” e, conseqüentemente, como absolutamente incapazes. Observa-se que o Código Civil de 2002, antes da Lei nº 13.146/2015, seguiu a mesma metodologia que o Código anterior ao enquadrar as pessoas com transtorno mental como incapazes, mesmo que elas possuíssem um mínimo de discernimento. Sem embargo, com o advento da Lei 13.146/2015 as pessoas com transtorno mental foram retiradas do rol de absolutamente incapazes, visto que o escopo de referida lei é que deficiência não induz a incapacidade.

Assim, por 86 (oitenta e seis) anos o Código Beviláqua (Código Civil de 1916) esteve vigente até que foi revogado pela Lei 10.406/02 (Código Civil de 2002). Com a chegada deste, o regime das incapacidades sofreu alterações, sendo suscitadas mudanças em relação ao seu conteúdo e ao modo de aferição de determinados incapazes, principalmente, no que tange às pessoas com deficiência.

A Lei 10.406/02 estabeleceu, portanto, que a proteção aos relativamente ou absolutamente incapazes dar-se-ia em face do grau de discernimento ou de necessidade da pessoa e não mais critérios objetivos e taxativos.

²⁶ Brasil. Decreto nº 24.559, de 03 de julho de 1934: dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Coleção de Leis do Brasil, 31 Dez 1934. v. 004, p. 351.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 608.

²⁸ Decreto nº 24.559/1934: Art. 26. Os Psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em forma regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

2. REGIME DAS INCAPACIDADES DE 2002

Nos primeiros 13 (treze) anos de vigência do Código Civil de 2002, conservou-se parte da redação dos revogados dispositivos do Código Civil de 1916, havendo, tão somente, a retirada dos “*surdos-mudos*” (artigo 5º, III Código Civil de 1916) e dos “*ausentes, declarados tais por ato do juiz*” (artigo 5º, IV Código Civil de 1916). Notou-se que as deficiências sensoriais, embora possam prejudicar, em termos práticos, o pleno gozo das capacidades individuais, nunca foram na lei motivo de atribuição da incapacidade civil; além disso, essas deficiências não impediam essas pessoas de exprimirem sua vontade. Portanto, evidencia-se que não há nenhuma afetação das liberdades e do discernimento em razão de uma deficiência sensorial.

A doutrina entendia na época que as pessoas com deficiência mental estavam inseridas no inciso II do art. 5º, do Código Civil de 1916 – “*os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.*”; visto que o pensamento genérico empregado pelo legislador pátrio incorporaria, na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“todos os casos de insanidade mental, provocada por doença ou enfermidade mental congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos, desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.”²⁹

Daí entende-se que a absoluta incapacidade não decorria meramente da existência de uma patologia clínica, mas somente quando houvesse a perda do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. Outrossim, as pessoas com deficiência não eram consideradas necessariamente incapazes, uma vez que essa aferição dependia de uma avaliação judicial prévia.

Percebe-se que os deficientes mentais foram considerados incapazes. Todavia, o raciocínio mudou com a aprovação do EPD, ao assegurar, em seu art. 6º³⁰, que o fato de uma pessoa apresentar uma deficiência não afeta sua plena

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. v. 1: parte geral, 11, ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

³⁰ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

capacidade civil. Verificou-se, ainda assim, que com a redução mesmo que ínfima do discernimento, a pessoa com deficiência é capaz de manifestar sua vontade e, além do mais, essa pessoa não precisa vir acompanhada de um curador ou outro representante para praticar atos simples da vida civil como, por exemplo, a compra de um imóvel, salvo se for de escolha do deficiente.

A Lei 13.146/2015, portanto, veio com o objetivo de incluir as pessoas com deficiência na legislação civilista, uma vez que essa, por anos, os excluía da sociedade e os tratavam como doentes. Ademais, essa Lei trouxe significantes mudanças nos institutos do Direito Civil, entre os quais o regime das incapacidades, a prescrição, a curatela, verificando-se alterações e revogações de normas positivadas em lei a respeito desses institutos.

3. REGIME DAS INCAPACIDADES NO EPD

A Lei 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, trouxe importantes avanços para a promoção da igualdade formal e material das pessoas com deficiência no Brasil.

O Estatuto é baseado nos princípios e regras da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, também conhecida como Convenção de Nova Iorque, que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Trata-se do único tratado internacional ratificado pelo Brasil com status de emenda constitucional³¹, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988³².

O principal objetivo desse Estatuto é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Dessa forma, o Estatuto objetiva tratar o deficiente como plenamente capaz, até que se prove o contrário. Assim, a sociedade que deve se adaptar a deficiência e não o contrário.

³¹ <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>. Acesso em: 10/01/2019.

³² Art. 5º [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).

Essa mudança é oriunda do novo conceito mundial de deficiência, em que se afasta o modelo médico para aceitar o modelo social: deficiente é aquele que tem dificuldade de se integrar à sociedade, conforme dito o art. 2º do Estatuto:

“considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em intervenção com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nesse sentido, o EPD, ao declarar a capacidade da pessoa com deficiência redefiniu a tradicional teoria civilista da incapacidade, tanto que alguns dispositivos do CC/2002 foram revogados e outros tiveram seus textos modificados. Como visto, os três incisos do art. 3º do Código Civil foram revogados e o absolutamente incapaz é unicamente o menor de dezesseis anos. Já o art. 4º do Código Civil, que diz respeito aos relativamente incapazes, é composto por dois incisos e neles constam os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, além daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Assim, a principal mudança promovida pelo Estatuto é garantir uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência, tal como se verifica em relação a qualquer outra pessoa.

Considerando tais colocações supramencionadas, é pertinente vislumbrar uma segunda mudança trazida pelo Estatuto: as pessoas com deficiência mental passam a ter plena capacidade, podendo inclusive casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem, como afirmado explicitamente no art. 6º da Lei 13.146/2015³³. Essa vicissitude é de grande repercussão na doutrina civilista brasileira, uma vez que outrora esses direitos civis eram negados às pessoas com deficiência, em razão de uma alegação subjetivista que essas pessoas, por não conseguirem expressar seu discernimento por completo, não estariam aptas a praticar os atos mais triviais da vida civil.

Outro ponto a salientar é que essas pessoas são dotadas de plena capacidade jurídica, em igualdade de condições com as demais pessoas³⁴, pois “uma

³³ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

³⁴ Art. 84, da Lei 13.146/2015.

deficiência não induz necessariamente à incapacidade³⁵ e “nem toda pessoa incapaz juridicamente é, necessariamente, deficiente”³⁶ como, por exemplo, uma pessoa em estado comatoso ou estado hipnótico que, apesar, de não conseguir manifestar sua vontade, não é mais considerada absolutamente incapaz e, sim relativamente incapaz, sendo designado um curador a ela. Além do mais, com o advento do EPD retira-se a ideia de discernimento como fator qualificativo de incapacidade civil, visto que o legislador ao utilizar desse termo trazia consigo uma abordagem discriminatória e excludente às pessoas com deficiência, principalmente, às pessoas com deficiência mental ou intelectual. Em suma, assevera Bruna Lima de Mendonça:

“não há mais qualquer presunção da incapacidade das pessoas com deficiência por ausência de discernimento”³⁷

Por outro lado, há autores que, não satisfeitos com os novos horizontes trazidos pelo EPD, são favoráveis à mudança na redação da lei como, por exemplo, o autor Waldir Macieira da Costa Filho³⁸. Tal posição tem como fundamento a questão de se o EPD colocaria as pessoas com deficiência em uma situação de vulnerabilidade, ao retirá-las do rol dos incapazes. Tal se justificaria, segundo o Projeto de Lei do Senado nº 757/2015³⁹ dos Senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim pois, o EPD, na tentativa de empoderar e respeitar as pessoas com deficiência, as desprotegeu, deixando-as mercê da própria sorte ao executar os atos da vida civil. Sob esse prisma, tal projeto de lei citado anteriormente, traz consigo a ideia de alterar os artigos 3º e 4º⁴⁰ do Código Civil de 2002 com a inclusão de novos incisos em sua redação.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito civil: parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 326.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. Ct., p. 329.

³⁷ BARBOZA, Heloísa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil eo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 43.

³⁸ O autor participou das primeiras discussões sobre o substitutivo ao PLS 757/2015 no Senado e afirmou que tal projeto de lei resguardará a finalidade da LBI relativo a garantia da capacidade legal das pessoas com deficiências como um todo de maneira geral. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Reflexões sobre a Lei 13.146. A Concepção de deficiência e capacidade civil. E os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada. Revista do Ministério Público do Estado do Pará, v. 9, n. 9, 2016, p. 266.

³⁹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>. Acesso em: 06/02/2019.

⁴⁰ No Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...)

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; (...)

No entanto, tal proposta de modificação, ao meu ver, é polêmica, já que, por se tratar de norma restritiva de direitos, deve ser interpretada sempre *stricti iures*, ou seja, as hipóteses que ensejam a incapacidade absoluta ou relativa são sempre aquelas previstas em lei, com caráter de ordem pública, pois toda incapacidade é legal. No mais, trata-se, também, de proposta que vai na contramão dos artigos 6º e 114 do EPD. Assim, ainda que a pessoa apresente uma deficiência mental ou intelectual grave, será presumida a sua plena capacidade, pois a regra do ordenamento jurídico, mediante a nova sistemática do regime das incapacidades, é a plena capacidade. Ademais, vale ressaltar outra manifestação *contra legem* aos artigos 6º e 114 do EPD, exteriorizada na reunião de trabalho realizada em 26/02/2016, em Brasília –DF, pelos membros do Ministério Público e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) com o intuito de aprovar alguns enunciados⁴¹, principalmente, o quarto. Esse versa acerca, nos casos necessários, da decretação de incapacidade absoluta das pessoas com deficiência. Ou seja, evidencia-se o regresso por parte de certos autores, ao voltar com a ideia, já extinta, da presunção de discernimento para a decretação de incapacidade.

Além de Waldir Macieira da Costa Filho, outros autores afirmam que o diploma legislativo desprotegeu as pessoas com deficiência ao retirá-las do rol dos incapazes. Dentre os que adotam essa posição, é possível citar José Fernando Simão⁴² e Vitor Kumpel⁴³. De outro lado, há autores que aclamaram as recentes alterações como Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Pablo Stolze⁴⁴, Flávio Tartuce e

⁴¹ “Primeiro enunciado: A Lei 13.146/2015 não alcança as interdições já decretadas por sentença com trânsito em julgado, sem prejuízo da possibilidade de o interessado requerer, a qualquer tempo, nos próprios autos da interdição, a revisão dos limites da curatela e a substituição da interdição pela tomada de decisão apoiada, conforme o caso.

“Segundo enunciado: Nos procedimentos de curatela ou de tomada de decisão apoiada, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna, conforme dispõe o art. 723, parágrafo único, do novo CPC (Lei 13.105/2015)

“Terceiro enunciado: O art. 85 da Lei 13.146/2015 deve ser interpretado em consonância com o art. 723, parágrafo único, do novo CPC, de forma que a curatela da pessoa com deficiência poderá afetar o exercício de direitos de natureza extrapatrimonial, desde que essa restrição conste da sentença.

“Quarto enunciado: Os arts. 3º e 4º do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei 13.146/2015, não disciplinam todas as hipóteses de incapacidade, de forma que poderá ser decretada por sentença a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência, nos casos em que houver necessidade.”

⁴² SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: “<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>”. Acesso em: 06/02/2019.

⁴³ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. Disponível em: “<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>”. Acesso em: 06/02/2019.

⁴⁴ STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista Jus Navigandi, Teresina, v.21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em: “<https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>”. Acesso em: 06/02/2019.

Nelson Rosenvald.⁴⁵ Desse modo, o Estatuto preconiza como ideia fulcral que a capacidade é regra, incapacidade é exceção.

Cabe salientar que umas das principais mudanças oriundas da Lei 13.146/2015 foi a mudança na nomenclatura de “pessoa portadora de deficiência” para “pessoa com deficiência”. Uma vez que, a deficiência não é um objeto para ser portado e, sim, algo inerente e intrínseco do ser humano como, por exemplo, a cor da pele. O uso da nomenclatura “pessoa portadora de deficiência” ou “pessoa especial” ou “pessoa incapaz” carrega consigo um forte peso da exclusão social e da interiorização. Dessa forma, a Convenção da ONU sobre Direitos da Pessoa com Deficiência adotou a expressão “pessoa com deficiência”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência procura a integração e, mais do que isso, a inclusão das pessoas portadoras de deficiência na sociedade. Através da integração buscou-se o fim da prática de exclusão social que atingiu durante séculos as pessoas com deficiência. Ou seja, essas pessoas eram banidas de qualquer atividade social por serem consideradas inválidas e incapazes de trabalhar, sendo considerados sem utilidade para a sociedade. Dessa forma, era necessário criar condições de vida para que a pessoa com deficiência se adequasse às condições normais da sociedade em que vive.

Evidencia-se que o Estatuto tem como núcleo central a premissa que a pessoa com deficiência é igual a qualquer outra pessoa, visto que ela passa a ter capacidade plena, conforme apregoado por Elisa Costa Cruz: “não há, segundo a lei, afetação das liberdades pessoais por déficit cognitivo”⁴⁶. Isto quer dizer, que a deficiência não gera qualquer problema quanto ao tema da capacidade. Nesse sentido, toda pessoa com deficiência, seja de ordem mental, intelectual ou qualquer natureza, é plenamente capaz de exercer os atos da vida civil e tem o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, além de não poder sofrer qualquer espécie de discriminação (art. 4º do EPD).

Ademais, esse ato normativo preconiza que a deficiência não é mais considerada uma barreira ou obstáculo para as pessoas com deficiência e, sim, algo inerente e normal de suas vidas como, por exemplo, a orientação sexual. Outrossim, com o advento do EPD, suprimiu-se o modelo médico ou “modelo reabilitador”, proveniente do Código Civil de 1916, o qual difundia que a exclusão

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: “<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+plena+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com.>” Acesso em: 06/02/2019.

⁴⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil eo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 78.

e descriminalização sofrida por essas pessoas era oriunda delas mesmas, ou seja, encarava a deficiência como condição patológica de natureza individual, trouxe a ideia de que a deficiência está, tão somente, na sociedade e esta deve se adaptar às pessoas com deficiência, bem como, o Direito.

Em contrapartida, o EPD, apesar de ser promissor no que tange ao regime da capacidade e dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência, repercutiu negativamente em outros institutos do Direito Civil como, por exemplo, a responsabilidade. Uma vez que, outrora, para as pessoas com deficiência a responsabilidade detinha um caráter subsidiário, isto é, tal como previsto no art. 928 do Código Civil de 2002⁴⁷ o incapaz só responderia se o seu responsável não tivesse obrigação de suportar tal dever de reparação ou não dispusesse de meios suficientes. No entanto, a pessoa com deficiência por não fazer mais parte dos absolutamente incapazes, perde essa importante proteção e, ao ser deslocado dessa regra, passando a responder com os seus bens pelos seus atos. Ademais, outro instituto modificado foi o da prescrição e da decadência, isto quer dizer, tanto os prazos prescricionais quanto os prazos decadenciais correrão normalmente contra eles, pois a proteção, consoante os arts. 198, I⁴⁸, e 208⁴⁹ do Código Civil de 2002, é dirigida aos absolutamente incapazes.

O EPD ao atribuir às pessoas com deficiências a plena capacidade civil, em verdade, intenta erradicar o preconceito e promover a inclusão social, com o intuito de evitar ao máximo o afastamento do deficiente com o meio ao qual ele está inserido. Nesse aspecto, o EPD, portanto, reconfigurou todo o sistema civilista, pois o mesmo criou alguns institutos como a curatela de capazes e a tomada de decisão apoiada, ao passo que outros não existirão mais, como a curatela de absolutamente incapaz, a nulidade do casamento em face de enfermos mentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu, à luz das balizas metodológicas do Direito Civil- Constitucional, apresentar as etapas do regime das incapacidades em cada Código Civil brasileiro e com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscando o foco nas alterações e mudanças dos artigos, trazer uma visão acerca da conjuntura de cada época e como a doutrina enxergou cada modificação.

⁴⁷ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

⁴⁸ Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;

⁴⁹ Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Com esta proposta, objetiva-se analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência sob o enfoque da sociedade civil, uma vez que muitos doutrinadores asseveram que esse Estatuto, na teoria, é muito promissor, enquanto outros dizem o contrário, já que, na prática, não condiz às normas propostas pelo próprio Estatuto. Desse modo, o legislador deve garantir e prever “pequenos” direitos como, por exemplo, construção de rampas, colocação de pisos táteis, instalação de avisos sonoros; a “amplos” direitos como, por exemplo, constituição de uma sociedade empresária, participação de uma sociedade empresária com o intuito de criar, não apenas uma disfarçada integração, mas, sim, uma robusta inclusão dessas pessoas na sociedade hodiernamente.

Todo o conjunto das alterações e novidades trazidas com a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, posteriormente, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veio a buscar dar maior consideração e respeito às pessoas com deficiência na perspectiva da implementação efetiva dos seus direitos humanos e fundamentais, em especial a liberdade, a segurança, a igualdade material, a integridade físico-psíquica e a vida digna. Sob esse prisma deve-se analisar e compreender o novo modelo do regime das incapacidades no Direito Civil brasileiro que se associa e se fundamenta no valor e princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a dignidade da pessoa humana, aí também compreendida a pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, p. 52-60, 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, p. 205-227, 2016. ISBN 978-85-450-0174-4.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, p. 1-30, 2017. ISBN 978-85-93741-14-2.

- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. ISBN 978-85-93741-14-2.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. ISBN 978-85-93741-14-2.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio MENEZES, Joyceane Bezerra de M. (Org.), Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito da personalidade e autonomia privada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm". Acesso em: 26/11/2018.
- BRASIL. Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm". Acesso em: 26/11/2018.
- BRASIL. Decreto nº 99.678, de 8 de novembro de 1990. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Educação e dá outras providências. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99678.htm#art4". Acesso em: 26/11/2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm". Acesso em: 06/02/2019.
- BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 20 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 16 de março de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: "<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>". Acesso em: 06/02/2019.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm". Acesso em: 06/02/2019.

- CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 67-98, 2017. ISBN 978-85-93741-14-2.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Reflexões sobre a Lei 13.146. A Concepção de deficiência e capacidade civil. E os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada. Revista do Ministério Público do Estado do Pará, v. 9, n. 9, 2016.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 19-32, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito civil: parte geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2006.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito civil: família. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 10.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 1: parte geral, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A lei 13.146/2015 e a atuação de notários e registradores diante dos deficientes. Disponível em "<http://www.possiedearaujo.com.br/#!A-lei-131462015-e-a-atua%C3%A7%C3%A3o-de-not%C3%A1rios-e-registradores-diante-dos-deficientes/c1rh7/55d748470cf2174523e337b7>". Acesso em: 06/02/2019.
- LÔBO, PAULO. Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. Envelhecimento e deficiência. Disponível em: "http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf". Acesso em: 26/11/2018.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 28.ed.rev.e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Discernimento da pessoa humana e sua relevância para o regime jurídico da prescrição e da decadência. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, p. 99-166, 2017. ISBN 978-85-93741-14-2.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: "<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>". Acesso em: 06/02/2019.

STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista Jus Navigandi, Teresina, v.21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em: "<https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>". Acesso em: 06/02/2019.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: "<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>". Acesso em: 06/02/2019.

OS IMPACTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UM BALANÇO DA VIGÊNCIA DO NOVO DIPLOMA

*Larissa Clare Pochmann da Silva*¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os impactos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 no tempo de tramitação dos processos. Inicialmente, busca retratar o significado de uma duração razoável para o processo, indicando a insuficiência de critérios meramente quantitativos. Em seguida, destaca previsões do Código de Processo Civil de 2015 que podem interferir na duração razoável do processo e, após, a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que abrangem o ano anterior e o período de vigência do diploma processual, interpreta a alteração no tempo de tramitação das demandas, indicando que, ainda que, nos primeiros anos de vigência do *codex*, o tempo de tramitação dos processos tenham aumentado, a perspectiva é a de que, nos próximos anos, acabe por se ter um tempo inferior ao registrado antes de sua vigência.

Palavras-Chave: Duração razoável do processo; Código de Processo Civil de 2015; balanço.

Abstract: The present article aims to analyze the impacts brought by the Code of Civil Procedure of 2015 in the length of claims. Initially, it seeks to portray the meaning of a reasonable length of claims, indicating the insufficiency of purely quantitative criteria. It then highlights provisions of the Civil Procedure Code of 2015 that may interfere with

¹ Pós-Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Candido Mendes (UCAM) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).

the reasonable duration of the process and, afterwards, based on data from the National Council of Justice (CNJ), covering the previous year and the period of validity of the procedural law, the paper interprets the change of the length of claims, indicating that, even in the first years of the codex, claims' length has increased, the prospect is it will be reduced during the next years.

Keywords: Reasonable length of claims; Civil Procedure Code of 2015; balance.

INTRODUÇÃO

A garantia fundamental da duração razoável do processo, insculpida, a partir da Emenda nº 45/2004, no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, é tema que não é recente, nem peculiar ao cenário brasileiro, mas que assume inegável relevância diante da vultosa atuação do Poder Judiciário para a tutela dos direitos e implementação de políticas públicas.

O Código de Processo Civil de 2015, que teve entre um de seus objetivos o estabelecimento de uma sintonia fina com a Constituição, deve buscar um ponto de equilíbrio entre a participação e a duração razoável do processo.

Considerando que o Código entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, objetiva-se fazer um balanço dos primeiros anos de vigência do Código, com uma abordagem quanti-qualitativa, de forma a se destacar se o novo diploma contribuiu para a duração razoável dos processos.

Para isso, inicia-se destacando o significado da duração razoável dos processos, com a ênfase à insuficiência de conceitos estritamente quantitativos. Em seguida, destacam-se os institutos trazidos pelo novo diploma e, por fim, analisam-se os dados sobre a duração razoável do processo disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

1. A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Diversos países vivenciam, na atualidade, uma crise da justiça civil². Essa crise, que não é restrita ao Brasil³ e revela-se pelos indicativos da ineficiência de resultados, é marcada não só pelo aumento exagerado na duração dos processos,

² Sobre o tema, remete-se a: ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema para a duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 9ª série, 2007, p. 369.

em virtude da ampliação do número de demandas que ingressam no Poder Judiciário, em descompasso com o quantitativo de recursos materiais e humanos⁴, como também é acentuada pela dificuldade de os julgadores examinarem atentamente o conteúdo de todos os atos do processo em virtude do aumento.

A solução não pode ser apenas uma visão gerencial, baseada em metas com o intuito de conter e reduzir a crescente quantidade de processos. É necessário que as soluções para assegurar a duração razoável do processo venham em equilíbrio com o respeito às garantias constitucionais do processo, especialmente a devida consignação ao contraditório participativo, assegurando-se a possibilidade de participação no processo de todas as entidades e grupos que possam colaborar com a administração da justiça⁵.

Porém, para que se possa compreender o que significa a duração razoável dos processos, cumpre destacar alguns parâmetros.

Não obstante seja possível se obter informações de que a duração razoável dos processos já tenha sido medida por critérios exclusivamente quantitativos⁶, referente à duração média, em meses, de cada processo, as particularidades de cada demanda em tramitação podem ensejar diversas falhas a esse critério⁷.

Em inúmeros julgamentos proferidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre o tema⁸, foram estabelecidos alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4. ed., 2014, p. 33-34.

⁵ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro: UERJ, vol. 15, jan.-jun. 2015, p. 299-310.

⁶ José Rogério Cruz e Tucci destaca que a *American Bar Association* chegou a publicar, com base em números, um tempo razoável para a duração dos processos norte-americanos. Sobre o tema: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Duração razoável do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 333-334. No mesmo sentido, Fernando Gajardoni propõe que o tempo de duração razoável dos processos deve ser a soma do tempo para a prática dos atos processuais previsto no procedimento. Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo (uma análise crítica à luz de dados estatísticos)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p. 39-40.

⁷ Em relação às posições sobre prazos fixos ou não, remete-se a SANTOS, Paula Ferraresi. Duração razoável do processo: critérios para seu dimensionamento e aplicação no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 277, mar. 2018, p. 21-44.

⁸ A título de exemplo, destacam-se os julgamentos proferidos nos casos König, de 10.03.1980; Bucholz, de 06.05.1981; Eckle, de 15.07.1982; Foti e outros, de 10/12/1982; Corigliano, de 10.12.1982; Pretto, de 08.12.1983; Zimmermann-Steiner, de 13.07.1983; Lechner e Hess, de 23.04.1987; Capuano, de 25.06.1987; Baggetta, de 25.06.1987; Milasi, de 25.06.1987; Sanders, de 07.07.1990; Moreiras de Azevedo, de 23.10.1990; Vernillo, de 20.02.1991.

com as particularidades do caso concreto, a fim de evitar dilações indevidas, notadamente incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes⁹. Os critérios estabelecidos foram: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização.

A complexidade da causa a justificar um eventual prolongamento do processo pode se dar nos casos de pluralidade de partes em razão da cumulação de pedidos, de litisconsórcios multitudinários, ser decorrente da produção probatória (critério fático) ou, ainda, em virtude da natureza da questão debatida (critério jurídico)¹⁰.

A conduta pessoal da parte lesada significa que as próprias partes, através de uma atuação protelatória, através da provocação de incidentes dilatórios ou com a interposição de sucessivos recursos, bem como aquela que por falta de diligência não contribuiu para o seu andamento¹¹, podem comprometer a duração razoável do processo.

Quanto ao critério da conduta das autoridades competentes, cabe ao Estado organizar a estrutura judiciária de forma a permitir uma duração razoável dos processos. Verifica-se se as autoridades tomaram medidas apropriadas para gerenciar acúmulo temporário e imprevisível de processos. Em caso positivo, o maior tempo de processamento de alguns casos pode ser justificado.

Analisa-se, também, as peculiaridades do caso concreto, uma vez que algumas questões necessitam de uma prestação jurisdicional mais célere, tais como os que envolvem réu preso, alimentos e saúde.

Porém, paralelamente a esses critérios, a própria Comissão Europeia para eficiência da Justiça Civil (CEPEJ)¹², acabou por combinar critérios qualitativos com

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 68.

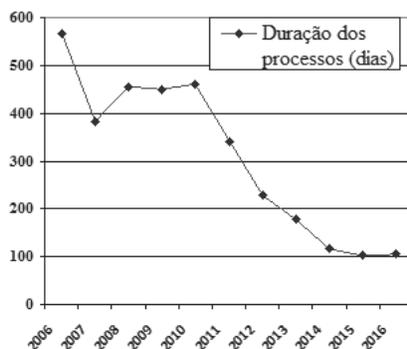
¹⁰ BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 39-40.

¹¹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 242.

¹² EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights*. Estraburgo: CEPEJ, 2018, 3.ed., p. 4-5. Disponível em <https://rm.coe.int/cepej-2018-26-en-rapport-calvez-regis-en-length-of-court-proceedings-e/16808ffc7b>. Acesso em 24 mar. 2019.

quantitativos, para tentar obter critérios mais adequados para o aprimoramento da prestação jurisdicional. A partir dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, publicou uma tabela de prazos que seriam razoáveis. Previu-se que a demora nos procedimentos, tanto cíveis como criminais, estava relacionada ao: i) congestionamento dos Tribunais; ii) insuficiência de recursos humanos; iii) existência de inúmeras decisões colegiadas durante o procedimento; iv) inércia; v) rediscussão do julgamento pelas partes; vi) existência de erros de procedimento que geravam a anulação de julgamentos.

Com a identificação e a necessidade de correção desses problemas, foi estabelecida a redução da duração razoável dos processos a cada ano. Quando se iniciou, em 2006, o prazo estipulado foi de 566 dias, que reduziu para 384 dias em 2007, aumentou para 456 dias em 2008, reduziu para 449 em 2009, aumentou mais um pouco para 461 em 2010 e, a partir daí, reduziu direto, apresentando números de 341 dias em 2011, 227 em 2012, 178 em 2013, 117 em 2014, 104 dias em 2015 e 106 dias em 2016, conforme dados que assim se apresentam em tabela:



Ainda que o tempo estipulado possa sofrer variação de acordo com o país, a partir da combinação de parâmetros quantitativos e qualitativos, pode-se constatar que a duração razoável do processo não constitui nem implica direito a processo rápido ou célere, mas sim implica a eliminação da desproporcionalidade entre a duração razoável do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar¹³.

A partir dessas premissas, analisam-se os institutos do Código de Processo Civil de 2015 que podem impactar na duração razoável do processo.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015¹⁴

O Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016, foi o primeiro código processual após a Constituição de 1988, em um período democrático. A democracia incute a ideia de busca do justo através do contraditório enquanto influência (artigo 9º) e da não surpresa (artigo 10). Porém, essa participação não pode alongar indefinidamente os julgamentos, comprometendo o tempo de duração dos processos. A aplicação das previsões deste diploma deve buscar o equilíbrio entre a participação e a duração razoável dos processos.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê o fortalecimento do contraditório (artigo 10). Em qualquer grau de jurisdição, o juiz não poderá decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado a manifestação das partes, ainda que se trate de matéria sobre a qual deveria decidir de ofício.

Se, por um lado, essa disposição pode ampliar o tempo necessário para a prática dos atos processuais, por outro, pode inibir discussões ou recursos, já que as partes poderão esclarecer o que for relevante, trazendo informações necessárias ao julgamento.

Outra questão que impacta na duração razoável do processo é o cômputo dos prazos processuais em dias úteis, nos termos do art. 219. A medida prolongará os prazos, mas permite que os profissionais de direito possam realizar seu servido, de modo regular, voltado para o trabalho apenas nos dias úteis.

Ainda analisando a duração razoável do processo e os prazos, o Código de Processo Civil amplia, de modo geral, os prazos, o que pode repercutir na extensão do tempo de duração dos processos. Um exemplo foi a tentativa de unificação dos prazos recursais em 15 (quinze) dias. Essa previsão amplia o tempo de duração do procedimento em alguns dias, mas não chega a se revelar exacerbada, ainda mais considerando que, em muitos processos, o problema identificado está fora da etapa do procedimento.

O artigo 926 indica que a jurisprudência dos tribunais deve se manter íntegra, coerente e estável, em uma nítida da previsão de que os tribunais devem respeitar seus precedentes e dar-lhes publicidade. Além disso o artigo 927 prevê a existência de precedentes vinculantes, a serem observados pelos

¹⁴ Este item foi elaborado a partir das ideias inicialmente expostas em MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 241, 2015, p. 15-25.

juízes. No que tange à duração razoável do processo, do ponto de vista macro, a vinculação ao precedente judicial pode significar uma celeridade maior, porque, com o acolhimento dos precedentes judiciais no julgamento, há uma tendência à coerência, à integridade e à estabilidade dos julgamentos e, como consequência, também uma tendência à redução do número de recursos, com a diminuição no tempo de tramitação os processos.

Outra modificação que pode trazer impacto na duração razoável do processo é a própria técnica de julgamento, prevista no art. 942, que dispõe, em determinadas situações, dispostas em seu *caput* e §3º, sobre o prosseguindo o julgamento não unânime em outra sessão próxima, salvo se possível na mesma sessão, com a presença de outros juízes, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, ofertando-se nova sustentação oral para as partes.

No âmbito dos Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs), essa técnica alongará o julgamento das decisões por maioria em alguns dias.

Em termos de recursos, há uma modificação significativa, porque, no texto sancionado, o juízo de admissibilidade, a exceção dos recursos especial e extraordinário, será realizado pelo órgão *ad quem*, e não mais no órgão *a quo*. No que tange à duração razoável do processo, o exame da admissibilidade recursal realizado pelo órgão *ad quem*, agilizará a remessa do recurso ao tribunal, mas, alongará o tempo de tramitação de recursos intempestivos ou de outras hipóteses de inadmissibilidade.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os recursos repetitivos são procedimentos para julgamentos de casos repetitivos, que se referem a questões comuns de direito, capazes de proporcionar grave insegurança jurídica, devido ao risco de decisões contraditórias. Os instrumentos possuem a perspectiva de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, evitando que haja ofensa à isonomia e à segurança jurídica nos julgamentos de questões comuns de direito, material ou processual.

Caso haja a suspensão dos processos individuais ou coletivos pendentes, por até um ano¹⁵ até a decisão a ser proferida, poderá haver uma maior morosidade

¹⁵ Se houver cumulação de pedidos, a suspensão do processo poderá ser apenas parcial, não abrangendo o pedido cuja tese não será firmada no incidente (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado 205 do III Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)*. Rio de Janeiro, 2014).

aos processos. Porém, em tese, a médio e longo prazo, o efeito desse novel mecanismo será a racionalização do sistema processual, já que a tese jurídica firmada será aplicada, ressalvada a possibilidade de sua revisão, nos termos da nova previsão legislativa, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, bem como aos casos futuros, o que poderá proporcionar celeridade aos processos.

Considerando a existência desses mecanismos, passa-se a analisar o reflexo das disposições do código no tempo médio de tramitação dos processos, realizando-se um balanço após sua vigência.

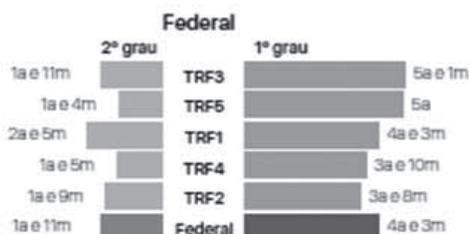
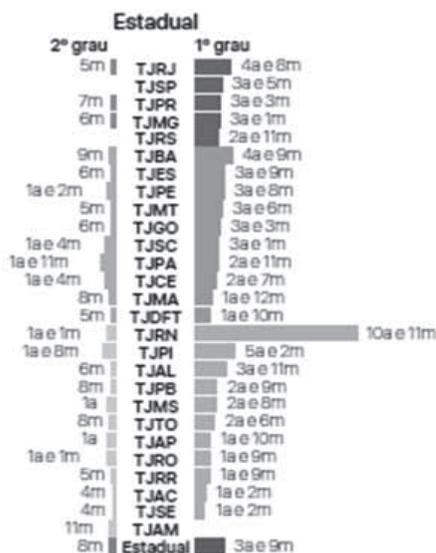
3.OS IMPACTOS DO CÓDIGO NO TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adota algumas métricas para o cálculo da duração dos processos no Brasil. Segundo dados divulgados no ano de 2018, mas coletados em 2017, no âmbito da Justiça Estadual, a maior duração do processo, em primeiro grau de jurisdição, estava no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que apresentou uma média de 10 anos e 11 meses para julgamento, enquanto, em segundo grau de jurisdição, o maior tempo foi do Tribunal de Justiça do Pará, com duração de 1 ano e 11 meses. A média da Justiça Estadual foi de 3 anos e 9 meses em primeiro grau de jurisdição e 8 meses em segundo grau de jurisdição.

Já no âmbito da Justiça Federal, o maior prazo em primeiro grau foi localizado no Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que apresentou o prazo de 5 anos e 1 mês para julgamento, enquanto, em segundo grau, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região teve duração de 2 anos e 5 meses. A média da Justiça Federal foi de 4 anos e 3 meses no primeiro grau e de 1 ano e 11 meses no segundo grau.

Os dados são assim esquematizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶:

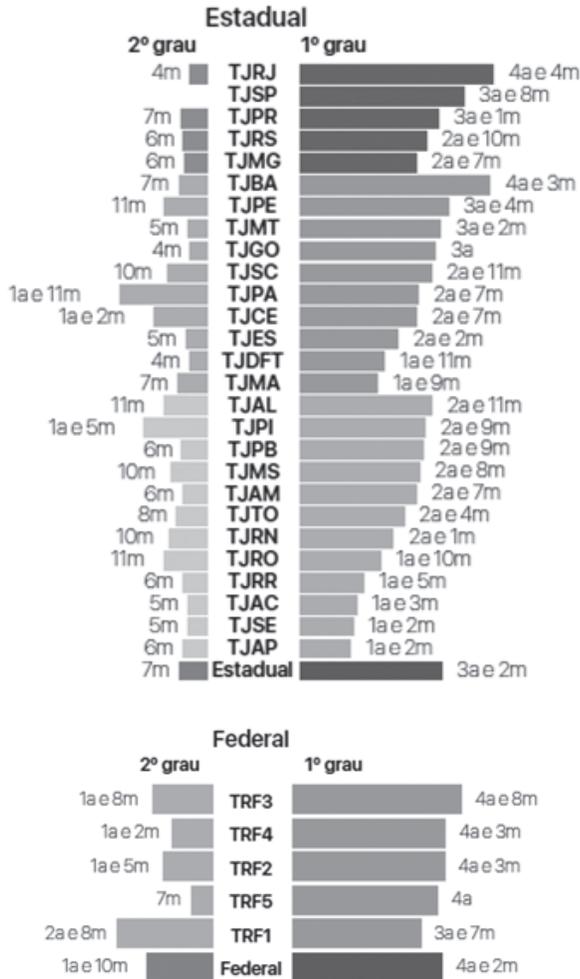
¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. CNJ: 2018, p. 142-151. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.



No ano de 2017, tendo como base o ano de 2016, ano em que entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, o tempo mais longo de tramitação foi no Tribunal de Justiça da Bahia, que demorou, em média, 4 anos e 3 meses em primeiro grau de jurisdição, mas, em segundo grau, o maior tempo foi do Tribunal de Justiça do Piauí, com 1 ano e 5 meses de duração. A média da Justiça Estadual foi de 3 anos e 2 meses em primeiro grau e 7 meses em segundo grau.

Por sua vez, na Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região teve o maior tempo de duração em primeiro grau, de 4 anos e 8 meses, enquanto o Tribunal Regional Federal da Primeira Região teve o maior tempo de duração em segundo grau, de 2 anos e 8 meses. A média da Justiça Federal foi de 4 anos e 2 meses em primeiro grau e de 1 ano e 10 meses em segundo grau.

Os dados são assim esquematizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁷:



Os referidos dados até então expostos se referem ao período de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Anteriormente à vigência do diploma, as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não forneciam os dados por

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. CNJ: 2017, p. 131-137. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.

Tribunal. Porém, é possível se constatar que, no ano de 2016, ano-base 2015¹⁸, o tempo médio de tramitação dos processos na Justiça Estadual, em primeiro grau, era de 1 ano e 11 meses e no Tribunal era de 6 meses, enquanto na Justiça Federal o tempo de 1 anos e 8 meses para julgamento foi o mesmo em primeiro e segundo grau. Antes desse período, a empresa não fornecia os dados em relação ao tempo de tramitação de processos.

Em relação ao ano anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015 para os anos de sua vigência, nota-se que o tempo de tramitação dos processos durante a vigência do Código aumentou em primeiro e segundo grau, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal. Esse aumento pode, dentre alguns fatores, ser associado a ênfase ao contraditório, à ampliação dos prazos, sobretudo a contagem dos prazos em dias úteis e a unificação dos prazos recursais em 15 (quinze) dias, a ampliação do colegiado prevista no artigo 942 e a suspensão dos processos para que sejam firmadas teses com eficácia vinculante.

Não obstante as previsões do novel diploma tenham gerado um tempo de tramitação ao que os dados indicam maior ao processo, o respeito às garantias processuais e a valorização dos julgamentos dos tribunais, sobretudo superiores, com a fixação de teses jurídicas e o fortalecimento do respeito aos precedentes, poderá reduzir o prolongamento do tempo dos processos, evitando-se recursos desnecessários. Como consequência, nos próximos anos, pode haver um lapso temporal menor para que haja a prestação jurisdicional definitiva.

CONCLUSÃO

O longo tempo de tramitação dos processos não é um problema atual e nem restrito ao Brasil, mas que se agrava na medida que se amplia o número de demandas que ingressam no Poder Judiciário, em descompasso com o quantitativo de recursos materiais e humanos.

Uma das dificuldades do problema é a própria conceituação do que seria a duração razoável do processo e a outra, sem dúvida, é como alcançar um tempo de tramitação razoável.

A duração razoável dos processos somente pode ser prevista quando se associam critérios qualitativos, como a complexidade do litígio; a conduta pessoal

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. CNJ: 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.

da parte lesada; a conduta das autoridades envolvidas no processo; e o interesse em jogo para o demandante da indenização, com critérios quantitativos.

Quando se trata de Brasil, durante os três anos de vigência do Código de Processo Civil, pode-se constatar, a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o tempo de tramitação dos processos aumentou tanto na Justiça Estadual, como na Justiça Federal, em primeiro e segundo graus. Esse aumento, durante o primeiro ano de vigência, foi de 1 ano e 3 meses em primeiro grau e 1 mês em segundo grau, na Justiça Estadual. Já na Justiça Federal foi de 2 anos e 4 meses em primeiro grau e de 2 meses em segundo grau o aumento do tempo de tramitação dos processos. No segundo ano, o aumento foi de 2 anos e 10 meses em primeiro grau e 2 meses em segundo grau na Justiça Estadual, caso comparado ao período anterior à vigência do novel diploma e de 2 anos e 7 meses em primeiro grau e 3 meses em segundo grau na Justiça Federal caso comparado o segundo ano de vigência do diploma com o período anterior à sua vigência.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema para a duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 9ª série, 2007.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo (uma análise crítica à luz de dados estatísticos)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, vol. 15, jan.-jun. 2015.
- _____. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4.ed., 2014.
- _____; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 241, 2015, p. 15-25.

SANTOS, Paula Ferraresi. Duração razoável do processo: critérios para seu dimensionamento e aplicação no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 277, mar. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. Ed. São Paulo: RT, 1997.

ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

VIRTUDES E DIFICULDADES DO SEMIPRESIDENCIALISMO FRANCÊS

Marcelo Leonardo Tavares¹

Resumo: O artigo examina a peculiar leitura que o semipresidencialismo francês oferece ao princípio da separação de poderes e comenta a crítica de que estaria desequilibrado pela proeminência do presidente sobre o primeiro-ministro e pela liderança do Executivo nos trabalhos legislativos. Ao final, conclui que o problema da hiper-presidencialização do regime francês pode ser atenuado com o aumento do mandato do presidente, com a definição mais precisa de suas atribuições e responsabilidades, com a introdução de uma componente proporcional na eleição para a Assembleia Nacional e com o reforço do papel da oposição no controle dos atos do Governo.

Palavras-Chave: direito constitucional; regime de governo; semipresidencialismo francês

INTRODUÇÃO

O regime semipresidencialista francês é fruto de uma engenharia constitucional criativa e original, gestada nos últimos sessenta anos. Está fundado na existência de Executivo dual, com presidente e primeiro-ministro. O presidente possui importantes atribuições constitucionais próprias. O governo, integrado pelo primeiro-ministro e demais ministros, é formado a partir de escolha feita

* Pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III/FR (Jean Moulin). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com pesquisa realizada na Université Panthéon-Assas/FR (Paris II). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, credenciado para atuar no Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* (Doutorado/Mestrado) Mestre em Direito Público pela UERJ. Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Juiz Federal. Atuou como Magistrado Instrutor Criminal no Supremo Tribunal Federal (STF).

pelo presidente, possuindo dupla responsabilidade política colegiada, perante o Parlamento e perante o chefe-de-estado.

O sistema funciona a partir de dinâmica democrática, o Governo pode ser responsabilizado por suas ações e partidos de oposição têm conseguido, a médio prazo, tornar-se governo, mediante alternância de poder decorrente de eleições transparentes e disputadas (CARCASSONNE, GUILLAUME, 2014, p. 23).

Adicionam-se ao cardápio de virtudes reconhecidas do semipresidencialismo francês a capacidade de os Governos efetivamente executarem seus programas e de terem mecanismos institucionais para fazerem prevalecer a vontade da maioria, de acordo com as regras do jogo jurídico. Por fim, deve ser ressaltada a boa acomodação a diversas realidades políticas e a boa flexibilidade do sistema para enfrentar crises.

Internamente, no Executivo, a relação entre o presidente e o primeiro-ministro é variável.

Nos períodos em que há concordância ideológica entre a maioria que elegeu o presidente e a que escolhe os representantes na Assembleia Nacional, o sistema aproxima-se do presidencialismo. O chefe-de-estado escolhe com mais liberdade os ministros e, diante de um Parlamento cooperativo, não tem dificuldade em executar seu programa. Será ele, na realidade, a autoridade a determinar a política da nação, fazendo com que o Governo, liderado pelo primeiro-ministro, exerça o importante papel de relacionamento político com o Legislativo nas questões do dia-a-dia. Nessa situação, na prática, o Governo responde ao presidente, sendo pouco provável que a Assembleia o desautorize ou censure.

Por outro lado, na coabitação, isto é, no período em que há oposição entre as maiorias que escolhem o presidente e os deputados, o sistema pendula na direção do parlamentarismo, ficando o presidente mais restrito a funções de chefia-de-estado, tendendo a ratificar a escolha do primeiro-ministro a partir da indicação da maioria política parlamentar. O Governo terá que buscar constantemente o apoio da Assembleia, ficando a relação de confiança entre o primeiro-ministro e o presidente em segundo plano.

Atualmente, a sociedade francesa vem reclamando do funcionamento de alguns mecanismos institucionais do semipresidencialismo. A maioria das críticas está fundada na argumentação de que a relação entre os Poderes encontra-se

desbalanceada e excessivamente presidencializada; que o chefe-de-estado, mesmo possuindo atribuições próprias, não se submete a controle político; que o Parlamento encontra-se enfraquecido no exercício de suas funções de legislação e de controle, e que o sistema perdeu capacidade de funcionar em “geometria variável”, como pêndulo político entre a concordância e a coabitação (BLACHÈR, 2014, p. 129).

Mesmo depois das reformas constitucionais que foram levadas a cabo no século XXI, em especial, a que implantou o estatuto de responsabilidade do presidente da República e a que reorganizou o processo legislativo, clama-se na França por modificações no regime de governo e na representatividade democrática. Para alguns, como se verá, o estatuto de responsabilização do chefe-de-estado é insuficiente e a oposição ainda não consegue ter voz ativa na Assembleia Nacional.

Os críticos pretendem que seja estabelecido um sistema mais equilibrado entre os órgãos de poder, aperfeiçoando o regime instituído em 1958. Antes de ingressarmos propriamente nesse debate, contudo, é importante conhecer a engenharia de seu funcionamento.

2. REGIME SEMIPRESIDENCIALISTA EM SISTEMA PRESIDENCIALIZADO

Partamos da distinção entre os termos “regime” e “sistema” de governo, na forma colocada por Olivier DUHAMEL e Guillaume TUSSEAU (2016, p. 568). Regime constitucional seria o conjunto de regras relativas à atribuição e ao exercício do poder, enquanto sistema de governo seria a relação decorrente da interação prática entre forças políticas e maiorias eleitorais, isto é, a vida política real. Assim, haveria três sistemas de governo, em grau crescente de concentração de poder: o de “parlamentarização”, o de “governamentalização” e o de “presidencialização”.

O sistema de parlamentarização seria o que o governo instável se estabeleceria a partir de uma coalizão não designada pelos eleitores e não dotada de líder incontestável. A “governamentalização” (ou “primo-ministerialização”) pressuporia que uma maioria estável governasse sob a chefia do primeiro-ministro, como ocorre no Reino Unido, enquanto a “presidencialização” estabeleceria o governo por um presidente eleito pelo povo.

Os regimes se concretizariam em um dos três sistemas em virtude da presença das seguintes circunstâncias: o modo de eleição do chefe do Executivo, o tipo de eleição dos deputados e a possibilidade de dissolução discricionária da Assembleia (DUHAMEL, TUSSEAU, 2016, p. 487-489).

Pois bem. Tendo em vista que, na França, o presidente é eleito pelo povo, a eleição dos deputados se dá sob critério majoritário e o presidente pode dissolver a Assembleia Nacional, o regime semipresidencialista francês tende a funcionar como sistema presidencialista em momentos de concordância.

A eleição direta do presidente produz bipolarização das forças políticas, uma vez que as correntes partidárias se agrupam para ter chance de vencer a eleição, sob pena de isolamento. Aliado a isso, a escolha do presidente pelo povo coloca-o em posição de força perante o Legislativo, como líder natural para a condução da política da nação através da ação do Governo no Parlamento.

A eleição de deputados em escrutínio majoritário em dois turnos também produz bipolarização partidária, amplificação da vitória do partido vencedor e sub-representação dos partidos que obtêm votação menos expressiva. Isso força o estabelecimento de coligações pré-eleitorais baseadas em alinhamento ideológico. Por outro lado, é justamente a super-representatividade do partido ou da coligação majoritária que conduz à concentração de poder no Executivo, com enfraquecimento da atuação da minoria.²

Por fim, a possibilidade de dissolução discricionária da Assembleia pelo presidente dá a este o poder de interromper o mandato dos parlamentares e de os colocar de volta na arena eleitoral a qualquer momento; sem garantia, por óbvio, de sucesso no retorno ao cenário político. O poder de dissolução tem forte apelo dissuasório contra defecções de partidos coligados indisciplinados, sendo fator relevante para a combinação das maiorias eleitoral/parlamentar/

² O escrutínio sob critério proporcional, ao contrário, tende a pulverizar os votos em diversos partidos e a colocar várias correntes ideológicas no Parlamento, valorizando partidos de menor expressão e produzindo maior diversidade representativa. Como consequência negativa, contudo, pode haver dificuldade para estabelecimento de maioria, que se tornará instável. Além disso, como as coligações são formadas em período pós-eleitoral, as negociações para composição de governo não são feitas sob a ideia do “véu da ignorância” de Rawls. Acabam sendo baseadas em raciocínio de obtenção de benefícios concretos, o que é um chamado para relações pouco republicanas e que podem colocar o eleito refém da insaciabilidade pragmática de determinados grupos políticos aliados em governos de coalizão.

Um escrutínio misto, como o do modelo alemão, em que se utilizam dois votos, um para escolher um deputado mediante critério majoritário em um turno, e outro voto para escolha sob critério proporcional de lista fechada, produz efeitos atenuados em relação às características antes expostas.

governamental. Mesmo que o instrumento não seja utilizado na prática, tão-somente sua previsão normativa já produz efeito aglutinador e de coesão de maioria parlamentar de suporte ao Executivo.

A par das três circunstâncias, existem ainda outros fatores que contribuem para o efeito concentrador, podendo-se destacar o domínio do processo legislativo pelo Executivo, o poder de elaboração de leis orçamentárias e de custeio da previdência social, o poder de agenda sobre a pauta legislativa e a capacidade de o Executivo inovar na ordem jurídica.

Justamente por isso, a maioria das críticas francesas às instituições políticas procura atuar sobre esses parâmetros a fim de reverter a tendência de permanente presidencialização do sistema.

3. A FRANÇA, INSATISFEITA, “DISCUTE A RELAÇÃO”

Um bom regime de governo deve ser capaz de: (i) permitir que a maioria governe; (ii) conseguir solucionar crises políticas sem maiores traumas; (iii) manter relações balanceadas entre os Poderes Executivo e Legislativo; (iv) gerar condições para efetivo controle das ações do governo pela oposição e minorias; (v) contribuir para o respeito aos direitos fundamentais e para o revezamento ideológico das correntes que acessam o poder, a médio prazo, e (vi) estimular relações democráticas transparentes, evitando o clientelismo e a corrupção.

O semipresidencialismo francês possibilita que o presidente governe através da ação dos ministros em período de concordância e que o Governo o faça na coabitação. Durante os sessenta anos de sua existência, conseguiu prevenir o início de crises institucionais e resolvê-las sem maiores fraturas, sendo a coabitação uma solução original para o convívio temporário de maiorias adversas que sustentam o presidente e os deputados da Assembleia Nacional. A análise empírica demonstra que não tem dificultado a alternância ideológica de poder, bem como não há nada que indique que estimule práticas políticas inadequadas.

Os problemas realmente parecem estar localizados nas questões referentes à relação entre o Executivo e o Legislativo e na efetividade do controle das ações de Governo por parte da oposição, isto é, em como se comportam as instituições diante da previsão normativa que trata da separação de poderes.

3.1. A separação dos poderes no regime semipresidencial francês

O princípio da separação de poderes, um dos pressupostos da noção contemporânea de Estado de Direito, passa por leituras diferentes a depender do regime político. Uma das áreas em que há maior diferença no comportamento institucional de aplicação do princípio é a do processo legislativo.

No presidencialismo, o Poder Executivo não atua formalmente nas fases de discussão e de votação de projetos de lei. Em que pese o presidente poder ter atribuições na fase de iniciativa e poder sancionar a lei, a interpretação da separação de poderes no presidencialismo é mais rígida e, em geral, não permite que o Governo participe da fase de debates legislativos.

No regime presidencial, a ação do Executivo fica mais restrita ao ato de administrar. Por óbvio que, para executar seu programa de governo, o presidente necessita que leis sejam elaboradas ou alteradas. Ocorre que o Executivo não possui atribuição constitucional para pautar as Casas legislativas e para liderar formalmente o processo legislativo.

Não se está a afirmar que o presidente não tenha mecanismos de influenciar politicamente a agenda do Congresso, apenas que terá que se utilizar de parlamentares aliados para isso. As Casas legislativas são “donas” da pauta e a lei é compreendida como ato típico do Poder Legislativo.

No presidencialismo, cabe ao Executivo administrar e cabe ao Legislativo legislar.

As coisas se passam de modo diverso no regime parlamentar, pois os deputados integrantes da maioria é que dirigem formalmente os trabalhos legislativos, que organizam a agenda da Casa, além de formarem o Governo. O primeiro-ministro e os ministros, que são parlamentares, não apenas cuidam da Administração, mas também elaboram projetos de lei a serem apresentados para debate. Têm a prerrogativa de participação na fase de discussão e de votação, atuando diretamente para a aprovação das medidas legislativas que propuserem.

Nesse sentido é que se afirma que a leitura da separação de poderes no parlamentarismo é branda (*souple*), tratando-se mais de colaboração do que de separação.

No parlamentarismo, cabe ao Parlamento legislar e administrar através do Governo.

No semipresidencialismo francês, prevalece também a visão de colaboração de poderes (separação branda - *souple*), mas com leitura peculiar em relação à do regime parlamentar (TROPÉ, 2006, p. 37).³

É que os integrantes do Governo são escolhidos pelo presidente e não integram formalmente o Parlamento. Contudo, uma das atribuições mais importantes do primeiro-ministro e de sua equipe é a de exercer o poder de agenda das Casas legislativas, de pautar a maioria das sessões, de participar ativamente das fases de discussão do processo legislativo e de liderar a maioria legislativa a fim de aprovar os projetos de lei, executando seu programa, de acordo com a previsão constitucional.

Para tanto, o primeiro-ministro possui iniciativa legislativa, duas semanas em quatro da ordem do dia são reservadas para prioridades do Governo, que pode apresentar emendas, bloquear o conhecimento de proposições legislativas e de emendas parlamentares e acelerar o procedimento legislativo, além de ter iniciativa reservada nos projetos em matéria de finanças e de custeio da previdência social (FRANCE, 1958).

Logo, no semipresidencialismo, a lei é vista como ato de governo, aprovado mediante o voto do Legislativo (GICQUEL, 2008, p. 49). Cabe ao Governo administrar e também legislar, através do Parlamento.

O que é peculiar no regime francês, além do protagonismo de um Governo não parlamentar no processo legislativo, é a proeminência presidencial na condução das ações do Governo na liderança legislativa nos períodos de concordância.

Com base nisso, existem duas linhas reformistas que se opõem hoje na França: (i) a que, insatisfeita com as linhas gerais do regime, propõe uma modificação estrutural, mediante novo pacto político e implantação da VIª. República (BASTIEN, 2001, p. 40), seja para estabelecer de vez o presidencialismo, seja para retornar ao parlamentarismo, movimentos que não vêm obtendo muita repercussão na sociedade, e (ii) a que está baseada na proposta de alterações paramétricas, de ajustamento institucional do semipresidencialismo, em especial

³ A compreensão de que a separação de poderes, no semipresidencialismo, não advém da noção de independência de atuação orgânica, mas sim de uma dependência recíproca fica clara pelo fato de a Assembleia poder derrubar o Governo e de o presidente da República poder dissolver a Assembleia. A leitura da separação no semipresidencialismo é de separação-legitimidade e não de separação-independência. A noção de separação-legitimidade está fundada na fonte da qual emana o poder. O presidente não é eleito pelo Parlamento, da mesma forma que e os deputados e senadores não são escolhidos pelo chefe-de-estado.

para: (a) em relação ao Executivo, definir de forma mais precisa as atribuições do presidente da República e sua responsabilidade política, e (b) quanto ao Legislativo, reforçar seu papel, dando mais espaço à manifestação da oposição.

Quanto à segunda corrente, de alteração pontual do sistema, há de se ter o cuidado de separar o que é próprio da caracterização do semipresidencialismo francês daquilo que possa ser considerado como disfunção.

Deve ser considerada característica estrutural no regime que o presidente, eleito democraticamente, organize o governo e lidere o partido majoritário para fazer prevalecer suas orientações no Legislativo (em fase de concordância).

Sem embargo disso, as principais críticas que hoje são postas ao funcionamento do sistema político francês pretendem definir de forma mais clara o papel do presidente, bem como, no Legislativo, instituir um estatuto da oposição e das minorias. Entende-se que isso possa reequilibrar a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Bastante representativa das propostas de alteração paramétrica para aperfeiçoamento do semipresidencialismo é a conclusão do Relatório BARTOLONE, publicado pela Assembleia Nacional no final de 2015, e que traz importantes reflexões sobre os desafios políticos contemporâneos naquele país (FRANCE, 2015).⁴

3.2. Propostas para aperfeiçoamento do Poder Executivo

Algumas críticas feitas ao sistema estão fundadas na afirmação de que a Constituição e suas reformas acabaram “errando na mão” e institucionalizaram o domínio do chefe-de-estado sobre o Governo e sobre o Legislativo (FRANCE,

⁴ O Relatório BARTOLONE, sob a denominação “Refazer a Democracia”, expõe trabalho levado a cabo de novembro de 2014 a setembro de 2015 por comissão mista formada por onze parlamentares (deputados e senadores) e doze personalidades reconhecidas no meio acadêmico ou formadoras de opinião. A Comissão, organizada pelo Presidente da Assembleia Nacional, Claude Bartolone, e pelo historiador M. Michel Winock, debruçou-se sobre cinco temas principais: (i) a restauração do elo entre os cidadãos e seus representantes; (ii) a consideração do cidadão como figura central das instituições; (iii) a melhoria do equilíbrio e do controle do Executivo; (iv) a revalorização do Parlamento, e (v) a consolidação do Estado de Direito. Os debates foram travados em sessões públicas abertas à imprensa e gravadas. Além desse trabalho, as revistas de Ciência Política, de Direito Público e de Direito Constitucional também divulgam pontos de vista acadêmicos relevantes sobre os principais problemas enfrentados pela atual formatação do regime de governo semipresidencialista, como será visto.

2015, p. 75), o que deixaria um caminho aberto para o hiper-presidencialismo (LAQUIÈZE, 2006, p. 45-60; LE DIVELLEC, 2006, p. 137).

As disfunções apontadas ao Poder Executivo estariam concentradas em dois pontos: (i) a inadequada fixação do mandato presidencial em cinco anos; e (ii) a falta de atribuições claras do presidente da República na Constituição e a deficiência de seu estatuto de responsabilidade.

3.2.1 Retorno ao mandato presidencial de sete anos

No que se refere ao primeiro ponto, há, em parte da comunidade jurídica e política francesa, a convicção de que a implantação do mandato de cinco anos (“quinquenato”) para presidente da República em 2000, com a simultaneidade da eleição do presidente e dos deputados, trouxe de vez o chefe-de-estado para o centro da arena política e o afastou do papel de arbitragem institucional. Com isso, teria sido reduzida a importância do primeiro-ministro, e o Legislativo teria se tornado mera instância de implantação da vontade do presidente (PONTTHOREAU, 2001, p. 41).

Além disso, estaria obstruída a coabitação, um dos principais mecanismos de solução de crises decorrentes de antagonismo ideológico, acabando-se com o movimento político pendular característico do sistema.⁵

Em outras palavras, o presidente ficaria menos preocupado em velar pelo respeito à Constituição, em assegurar o funcionamento regular dos poderes públicos, a continuidade do estado, a independência nacional, a integridade do território e o respeito aos tratados, e mais inclinado a conduzir e determinar a política da nação (FRANCE, 1958).

Realmente, a redução do mandato não parece ter sido uma boa medida institucional, pois desequilibrou as relações internas no Executivo e as relações entre o Executivo e o Legislativo. O “quinquenato” não permite mais ao presidente manter certo afastamento das questões políticas corriqueiras, pois desde o primeiro dia precisa agir pensando na possibilidade de reeleição, o que o obriga a uma exposição midiática constante para ficar no centro da divulgação dos fatos.⁶

⁵ A rigor, ainda poderia ocorrer a coabitação, porque nada impede que os eleitores escolham, na eleição combinada presidente-deputados, uma maioria de deputados de oposição ao presidente. Depois da reforma, entretanto, a hipótese é improvável.

⁶ Charles De Gaulle era contrário à coincidência dos mandatos. Afirmou, em conferência de imprensa de 31 de janeiro de 1964: “Então, penso que o presidente, na França, não deve ser eleito simultaneamente com

O mandato mais curto pode parecer fortalecer a presidência, mas na realidade a enfraquece. Com tempo de governo reduzido, a instituição passa a ser alvo de qualquer circunstância e fica mais exposta a humores da opinião pública. A inserção do presidente no dia-a-dia político desgasta sua imagem institucional e confunde seu papel com o do primeiro-ministro.⁷

Com mandato de cinco anos, o presidente, após o primeiro momento de estado de graça natural entre o eleito e o povo, tende logo a provar o gosto amargo da fase de impopularidade, do que resulta o que já se pode denominar de “maldição do quinquenato”, uma vez que os presidentes eleitos sob as novas regras não conseguiram ser reeleitos ou sequer tentaram. Foi o caso de Nicolas Sarkozy e de François Hollande (GHEVONTIAN, 2014, p. 957).

Sobre isso, a principal proposta hoje posta é a do retorno ao mandato de sete anos (“septenato”), com a neutralização das disfunções referidas.

O mandato maior tende a afastar o presidente da gestão dos assuntos rotineiros do Executivo, permitindo-lhe exercer as funções de chefe-de-estado e de dar as orientações gerais para o Governo. A presidência fica reforçada na autoridade de órgão de estado e há preservação da imagem daquele que deve velar pelo desenvolvimento e pela independência nacional (FRANCE, 2015, p. 83; GICQUEL, 2015, p. 273; LAZORTHES, 2006, p. 59-70).

Com efeito, essa parece ser uma boa proposta. O retorno da previsão do mandato presidencial a um período mais longo do que o da legislatura, na prática, tende fazer com que o presidente se preocupe com questões de longo prazo.

Os motivos que levaram à adoção do mandato de cinco anos, como a ideia de

os deputados. Isso misturaria sua designação com a luta dos partidos, o que alteraria sua característica e reduziria a duração de sua função. E não creio que seja normal aqui confundir na mesma pessoa o presidente da República e o primeiro-ministro.” (tradução livre). Disponível em: < <http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/dossiers-thematiques/de-gaulle-et-le-monde/de-gaulle-et-la-reconnaissance-de-la-chine/documents/31-janvier-1964--conference-de-presse-du-general-de-gaulle.php> >. Acesso em 18.03.2017.

Para Marie-Claire PONTTHOREAU, “a introdução do ‘quinquenato’ foi apresentada como meio de evitar a coabitação; o ‘septenato’ era percebido como antidemocrático, o presidente não dando voz ao povo desde o abandono da prática gaulista do referendo por seus sucessores. Mas o ‘quinquenato’ teve por efeito reforçar o presidencialismo majoritário; a reforma ainda foi acompanhada pela inversão do calendário eleitoral, o que teve, por consequência, tornar as eleições legislativas uma mera confirmação da eleição presidencial, fazendo com que estas perdessem a autonomia. Além disso, a maioria presidencial e a maioria parlamentar se confundem.” (Tradução livre) (FRANCE, 2015, p. 83).

⁷ Há quem discorde. Guy CARCASSONNE sustenta que a redução do mandato e sincronização das eleições do presidente com a dos deputados não modificou as relações institucionais. “Immuable Ve République” (2008, p. 30/31).

modernização da representatividade presidencial (submetendo o presidente a uma avaliação eleitoral mais frequente) e de reforço dos laços democráticos com os eleitores, acabaram exigindo um custo alto para o pouco benefício oferecido.

Além disso, a implantação do “quinquenato” partiu de uma visão equivocada de se evitar a coabitação a qualquer custo sem se dimensionar os efeitos colaterais correspondentes.

A coabitação não é um mal em si. É apenas uma solução política que permite temporariamente a rara convivência entre maiorias discordantes que legitimam o presidente e a Assembleia (houve coabitação em apenas 10% do tempo de vigência da V^a. República), uma das saídas institucionais para se evitar a crise. Retirá-la do cardápio institucional somente limita o campo de ação do presidente.

Vista sob o olhar mais abrangente, a eleição de maioria parlamentar de oposição ao presidente oferece, como mecanismo de reação, três saídas institucionais: a renúncia presidencial (a partir da visão gaullista), a dissolução da Assembleia ou a coabitação. Todas as soluções, diga-se, atendem a parâmetros democráticos e podem ser manuseadas a depender da conjuntura.

Caso o presidente entenda ter ficado em posição insustentável pela eleição superveniente de uma maioria hostil na Assembleia, tem sempre a possibilidade de renunciar, o que estará de acordo com a manifestação popular na escolha dos deputados.

Um chefe-de-estado recém-eleito que encontre uma Assembleia já instalada com maioria de oposição também pode optar pelo recurso da dissolução da Casa, o que permite ao povo nova manifestação.

Por fim, a coabitação também é uma opção política. Por mais que eventualmente dificulte a condução de algumas questões (que em nenhuma das três experiências concretas de coabitação durante a V^a. República mostraram-se insuperáveis), pode também ser considerada como saída democrática, uma vez que demonstra respeito à decisão adotada pelo povo de escolher, em momentos distintos, maiorias que ideologicamente se opõem como forma de oferecer contrapoder a uma delas.

Assim é que não vejo porque haveria tamanha inconveniência em se manter o mandato maior para o presidente, desconectado da duração da legislatura.

Uma proposta subsidiária também defendida na França é a de inversão do calendário eleitoral, caso se mantenha o “quinquênio”, realizando-se primeiro a eleição para os deputados da Assembleia Nacional e depois a do presidente (FRANCE, 2015, p. 84).

Para essa corrente de pensamento, a atual sincronização do mandato presidencial e dos deputados, com a eleição prévia do presidente, exacerbaria seu carisma e contribuiria para personalizar o poder. Os cidadãos tenderiam a pensar no presidente quando votam nos deputados, fazendo com que este domine o ambiente eleitoral nas campanhas locais.

O objetivo desta proposta, com a inversão do calendário eleitoral, realizando-se primeiro a dos deputados e depois a do presidente, é dar destaque ao papel dos partidos na legitimação do poder Legislativo. Além disso, a escolha do presidente acabaria sendo uma decorrência da formação da maioria na Assembleia.

Penso que a proposta alternativa não seja uma boa ideia e talvez haja, por trás dela, a intenção de parlamentarizar o regime, desnaturando o que foi implantado em 1958 e, em especial, a partir de 1962. Sob o anúncio de reequilibrar a relação, implantar-se-ia o desequilíbrio inverso.

O líder do partido da maioria com certeza sairá da eleição praticamente ungido como primeiro-ministro, retirando do presidente a possibilidade de escolha livre do Governo, que é justamente uma das principais características do semipresidencialismo francês nos períodos de concordância. Esse líder, recém escolhido pelo povo, entrará na campanha presidencial como grande estrela, como garante eleitoral do candidato, do que resultará a diminuição da importância da função do chefe-de-estado, ou a tutela do presidente pelo primeiro-ministro. Este primeiro-ministro eleito à inglesa, faria um indevido contraponto interno ao poder do presidente, dominando a cena política.

Dessa aparente pequena proposta subsidiária, com a qual não se concorda, sairá um sistema de governo diferente e o deslocamento do centro do poder do Élysée para o Matignon. Talvez fosse mais transparente e eficiente, para os que defendem a ideia, sugerir a implantação do regime parlamentar.

3.2.2 Definição das atribuições e da responsabilidade do presidente

A segunda crítica posta ao funcionamento do Executivo é a de que o grande poder exercido pelo presidente é incompatível com sua irresponsabilidade

política. O raciocínio é o seguinte: ou bem o presidente assume o papel de árbitro institucional sem responsabilidade política, ou bem assume de vez o governo, podendo ser responsabilizado. O que é inadequado, segundo alguns, é a existência de um presidente governante irresponsável.⁸

Assim é que haveria um descompasso entre a existência de atribuições próprias do presidente da República, sem necessidade de ratificação pelo primeiro-ministro, e sua quase irresponsabilidade política. Alguns críticos, então, propõem que haja definição mais clara da função presidencial e a implantação de um estatuto de efetiva responsabilidade.

Não parece que haja, a rigor, uma disfunção tão séria como alguns autores defendem.

O semipresidencialismo francês foi concebido mesmo para dar prevalência ao presidente sobre o primeiro-ministro e dar ao Executivo a liderança no processo legislativo. Por esse motivo, por exemplo, não se teria como retirar do presidente a prerrogativa de escolha do primeiro-ministro ou a presidência do Conselho de Ministros, sem modificar as concepções originais da V^a. República.

A diarquia francesa nunca foi concebida para ser igualitária e funciona a partir da proeminência do presidente. Contudo, não se pode esquecer, o primeiro-ministro, que não deve ser desvalorizado, é um ator político importante, responsável pela execução do programa de governo e pela boa relação entre o Executivo e o Legislativo, ocupando uma posição estratégica para o sucesso das questões governamentais (ELGIE, 1999, p. 69-72). Além disso, a maioria dos atos praticados pelo presidente passa por controle interno no Executivo, seja porque decorrem de deliberações do Conselho de Ministros, seja porque precisam ser ratificados.

Mesmo os poderes próprios do presidente, que não dependem formalmente de ratificação, não são exercidos de maneira absolutamente livre, pois sofrem algum tipo de avaliação ou controle político, além de serem atribuições descontínuas, não adotadas com frequência. Como exemplo, no que se refere à nomeação do primeiro ministro (art. 8^o.), ainda que feita em período de

⁸ Como afirma Philippe CIBOIS, “um árbitro deve ser alguém suficientemente distanciado para não ser parte e juiz (...) desde o início da V^a. República, os candidatos à presidência têm sempre pretendido não ser árbitro (...) um árbitro deixaria o primeiro-ministro fazer o que é previsto pela Constituição: ‘dirigir a ação do governo’” (Tradução livre). (2014, p. 5-8).

concordância, não está imune à avaliação da aceitação do nome pelas lideranças parlamentares, sob pena de se dificultar o diálogo do Governo com o Parlamento e de se correr o risco de moção de censura. A submissão de um projeto de lei a referendo (art. 11) depende de provocação do Governo ou de proposição conjunta das duas Casas Legislativas. A dissolução da Assembleia Nacional (art. 12) não prescinde da consulta ao primeiro-ministro e aos presidentes das Casas que, mesmo não sendo vinculantes, possuem grande valor político.

O fato de o art. 5º da Constituição dispor sobre a missão do presidente da República mediante linguagem mais aberta possui a vantagem de dar flexibilidade para acomodação de diferentes personalidades de presidentes sem que o sistema sofra por isso.

Nada obstante, as atribuições presidenciais poderiam realmente ser mais bem definidas na Constituição, redirecionando-as para as funções de médio e de longo prazo, para a orientação de grandes linhas de interesse do Estado, para a proteção dos direitos fundamentais, para a defesa da nação, para os grandes projetos de desenvolvimento e para o relacionamento exterior, em especial na Europa (AVRIL, 2006, p. 149-160).

Sugere-se, em relação ao controle de eventuais atribuições presidenciais próprias não submetidas à ratificação, como é o caso da política externa e as questões europeias, que o Parlamento possa manifestar desaprovação mediante maioria superqualificada (2/3 ou 3/5, por exemplo), dando-se ao presidente o recurso final de submetê-la à consulta popular. A proposta oferece algumas vantagens: (i) mantém as linhas tradicionais do semipresidencialismo de dar ao presidente atribuições próprias; (ii) não deixa que o exercício dessas atribuições fique sem qualquer possibilidade de controle; (iii) estabelece procedimento difícil para o Parlamento se opor às linhas gerais de orientação presidencial em questões de longo prazo, e (iv) permite que eventualmente o povo arbitre a questão diretamente (FRANCE, 2015, p. 86).

Esse, por óbvio, não é um mecanismo a ser utilizado com frequência, como não é também o da dissolução da Assembleia, mas tão só sua previsão normativa terá poder dissuasório para evitar que o presidente, nesses assuntos, adote decisões sem a correta avaliação política ou que aja de maneira voluntarista.

De qualquer forma, seja para manter a atual redação mais fluida dos arts. 5º

e 20, da Constituição, seja para especificar mais as atribuições presidenciais e do Governo, o fato é que não parece realmente ocorrer uma crise institucional grave no Executivo, como alguns autores sustentam. Pelo menos não há registro fático de embates que tenham gerado fraturas políticas consideráveis nos sessenta anos de vigência da Constituição.

A par da proposta feita em relação ao controle excepcional das atribuições próprias do presidente pelo Parlamento, o sistema de responsabilidade do chefe-de-estado, introduzido recentemente, assemelhado com o do *impeachment* de regimes presidencialistas, estaria adequado à concepção das linhas gerais do semipresidencialismo.

Como o espaço político para que o presidente aja sem qualquer tipo de participação de outros órgãos não é extenso, somente por graves violações que coloquem em risco a dignidade do cargo deve ser responsabilizado em procedimento de difícil realização.

No que se refere à responsabilidade presidencial, a própria ausência de melhor definição do que seria “falta a seus deveres manifestamente incompatível com o exercício do mandato” não parece ser desprovida de vantagem, tratando-se de julgamento político em que o presidente somente poderá perder o cargo por voto de dois terços do Parlamento reunido.

Da maneira como o sistema encontra-se organizado, um ato praticado pelo Presidente gerará antes reflexo no Governo, que em princípio possui maioria na Assembleia, e somente atingirá o chefe-de-estado se for tão grave a ponto de permitir a reunião da Alta Corte. A prestação ordinária de contas do Governo à Assembleia foi imaginada justamente como válvula de escape para dirimir tensões que não demandem questionamento sobre a dignidade do cargo de presidente. Esse deve mesmo ser o mecanismo de responsabilização ordinária do Executivo no semipresidencialismo, deixando a formação da Alta Corte para casos excepcionais.

Além disso, as reformas recentes já instituíram mecanismos de comunicação do presidente com o Legislativo (art. 18) e permitem que o chefe-de-estado ofereça explicações sobre fatos relevantes relacionados a suas atribuições ou sobre situações que tenham ficado pendentes e sem solução adequada no Governo.

Fora isso, talvez a Constituição pudesse normatizar a destituição do presidente

em caso de não obtenção de maioria na Assembleia após eleição de deputados decorrente de anterior dissolução deste órgão legislativo; estipular também sua destituição em casos de insucesso em referendo, caso declare engajamento de seu mandato,⁹ e a necessidade de voto de investidura do Governo. Esses mecanismos poderiam melhorar ainda mais o sistema de responsabilidade.

Outra ideia seria a de se instituir a responsabilização individual dos ministros, mediante procedimento de mais manuseio do que a sistemática atual para queda coletiva do Governo. Pode ocorrer que a Assembleia avalie que a condução dos negócios de determinada pasta não esteja adequada, em que pese não haver insatisfação com a política geral liderada pelo primeiro-ministro. Aprovada a moção de censura individual, ou o primeiro-ministro apresentaria ao presidente o pedido de demissão do ocupante da pasta ou engajaria a responsabilidade coletiva do Governo, do que poderia resultar a avaliação parlamentar sobre a conveniência de votação de moção de censura coletiva (VANDENDRIESSCHE, 2001, p. 64).

Essas são proposições que, de um lado, trariam maior capacidade para o Legislativo controlar o Executivo e, de outro, fariam com que o povo pudesse ser consultado como árbitro final de conflitos institucionais.

O sistema, assim organizado, passaria a ter três degraus claros de responsabilização do Executivo: em primeiro lugar, a responsabilização ordinária do Governo perante a Assembleia; em segundo lugar, a responsabilidade excepcional do presidente perante o Parlamento e, por último, a da consulta popular. Ganha a democracia e ganha o sistema de freios e contrapesos.

A proposta apresenta as vantagens de enfrentar o argumento de que o presidente possui atribuições próprias sem que responda politicamente por elas. Por outro lado, não banaliza a responsabilização do chefe-de-estado e não a equipara àquela prevista para o Governo. Por fim, coloca o povo como árbitro final dos embates institucionais mais graves.

O ponto que talvez mereça maior atenção é, como será visto adiante, o que se refere ao incremento de mecanismos de efetivo controle e prestação de

⁹ Não se tem conhecimento de outro país na Europa ou na América no qual o referendo seja instrumento que possa ser manuseado discricionariamente pelo Executivo. Francis HAMON destaca que, mesmo que o presidente não engaje sua responsabilidade perante o povo em caso de insucesso no referendo (o que De Gaulle fez), o procedimento oferece-lhe risco político. O presidente pode sair da consulta popular com sua legitimidade comprometida e enfraquecido (2006, p. 92-94).

contas pelo Governo à Assembleia, mediante avaliação de políticas públicas e de comissões de inquirição.¹⁰

3.3. Propostas para aperfeiçoamento do Poder Legislativo

A orientação geral do relacionamento entre o Governo e o Legislativo é definida pelos arts. 20 e 24, da Constituição francesa: “O Governo determina e conduz a política da nação...O Parlamento vota a lei. Ele controla a ação do Governo. Ele avalia as políticas públicas.”

Em um sistema com as características estruturais do semipresidencialismo, cabe ao governo governar, com o apoio da maioria parlamentar, aprovando os projetos que implementam seu programa. De outro lado, a oposição não pode ser impedida de participar do jogo político e de influir em seu resultado, o que é feito pela participação no processo legislativo, mas, principalmente, pela ação de controle.

O Governo é quem lidera a elaboração da lei, que é votada pelo Parlamento, na condução da política da nação. Da expressão, conclui-se que, na Vª. República, o Legislativo não tem o domínio da lei que é, antes da mais nada, um ato capitaneado pelo Governo e aprovado mediante a atuação das Casas.

Nesse sentido, parece que, muito mais importante do que defender o aumento do papel legiferante da oposição, mediante maior possibilidade de apresentação de emendas e de discussão de suas propostas de lei, o melhor caminho seja o de reforçar mecanismos de avaliação e de questionamento das ações do Executivo (BERGOUIGNOUS, 2013, p. 43).

No fundo, o aperfeiçoamento institucional do Parlamento passa pela análise de sua composição e do aprimoramento do papel a ser desempenhado pela oposição, mantendo-se abertas as vias de manifestação democrática.

¹⁰ Afirmou Olivier BEAUD na sessão de 13.03.2015: “Outro ponto muito importante: a responsabilidade não deve se limitar à ideia de sanção. O que é determinante, o que falta em nosso país, é a necessidade de o Executivo prestar contas de sua ação, de explicar seus atos e, em caso de contestação, de responder a ela. Um direito de acompanhamento deve existir. Escutamos frequentemente ministros afirmarem ‘assumo minhas responsabilidades’, não assumindo nada e sequer respondendo às questões que lhe são postas. Para Denis BARANGER, “a irresponsabilidade dos governantes, notadamente do presidente da República, é fonte de radicalização da opinião, da violência, da hostilidade dos eleitores. Se não podemos fazer nada, se os homens políticos não respondem às questões e agem como bem entendem, então essa radicalização é inevitável.” (Tradução livre). (FRANCE, 2015, p. 518 e 520).

Se a democracia é regime baseado na vontade da maioria, deve haver oposição e minoria como contraponto (HERIN, 2013, p. 57-69; LASCOMBE, TOULEMONDE, 2015, p. 35) com voz ativa no aprimoramento do processo legislativo (mas não na liderança deste) e condições avaliação dos atos governamentais.

Assim é que se poderia: (i) diversificar o modo de escrutínio na eleição para a Assembleia; (ii) reforçar a atuação no processo legislativo, e (iii) valorizar comissões e tornar efetivos procedimentos de questionamento dos ministros (VANDENDRIESSCHE, 2001, p. 59-70).

Quanto ao primeiro ponto, a fim de garantir maior pluralidade à representação na Assembleia Nacional, concorda-se com a proposta de que o escrutínio majoritário para a eleição dos deputados seja temperado com algum mecanismo de proporcionalidade, do que resultará a atenuação do efeito de super-representatividade dos partidos que obtêm maioria; sem, com isso, dificultar que o Governo governe legitimamente através dos partidos que lhe dão sustentação (FRANCE, 2015, p. 55-57). Um sistema que leve em conta o critério proporcional, de forma residual e equilibrada, evita o efeito colateral daninho de risco de paralisia governamental ou de domínio de pensamento extremista de esquerda ou de direita.

No que se refere ao segundo ponto, o do processo legislativo, a Constituição assume o protagonismo do Governo, uma vez que o Parlamento, realmente, não elabora a lei, apenas vota o projeto que, em princípio, é gestado no Executivo. Mesmo na fase de discussão e de votação, o Legislativo não fica abrigado da ingerência governamental, pois o processo é liderado pelos ministros. Isso não é uma disfunção a ser corrigida, é uma característica do semipresidencialismo.

Portanto, assumido isso, deve-se cuidado para que eventuais propostas de alteração do funcionamento do processo legislativo não gerem desequilíbrio institucional. Do aumento indevido do poder da oposição na elaboração da lei, advirá sua capacidade de bloqueio frequente das ações governamentais, o que pode gerar o efeito antidemocrático de impedir que prevaleça a vontade da maioria; resultando na falta de efetividade do governo e em sua paralisia (PIMENTEL, 2004, p. 48).

Assim, não estou de acordo com propostas que visam a dar ao Parlamento o protagonismo no processo legislativo, ou, à oposição, papel relevante na apresentação de projetos de lei (sem embargo de se deixar a possibilidade para

que residualmente também os presente). No sistema francês, a elaboração da lei é concebida, goste-se ou não, como um ato de governo no Legislativo. Cabe à oposição e à minoria o aperfeiçoamento de seu conteúdo mas não a liderança no processo.

Contudo, de fato existem ajustes a serem realizados na técnica de elaboração da lei. Por exemplo, o Governo não pode ter tanta facilidade de encurtar o que se denomina de “tempo parlamentar”, pois hoje em dia isso lhe dá poder excessivo de dominação do processo legislativo (PORTELLI, 2013, p. 71-82).

Podem ainda ser suprimidas limitações de funcionamento de comissões permanentes, garantindo maior participação da oposição e das minorias na discussão dos projetos.¹¹

Quanto ao terceiro ponto, o reforço do Legislativo passa, sem embargo, pela valorização das atribuições de controle das ações de governo e de avaliação de políticas públicas. Alguns críticos colocam a necessidade de se melhorarem os mecanismos de controle da ação presidencial e afirmam que “o que falta no país é a necessidade de o Executivo prestar contas de sua ação, de explicar seus atos e, em caso de contestação, responder por eles” (FRANCE, 2015, p. 80).

Concorda-se com isso. Reforçar a oposição é reforçar também a democracia. Se funciona bem o sistema de controle do governo, há incremento no debate público, necessidade de coesão permanente da maioria e de engajamento dos parlamentares da base com as linhas gerais de atuação do programa governamental. Da mesma forma, cabe à oposição trabalhar constantemente para demonstrar pontos insatisfatórios na condução e na execução da política nacional.

Por mais que pareça contraditório, quando se dá condição à oposição para atuar adequadamente na função de controle, os questionamentos feitos ao Governo exigem organização para a defesa dos pontos de vista da maioria (SADOUN, 2004, p. 6) e melhoria de diálogo entre os ministros e os parlamentares integrantes de sua base.

¹¹ Neste sentido, o Relatório BARTOLONE sugere a instituição de um contrarrelator dos projetos nas comissões (FRANCE, 2015, p. 136/137). Existem algumas propostas da Comissão com as quais não se concorda, como a que sugere a liberação do direito de emendas parlamentares no domínio financeiro e a que proíbe o governo de apresentar emendas a seus projetos de lei, ou pelo menos submeter essas emendas e um prazo de depósito. Quanto à primeira, criaria obstáculo para a efetivação do programa de governo, que acabaria contingenciado por emendas financeiras de parlamentares que não foram eleitos para governar. No que se refere à segunda, algumas emendas apresentadas pelo Governo durante a fase de discussão surgem exatamente após negociação de pontos polêmicos com a oposição, sendo, pois, mecanismos de aperfeiçoamento do texto legal. Uma sugestão que também valorizaria o papel do Parlamento seria a de limitar o uso de *ordonnances*, na forma proposta por DRAGO (2006, p. 66), e PORTELLI (2006, p. 6).

No que se refere ao papel de questionamento de ministros, é importante que exista um estatuto dos direitos da oposição, a fim de que seus integrantes tenham acesso aos atos de Governo, como ocorre com o *ghost government* inglês, capacitando a representação da oposição a ter informações precisas e confiáveis, com acesso a documentos sigilosos.

A instituição de sessões formais frequentes de questionamento dos integrantes do Governo, a sujeição dos ministros a mecanismos de constrição caso não cumpram adequadamente o dever de informar e de responder fundamentadamente ao interrogatório parlamentar, além do direito de réplica pelo inquiridor, são medidas que farão com que a função de controle seja mais bem exercida no Parlamento.

No que se refere à formatação de comissões, enquanto as de participação no processo legislativo devem guardar proporcionalidade com as bancadas, de modo que a oposição não possa ter facilitado o bloqueio das ações governamentais; nas comissões de inquérito, de controle e de acompanhamento de políticas públicas essa proporcionalidade deve ser ponderada de forma a que não se frustre o exercício dessas funções.

A normatização constitucional das comissões de inquérito, com poderes de investigação efetivos, bem aparelhada e sem que se lhe possa negar fornecimento de informações sigilosas é fundamental para que o Parlamento exerça bem sua atribuição fiscalizadora.¹²

Além dessas propostas referentes ao Legislativo, o reforço de outras formas de contrapoder podem contribuir para o equilíbrio institucional no semipresidencialismo, especialmente a valorização do Judiciário e do *Parquet* e a transformação do Conselho Constitucional em verdadeira Corte Constitucional, nos moldes de outros países europeus como Alemanha e Espanha.

Em relação ao Judiciário, seu reconhecimento como Poder e não como Autoridade Judiciária, com garantias institucionais previstas constitucionalmente para atuação com independência e imparcialidade e sem que o Presidente seja seu avalista (art. 64), faria com que passasse a desempenhar ainda melhor seu papel.

¹² Philippe BLACHÈR destaca que as principais razões para o insucesso das comissões de inquérito na França são a falta de atribuição sobre fatos que estejam sendo objeto de análise judicial e falta de meios adequados para funcionamento, o que inclui a possibilidade de o Governo opor acesso a documentos classificados. (2014, p. 140/141).

Quanto ao Conselho Constitucional, é importante que não seja mais composto por ex-presidentes da República, que a indicação dos nomes seja debatida publicamente e aprovada pelo Legislativo e que sua competência seja modernizada para ampliar sua competência no controle de constitucionalidade (FRANCE, 2015, p. 138).

CONCLUSÃO

Parte da sociedade francesa tem apontado dificuldades para se manterem relações balanceadas entre os Poderes Executivo e Legislativo e para garantir condições de controle do Governo pela oposição e minorias.

Nesse sentido, é importante separar o que é característico do sistema, e não teria como ser alterado sem que na prática se instalasse outro regime de governo, daquilo que deva ser considerada disfunção a ser corrigida.

As maiores críticas vêm sendo dirigidas, em relação ao Executivo, à incompatibilidade entre a existência de atribuições presidenciais próprias e a inexistência de responsabilidade política do chefe-de-estado. No que se refere ao Legislativo, afirma-se que o Parlamento vem se comportando como mera instância homologatória da vontade do Governo.

Propõe-se, então, o retorno do mandato do presidente ao período de sete anos, uma vez que sua redução a cinco contribuiu para a hiper-presidencialização do sistema e afastou o presidente da orientação geral das necessidades de longo prazo do Estado.

No que se refere às atribuições presidenciais, sugere-se que, naquelas que lhe são próprias e não se submetem à ratificação pelo primeiro-ministro, o Parlamento possa manifestar desaprovação mediante maioria superqualificada, dando-se ao presidente, por outro lado, o recurso de submetê-la à consulta popular.

Além disso, parece oportuno que a Constituição preveja a destituição do presidente em caso de não obtenção de maioria na Assembleia após eleição de deputados decorrente de anterior dissolução deste órgão legislativo, além de instituir a necessidade de voto de investidura do Governo. Da mesma forma, a possibilidade de responsabilização individual dos membros do Governo reforçará o papel de controle do Legislativo.

No que se refere ao Legislativo, propõe-se a valorização da participação da oposição e das minorias nas ações de controle do Governo e de avaliação das políticas públicas, o que pode ser feito com o incremento do acesso à informação, e mediante reforço na atuação de comissões de inquérito com poderes de investigação efetivos.

Por fim, o estabelecimento de um percentual de cadeiras em critério de eleição proporcional atenuaria o efeito de super-representatividade dos partidos que obtêm maioria sob escrutínio majoritário, contudo, impor o efeito colateral de oferecer risco de paralisia governamental ou de domínio de pensamento político extremado.

Passados sessenta anos de experiência institucional, o semipresidencialismo francês tem se mostrado um regime de governo que possui diversas virtudes políticas, ao favorecer a capacidade de se governar democraticamente e por possuir mecanismos de prevenção de crises.

As principais críticas que se lhe apresentam possuem natureza paramétrica e as propostas delas decorrentes podem contribuir para aperfeiçoar a função presidencial e para equilibrar as relações entre o Executivo e o Legislativo.

REFERÊNCIAS

- AVRIL, Pierre. "Équilibrer la Présidence quinquennale?" **Droits** 2006/2 (n° 44), p. 149-160.
- BASTIEN, François. **Misère de la Ve République**, Denoël, 2001.
- BERGOUIGNOUS, Georges. "Les binômes majorité-opposition". **Pouvoirs** 2013/3 (n° 146), p. 43-55.
- BLACHÈR, Philippe. **Droit Constitutionnel**, 3ª edição. Paris: Hachette, 2014.
- CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. **La Constitution**. Paris: Editions Du Seuil, 2014.
- CIBOIS, Philippe. Position: Sortir de la monarchie républicaine". **Esprit** 2014/10 (Octobre), p. 5-8.
- DRAGO, Guillaume. "La confection de la loi sous la Ve. République: pouvoir législatif ou fonction partagée?". *Droits* 2006/1 (n° 43), p. 61-72.
- DUHAMEL, Olivier. "Une démocratie à part". **Pouvoirs** 2008/3 (n° 126), p. 17-26.
- DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris : Seuil, 2016.

- ELGIE, Robert (Org.). *Semi-Presidencialism in Europe*. New York: Oxford University Press, 1999.
- FRANCE. Assemblée Nationale. **Raport Bartolone**. Disponível em: <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf>. Acesso em: 05.01.2018.
- FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Constitution**. 1958. Disponível em:< <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>>. Acesso em 09.01.2018.
- GHEVONTIAN, Richard. "Quinquenat: Louis Favoreu avait raison." **Revue Française de Droit Constitutionnel** 2014/4 (n° 100), p. 953-959.
- GICQUEL, Jean. "La reparamentarisation: une perspective d'évolution". **Pouvoirs** 2008/3 (n° 126), p. 47-60.
- GICQUEL, Jean-Éric. "Équilibres et déséquilibres sous la Ve République". **Revue Française de Droit Constitutionnel** 2015/2 (n° 102), p. 265-276.
- HAMON Francis. "La crise du système référendaire". **Droits** 2006/1 (n° 43), p. 92-94.
- HÉRIN, Jean-Louis. "Les groupes minoritaires: um nouveau concept entre Droit et Politique". **Pouvoirs** 2013/3 (n° 146), p. 57-69.
- LAQUIÈZE, Alain. "Le modele du régime présidentiel sous la Ve République." **Droits** 2006/1 (n° 43), p. 45-60.
- LASCOMBE, Michel; TOULEMONDE, Gilles. **Le Droit Constitutionnel de la Vème République**. Paris: L'Harmattan, 2015.
- LAZORTHES, Frédéric. "Le liberal et la Constitution de la Ve République: Aron et le complexe français du Pouvoir Exécutif." **Droits** 2006/2 (n° 44), p. 59-70.
- LE DIVELLEC, Armel. "Le Prince inapprivoisé. L'indétermination structurelle de la présidence da le Ve République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre 'droit de la constitution' et système de gouvernement)". **Droits** 2006/2 (n° 44), p. 101-138.
- PIMENTEL, Carlos-Miguel. "L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir." **Pouvoirs** 2004/1 (n° 108), p. 45-61.
- PONTHOREAU, Marie-Claire. "Le président de la République: une fonction à la croisée des chemins". **Pouvoirs** 2001/4 (n° 99), p. 33-44.
- PORTELLI, Hugues. "Le temps parlementaire". **Pouvoirs** 2013/3 (n° 146) p. 71-82.
- _____. "Les ordonnances: les raisons d' une derive". **Droits** 2006/2 (n° 44), p. 3-8.
- SADOUN, Marc. "Oposition et démocratie". **Pouvoirs** 2004/1 (n° 108), p. 5-21.
- TROPER, Michel. "La Ve République et la Séparation des Pouvoirs." **Droits** 2006/1 (n° 43), p. 33-44.
- VANDENDRIESSCHE, Xavier. "Le Parlement entre déclin et modernité." **Pouvoirs** 2001/4 (n° 99), p. 59-70.

AÇÃO CIVIL EX DELICTO E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE PREVISTO NO ART. 23 DO CÓDIGO PENAL¹

Pedro Henrique Santos Passos - Graduando em Direito na Universidade de Minas

Jorge José dos Santos - Graduando em Direito na Universidade de Minas

Resumo: O presente artigo aborda as hipóteses de aplicação da ação civil *ex delicto*, bem como, suas especificações. Serão estudados os institutos que excluem a responsabilidade civil como também as suas exceções e possibilidades de regresso.

Palavras-chave: Responsabilidade. Excludentes de ilicitude. Ação civil *ex delicto*.

1. INTRODUÇÃO

Com a sentença penal condenatória transitado em julgado surge uma pretensão indenizatória, nesse sentido, a ação civil *ex delicto* possui a finalidade de buscar uma indenização pelo dano sofrido, cuja causa de pedir é o ilícito criminal. Dessa forma, o ofendido está habilitado a executá-la na esfera civil, com a finalidade de reparação do equilíbrio moral ou patrimonial que é causado por um ou mais autores.

Entretanto, o Código Civil e Penal apresenta exceções a essa regra, as chamadas excludentes de ilicitude, que devido sua natureza não será possível exercer o direito da referida ação.

¹ Artigo orientado por Anderson Kristhian Reis Lourenço

Ao mesmo tempo, esse trabalho tem por finalidade analisar as causas de excludentes de ilicitude no âmbito geral e específico de modo que em determinados casos, surgirá ao terceiro o direito de regresso.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AÇÃO CIVIL EX DELICTO

2.1. Conceito

A ação civil *ex delicto* é uma ação ajuizada pelo ofendido na esfera cível para obter indenização pelo dano causado pela infração penal. Assim, toda vez que se comete um ato ilícito penal, surge uma pretensão punitiva de ação penal, que enseja a aplicação de pena ou medida de segurança aos culpados, e em grande maioria das vezes, uma pretensão civil, a fim de se reparar o dano causado, a si ou a terceiros.

Na definição exposta pelo doutrinador Tourinho Filho, temos que:

“Chama-se actio civilis ex delicto, o prejuízo (dano) sofrido pelo indivíduo através de um ilícito penal e não civil, desta forma, é a actio que o lesado pode entremear, visando à satisfação do prejuízo, uma vez que a causa pretendi, a razão em que existe o pedido é o fato criminoso. Isto é, a justificativa para ingressar com a Ação Civil ex delicto é a consequência trazida pelo ato ilícito descrito no Código Penal, a qual cria a responsabilidade pelo fato, oriunda do Direito Civil tendo como escopo “a satisfação do dano produzido pela infração”. (TOURINHO, 2009, p. 258.)

Portanto, tal ação somente caberá nas hipóteses em que a repercussão da infração penal também atingir a esfera da responsabilidade civil.

2.2. Objeto

Ao tratar deste tipo de ação o Código de Processo Penal prevê meios mais eficientes para a vítima buscar a reparação. A satisfação do dano causado pode ocorrer através de quatro formas distintas.

A restituição é a espécie de reparação mais simples. Quando o dano for de natureza econômica, poderá o objeto constituir-se de uma restituição do bem apropriado indevidamente, de modo a recompô-lo patrimonialmente em decorrência da ilicitude também cível, por exemplo, em casos de furtos.

O ressarcimento constitui no pagamento do dano patrimonial, com o intuito de satisfazer os danos emergentes e os lucros cessantes.

A reparação será cabível quando o dano não for ressarcível em espécie, quando não puder ser estimado em dinheiro, devido sua natureza não patrimonial.

Por fim, a indenização consistirá em uma recomposição por falha de quem, em regra, não poderia errar. Figura como um meio de compensação por dano causado por ato ilícito praticado pelo Estado.

2.3. Legitimidade e foro competente

Para propor uma ação civil *ex delicto*, possuem legitimidade ativa o ofendido, -aquele que foi diretamente prejudicado pelo fato delituoso- seu representante legal e seus herdeiros como expressos no art. 63, caput, CPP.

Outrossim, quando o titular do direito de reparação do dano for pobre, na qual, não puder prover às despesas processuais sem privar-se dos recursos indispensáveis ao seu sustento e o sustento de sua família, o Ministério Público é o legitimado para propor a ação que visa tal reparação, conforme art. 68 do CPP.

2.4. Autonomia de jurisdição

O nosso atual ordenamento pátrio traz a separação da jurisdição, ou seja, a ação penal tem por objetivo a condenação do agente com relação à infração penal, enquanto que a ação civil tem por finalidade a reparação do dano sofrida pelo ofendido.

Neste ponto, se faz pertinente salientar que a questão do sobrestamento está prevista no art. 64 do CPP: *"intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela"*.

Nas palavras de Eugênio Pacelli:

"(...) o vocábulo poderá, constante do citado art. 64, parágrafo único, do CPP, confere verdadeiro poder discricionário ao juiz do cível, acerca da conveniência da suspensão do processo naquela instância. (...) Isto

porque, somente a partir do exame do estágio de desenvolvimento procedimental de um e outro processo (a ação cível e a penal) é que se poderá avaliar a conveniência de se suspender o processo no cível. Assim, quando já estiver encerrada a instrução na ação civil, não haverá, segundo nos parece, qualquer razão para a suspensão do processo se, por exemplo, estiver ainda no início do procedimento criminal. (...) Entretanto, se estiverem ambas as ações em fases procedimentais igualmente desenvolvidas, ou ainda quando a ação cível estiver mais adiantada, mas não concluída a sua fase instrutória, a suspensão do processo civil se revelará extremamente oportuna e conveniente, na medida em que determinadas questões, quando resolvidas no juízo criminal, subordinam o conteúdo da decisão a ser proferida no cível.” (EUGÊNIO, 2010, p.312)

Nesse sentido, pode ocorrer a duplicidade de ações, uma na vara cível e outra na criminal, mas sempre evitando decisões contraditórias. O juiz da vara criminal pode estipular um valor mínimo para a restituição do dano, mas se houver sentença no cível com a liquidação do dano, aquele juiz deve se abster de fixar qualquer valor.

Vale ressaltar que não se pode entrar com ação civil *ex delicto* enquanto estiver correndo a ação penal, pois um dos principais requisitos dela é o título executivo decorrente de sentença penal transitada em julgado.

A esse respeito, Tourinho Filho assevera:

“No Direito pátrio, o sistema adotado é o da independência, com certa mitigação. A parte interessada, se quiser, poderá promover a ação para a satisfação do dano somente na sede civil; jamais ingressar em sede penal para postulá-la. Como o fato gerador dessas responsabilidades é o crime, se houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado, em face da influência que tal decisão exerce no cível, será ela exequível na jurisdição civil, onde não mais se discutirá o an debeat (se deve), e sim o quantum debeat (quanto é devido). (TOURINHO, 2009, p. 261)

Portanto, a responsabilidade civil é independente da criminal à luz do art. 935 do Código Civil: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”, e a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo criminal, art. 91, I, do Código Penal.

2.5. Sentença Penal condenatória e Absolutória

Como já analisado anteriormente, no Brasil é adotado o sistema de independência e por mais que tente se alcançar uma única jurisdição, nem sempre as decisões prolatadas em uma esfera, aproveita-se em outra.

No que tange a sentença penal condenatória, conforme o art. 935 do Código Civil, uma vez comprovada no juízo criminal à existência do fato, bem como a sua autoria, estas questões não poderão ser mais discutidas na instância cível, ou seja, devido sua natureza subordinante, impedem a reabertura da discussão em outro processo.

Porém, ao se tratar nos possíveis casos diferentes do art. 935 do CC, Eugênio Pacelli de Oliveira:

“É perfeitamente possível a alegação, no cível, da concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal.” (EUGÊNIO, 2010, p. 212)

No que diz respeito à sentença penal absolutória, uma vez provada a inexistência do fato e caso o juiz considerar que o réu não concorreu para a infração penal, não se poderá mais discutir tal questão no juízo cível, ou seja, não poderá a vítima propor ação civil *ex delicto* em conformidade com o disposto no art. 66 do CPP.

3. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

O código Penal no art. 23 sustenta que não haverá crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Nesse sentido, o código de processo penal assegura que a sentença penal condenatória transitada em julgado que reconhecer alguma excludente de ilicitude também trará coisa julgada no civil, de acordo com o art. 65 do CPP.

Entretanto, esse assunto é âmbito de inúmeras discussões no meio doutrinário, fazendo-se necessário uma abordagem mais específica e individualizada acerca destas causas legais de excludentes prevista no art. 23 do CP.

Dentro dessa perspectiva, Eugênio Pacelli de Oliveira constata que:

“Impõe-se registrar que, embora seja vedada a reabertura da discussão acerca da matéria então decidida (excludentes reais), a responsabilidade civil não será afastada quando houver expressa previsão legal neste sentido, ou seja, prevendo a recomposição do dano, mesmo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito”. (EUGÊNIO, 2010, p. 214).

3.1. Estado de necessidade

O próprio legislador definiu o estado de necessidade, no art. 24 do Código penal: *“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”*

O mesmo, possui previsão legal no art. 188 do Código Civil, Inciso II - *“a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”*, ou seja, não é considerado ilícito o ato daquele em estado de necessidade, que ao encontrar em uma situação de perigo eminente, é obrigado a deteriorar ou destruir coisa alheia ou lesionar pessoa a fim de remover esse perigo.

Entretanto, os art. 929 e 930 do CC trazem respectivamente:

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

Embora o ato não seja considerado ilícito, o Código Civil ampara os bens do terceiro uma indenização correspondente ao prejuízos causados.

Esclarecendo o assunto, Rogério Greco nos diz que:

“Mesmo que a conduta do agente que atua em estado de necessidade não seja ilícita, porque seria uma incongruência o Código Penal considerá-la lícita, enquanto para o Código Civil seria ilícita, se o terceiro que sofreu com a conduta do agente não tiver sido o causador da situação de perigo, permanecerá a obrigação de indenizar os prejuízos causados. Caso o perigo tenha sido criado por aquele que sofreu o dano, não lhe caberá, aqui, o direito de indenização. Embora o agente tenha a obrigação de indenizar aquele que sofreu o dano com a sua conduta,

se a situação de perigo tiver sido provocada por culpa de terceiro, ser-lhe-á permitida ação regressiva contra este, para haver a importância que tiver sido ressarcida ao dono da coisa” (ROGÉRIO, 2017, p.443)

3.2. Legítima defesa

O estado, como é conhecimento de todos, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, por isso, possibilita ao cidadão, em determinadas situações, agir em sua própria defesa. A legítima defesa é definida de acordo com a situação atual ou iminente de injusta agressão em que o agente poderá ser atingido tanto para si como para um terceiro. E em razão disso o agente irá agir de forma a repulsar os atos do autor.

Possui amparo legal no art. 188, do CC, inciso, *“I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”*, onde, aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito capaz de suportar a obrigação de indenizar.

Rogério Greco analisa da seguinte forma:

“Aqui, temos em confronto um bem que se procura defender em face de uma injusta agressão contra ele praticada. Assim, prefere o ordenamento jurídico tutelar o bem injustamente agredido, e, se porventura o agressor vier a sofrer danos, não lhe caberá o direito de pedir indenização contra aquele que, defendendo licitamente seu bem ou interesse, fazendo cessar a injusta agressão que era levada a efeito, com sua atitude causou danos no agressor.” (REGÉRIO, 2017, p. 427)

Entretanto, existe uma exceção da legítima defesa, onde será necessário a reparação civil. Trata-se de legítima defesa com erro de execução. Diz o art. 73 do CP:

“Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.”

Esta hipótese pode ocorrer quando um determinado agente almejando repelir a injusta agressão, agindo com *animus defendendi*, acaba por ferir outra pessoa que não o seu agressor, ou ate mesmo os dois, agressor e terceiro. O resultado advindo da aberração no ataque, (*aberratio ictus*) seja, o ferimento ou a morte de terceiro e não seu agressor, este, estará amparado pela justificação da legítima defesa, assim, não podendo responder criminalmente.

Contudo, em relação ao terceiro inocente, cabe responsabilidade civil do agente. Assis Toledo afirma:

“Não se aplica, pois, ao terceiro inocente a norma do art. 65 do Código de Processo Penal, já que, quanto a ele, a lesão, apesar da absolvição do agente, não pode ser considerada um ilícito civil. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a exclusão da responsabilidade penal não impede a afirmação da responsabilidade civil, restrita é claro ao terceiro inocente.”
(ASSIS, 1994, p.199)

3.3. Estrito cumprimento de dever legal

Este, por sua vez, não teve seu conteúdo expresso no Código Civil, somente no Código Penal: *“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.* Portanto, faz-se necessário, primeiramente, uma abordagem doutrinária conceituando-o.

Conforme preleciona Juarez Cirino dos Santos:

“O estrito cumprimento de dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc.”
(JUARÉZ, 2000, p.187)

É habitual a aplicação desse instituto por agentes públicos, pois, são encarregados de autonomia em nome do interesse público, e se necessário podem restringir ou afetar direitos dos particulares e o motivo de não poderem ser responsabilizados é porque agir no estrito cumprimento do dever legal, ou seja, não podendo ser responsabilizados civilmente.

Vale ressaltar ainda, a diferença entre o “estrito cumprimento” e o “dever legal”, o primeiro diz respeito que esse cumprimento não pode passar dos limites legais, por isso o uso da palavra “estrito”. Já o segundo remete à idéia de uma obrigação que advém de um ato normativo.

3.4. Exercício regular de direito

Como no estrito cumprimento do dever legal, este, também, não foi objeto de conceituação pelo legislador. Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior leciona:

“O conceito de direito, empregado pelo inciso III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito penal, de outro ramo do direito público ou privado- podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária.” (PAULO, 1991, p. 62)

Citando novamente o art. 188 inciso I do Código Civil que diz: *“I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”*

Como exemplo de exercício regular de um direito está à correção aplicada pelos pais os seus filhos menores e as práticas esportivas violentas, desde que os atletas aplicam somente as regras previstas naquela determinada modalidade.

O agente que atua positivado e que está exercitando regulamente seus direitos, não poderá sofrer penalidade alguma, assim, não acarretando uma pretensão indenizatória. Mas somente nesse âmbito, se porventura, houver abuso desse direito, caberá as devidas sanções, seja na esfera civil ou na penal.

4. CONCLUSÃO

Através do presente trabalho foi possível verificar que a ocorrência de um ilícito penal sem dúvida pode trazer reflexos à esfera civil como também os diversos institutos da exclusão do ato ilícito, por cláusula expressa ou até mesmo por ausência de requisitos para se configurar a responsabilidade.

Ao analisar o conteúdo acima e toda sua incidência evidencia-se que a ação civil *ex delicto* é eficiente na concretização de direitos e no acesso à justiça, que se opera no âmbito civil. Constatou-se que não é possível falar-se nelas nas causas de excludentes de ilicitude, pois como conceituado pelo doutrinador Tourinho Filho a ação *ex delicto* é consequência oriunda do ato ilícito.

Porém, a responsabilidade civil parte de um pressuposto de que todo aquele que através de um ato lícito ou ilícito tem a obrigação de reparar, pois o dever jurídico originário de não causar dano deve ser respeitado, surgindo então, ao ofendido, em determinados casos citados acima, a possibilidade de reparação dos danos sofridos.

REFERÊNCIAS

- VELASCO, Liziane Bairy. *Ação civil ex delicto*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 18 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56928&seo=1>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.
- GREGO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Ilicitude penal e causas de sua exclusão. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal - Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991.v.I.

COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

Jéssica Acocella²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar as perspectivas para instituição do sistema de *compliance* no âmbito da Administração Pública, com o objetivo de tornar a gestão pública mais responsável, eficiente e transparente.

Palavras-Chave: *Compliance*. Administração Pública. Integridade.

Abstract: The objective of this article is to study the prospects for the establishment of the compliance system within the Public Administration, with the objective of making public management more responsible, efficient and transparent.

Keywords: Compliance. Public administration. Integrity.

1. INTRODUÇÃO

É notório que nunca se exigiu tanto das organizações uma conduta ética, transparente e responsável como na atualidade e é cada vez mais amplamente aceito que a ausência de uma política corporativa de *compliance* e a falta de

¹ Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br

² Mestre em Direito Público pela UERJ. Advogada no departamento jurídico da Área de Desestatização e Estruturação de Projetos do BNDES. Professora no curso Fórum e no CEPED. Autora de artigos na área de Direito Administrativo. E-mail: jessacocella@yahoo.com.br.

integridade tornaram-se um problema mundial com a quantidade de escândalos, noticiada nos últimos anos, de corrupção, fraude e desvios de conduta envolvendo o relacionamento de organizações privadas com o Poder Público.³

Nesse contexto, no Brasil, a edição da Lei federal 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Probidade Empresarial) revelou esforço pioneiro na prevenção e combate a tais práticas ilícitas praticadas contra a Administração Pública, fomentando a emergência de um novo ambiente de negócios em que a reputação de uma organização passa a ter valor econômico e no qual propina, suborno e congêneres consistem em infração prevista em lei.

A referida Lei cria incentivos favoráveis às pessoas jurídicas privadas para instituição de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.⁴

No âmbito das organizações privadas – principalmente nas grandes corporações –, tem se tornado prática cada vez mais consolidada o estabelecimento de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos.

A *Siemens*, por exemplo, tornou-se, após se envolver em escândalos de corrupção internacional que vieram à tona por volta de 2008, o grande *benchmark* mundial quando o assunto é *compliance*. Por meio da criação de um sistema-base dividido em três pilares (prevenir, detectar e responder), o programa da empresa estabelece um conjunto amplo de atividades que visam garantir que os negócios estejam totalmente em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis, assim como com regras e princípios internos.⁵

³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.). Manual de Compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

⁴ Lei 12.846/2013: “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Em âmbito federal, o programa de integridade encontra-se previsto nos arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A exigência de programas de compliance e integridade nas contratações públicas: o pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. Revista Brasileira de Direito Público, v.17, n.64, jan./mar. p. 9-30, 2019.

⁵ A respeito do programa de compliance da Siemens, vide: <<https://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/compliance/pages/compliance0602-1205.aspx>>. Acesso em: 17/07/2019.

No entanto, para que as práticas de *compliance* e integridade sejam efetivas, sobretudo nas relações público-privadas, deve existir uma via de mão dupla: não se pode esquecer do papel fundamental a ser também desempenhado pela Administração Pública, estruturando e implementando mecanismos, procedimentos e práticas próprios que assegurem a conformidade de sua atuação.⁶

2. O REGIME JURÍDICO ATUAL: COMPLIANCE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Justamente com essa finalidade, a Lei 13.303/2016 – o Estatuto das Estatais – estabeleceu, pela primeira vez, a obrigatoriedade de as empresas públicas e sociedades de economia mista adotarem regras, estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: (i) ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; (ii) área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; e (iii) auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário (art. 9º).

Determinou, ainda, a elaboração e divulgação de código de conduta e integridade, que disponha sobre: (i) princípios, valores e missão da empresa estatal, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; (ii) instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do código de conduta e integridade; (iii) canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do código e das demais normas internas de ética e obrigacionais; (iv) mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; (v) sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código; e (vi) previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre o Código, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores (art. 9º, § 1º).

Para tanto, a lei estabelece a necessidade de criação de estrutura administrativa adequada para a efetividade de tais controles, prevendo, por exemplo, que a área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos

⁶ A partir da década de 1980, em razão da crise fiscal e da busca por novas formas eficientes de gestão pública, ganhou força a utilização do termo “governança” para se referir ao novo perfil da Administração Pública, preocupada com a eficiência, participação, transparência, consenso e controle. A concepção de “boa governança”, influenciada pelo movimento do New Public Management, engloba os ideais de especialização, despolitização, eficiência, legitimidade, transparência e accountability da ação estatal. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179-184.

seja vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. O estatuto social deve prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias.

Dentre as estatais, tem ganhado destaque a política de conformidade implementada pela Petrobras, no ano de 2015, após seu envolvimento nos escândalos da Lava Jato. Fundamental para a recuperação de sua imagem no mercado e do seu valor em bolsa, em apenas aproximadamente quatro anos, a companhia estabeleceu, por meio de seu “Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção” (PPPC), um novo modelo de governança, risco e *compliance*, que corrigiu graves problemas na estrutura e nos procedimentos adotados e foi fundamental para permitir que ela retomasse sua missão institucional.

O programa estabelece ações contínuas de prevenção, detecção e correção de atos de fraude e de corrupção, inseridas em um sistema de integridade que inclui, entre inúmeras ações, (i) observância de leis anticorrupção e compromissos internacionais; (ii) sistema de gestão da ética (Código de ética e Guia de Conduta); (iii) regime disciplinar; (iv) gerenciamento de riscos de fraude e de corrupção; (v) política de relacionamento com terceiros (fornecedores, parceiros operacionais, contrapartes em aquisições, *due diligence*); e (vi) comissão para análise de aplicação de sanções e elogios.⁷

Na mesma linha, a recém editada Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 – nova lei das agências reguladoras –, passou igualmente a impor a tais entidades a adoção de práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como a elaboração e divulgação de programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção (art. 3º, § 3º).

3. PERSPECTIVAS DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

No tocante à Administração Pública Direta, ainda não há determinação legal expressa no mesmo sentido. Mas é inegável que dispomos de um amplo

⁷ Para maior detalhamento do programa de integridade e governança da Petrobras, cf. <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>>. Acesso em: 17/07/2019.

arcabouço jurídico que caminha nessa direção, notadamente: (i) Lei 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa; (ii) Decreto federal 1.171/1994, que estabelece o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal; (iii) Decreto 5.480/2005, que dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal; (iv) Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), tendo por objeto aspectos éticos e morais e o comportamento da liderança; (v) Lei 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação; e (vi) Lei 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal.

No entanto, tais normas não parecem ser suficientes para assegurar e obrigar a implementação, no âmbito da Administração Pública, de um programa voltado especificamente à estruturação de ações de conformidade e processos destinados à prevenção, detecção e correção de atos de fraude e corrupção.

Por outro lado, diante da omissão legal, os órgãos de controle têm expedido inúmeras recomendações aos órgãos e gestores públicos com a finalidade de difundir a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação de códigos de ética e de conduta.⁸

A AGU, por exemplo, tem sido a principal responsável pela expedição de orientações e pela determinação de ações alinhadas com o aumento da transparência, a gestão adequada de recursos, a adoção de mecanismos de punição de agentes públicos por desvios e o estreitamento do relacionamento do Estado com a população, com o objetivo de proteger a Administração Pública contra riscos de corrupção e garantir a adequada prestação de serviços à sociedade.⁹

Isso porque, indo além da mera observância das normas, a observância de uma política de integridade e *compliance* pelo poder público demanda, principalmente da alta administração – referencial da organização –, a liderança do processo de autoconhecimento do ente, mediante a realização de um planejamento estratégico institucional, que deve, necessariamente, estar relacionado ao planejamento governamental macro.¹⁰

⁸ No âmbito do TCU, vale a pena conferir, por exemplo, o “Referencial de Combate à Fraude e Corrupção”, 2 ed. 2018, destinado a orientar órgãos e entidades da Administração Pública. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corruptcao.htm>>. Acesso em: 17/07/2019.

⁹ Para consulta aos diversos Manuais da AGU sobre o tema, vide: <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 17/07/2019.

¹⁰ Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia prático de implementação de programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e

A alta administração deve, assim, construir uma visão clara dos objetivos da organização, da função pública que deve cumprir, dos seus riscos, da natureza de sua atuação e dos resultados esperados pelas partes interessadas (pessoas, grupos ou entidades que possam afetar ou ser afetados pela atuação da organização, como cidadãos, contribuintes, agentes políticos, servidores públicos, usuários de serviços públicos, organizações da sociedade civil, fornecedores, mídia).

Questões relativas ao autoconhecimento de seus processos e riscos associados, por exemplo, devem ser incluídas no planejamento. Já a prevenção e detecção de irregularidades – integradas necessariamente ao dia a dia do órgão – devem ser indicadores obrigatórios para análise de implementação de políticas públicas e componente natural do processo de tomada de decisões de seus gestores.

Para tanto, cumpre ao órgão mapear atividades, processos e procedimentos, com especial atenção às vulnerabilidades identificadas que podem trazer riscos à integridade do órgão, como, por exemplo, o conhecimento acerca: das compras que são celebradas por meio de contratação direta, principalmente as enquadradas como emergenciais; dos aditivos contratuais pactuados e de que forma eles alteram a contratação original; do pagamento realizado a fornecedores contratados; dos passos envolvidos na concessão de licenças ou autorizações de sua competência.

Fundamental, ainda, a avaliação periódica de metas e indicadores que indiquem a efetiva consecução das finalidades e resultados pretendidos pelo órgão, bem como dos eventuais riscos externos e internos que possam comprometê-los.

No entanto, o planejamento estratégico por si só não dará conta da criação de um ambiente ético e íntegro. Apenas com o desenvolvimento de uma cultura organizacional que perpassa todos os níveis do órgão, por meio da difusão de valores construídos de acordo com os princípios da Administração Pública – notadamente os descritos no art. 37 de nossa Constituição –, será possível implementar de forma efetiva uma política de conformidade.¹¹

fundacional, Brasília: 2018, p. 07. Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>>. Acesso em: 17/07/2019.

¹¹ “Se no mundo dos negócios a finalidade maior do programa de compliance é a de evitar a ocorrência de ilícitos que possam comprometer a imagem da empresa, trazendo, por conseguinte, prejuízos ao negócio, no âmbito da administração pública o que se busca é reavivar a identidade ética das instituições de Estado, amoldando o comportamento dos agentes públicos aos princípios orientadores da sua atuação, devidamente cravados no artigo 37 da Constituição da República, evitando-se, assim, a prática de atos de corrupção e

Nesse sentido, algumas medidas, capitaneadas também pela Alta Administração, revelam-se fundamentais para se estimular um comportamento íntegro na organização: (i) o estabelecimento de um código de ética e de conduta, que se aplique a todos, devendo traduzir os valores e regras em comandos simples e diretos, adaptados à realidade operacional do órgão ou entidade; (ii) a divulgação dos valores e regras que devem ser respeitados por todos na organização; (iii) a promoção de capacitações sobre ética e integridade; (iv) a criação de uma comissão de ética, garantindo seu funcionamento independente e imparcial; e (v) o investimento na seleção e formação de seus dirigentes, definindo responsabilidades, combatendo o nepotismo e investindo na formação de líderes e processos de avaliação de gestão.¹²

Já no que diz respeito à interação com o público externo, ganha peso, na definição de um programa público de *compliance*, a definição de regras transparentes de relacionamento com o cidadão, o setor privado e grupos de interesse. Talvez seja justamente essa a questão mais sensível no combate a fraudes e desvios de conduta no âmbito da Administração.

De forma geral, o comportamento e o processo decisório do agente público devem apartar-se de questões que envolvam interesses pessoais por meio de regras que possam prevenir o surgimento de potenciais conflitos de interesse no âmbito da relação público-privada. No âmbito da Administração Pública federal, cabe à Lei nº 12.813, conhecida como Lei de Conflito de Interesses, definir as situações que configuram conflito de interesses durante e após o exercício de cargo ou emprego e estabelecer formas do agente público se prevenir quanto à ocorrência do conflito, estabelecendo, por outro lado, punição severa àquele que se encontrar em alguma dessas situações.¹³

Paralelamente, a grande – e talvez maior – vulnerabilidade do *compliance* público encontra-se nas mais diversas relações estabelecidas entre os agentes

suas implicações lesivas para toda a sociedade, já que seus desdobramentos danosos sempre são suportados pela coletividade.” PESSOA, Grace Maria Fernandes. Protocolos de compliance na administração pública e a necessária desconexão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica>>. Acesso em: 17/07/2019.

¹² Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia prático de implementação de programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional, Brasília: 2018, p. 16. Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>>. Acesso em: 17/07/2019.

¹³ Também regulamentando o tema, a Portaria interministerial 333, de 2013, do antigo MPOG em conjunto com a AGU, disciplina a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal no âmbito da competência atribuída à Controladoria-Geral da União – CGU.

públicos e privados, sejam estes usuários ou prestadores de serviço, sejam fornecedores, empresas em geral ou organizações do terceiro setor. É inegável, por exemplo, que, em nosso país, as licitações e contratações públicas, a expedição de atos de autorização, permissão e congêneres, o exercício do poder de polícia e a fiscalização exercida pelos órgãos de regulação têm se revelado uma porta aberta para fraudes e desvios de conduta.

Assim, no enfrentamento de potenciais relacionamentos duvidosos que possam surgir em quaisquer dessas modalidades de interação público-privada, a transparência revela-se como seu pilar fundamental – em todas as decisões, ações, planos, orçamentos, despesas, contratos, transferências e resultados da Administração.

Por meio, por exemplo, do estabelecimento de regras claras que disciplinem a relação e imponham limites aos agentes envolvidos, da criação de canais para prestação de informações ao cidadão, da definição de formas de acesso aos tomadores de decisão, da previsão de padrões procedimentais para a realização de reuniões com interessados e da instituição de rotinas para registro e publicação das interações promovidas, bem como da divulgação à sociedade – de forma acessível - de informações e dados relevantes, a tendência – porque 100% de garantia nunca se terá – é que a Administração atue de forma responsável e em conformidade com sua missão pública, alocando recursos de forma eficiente e no lugar certo.¹⁴

Por outro lado, a gestão pública transparente reforça a confiança das partes interessadas no processo administrativo decisório e, conseqüentemente, a credibilidade das instituições e de seus agentes.

A esse respeito, interessante destacar que foi promovida recentemente consulta pública acerca do projeto de decreto presidencial que pretende regulamentar a governança em contratações públicas no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, tendo como finalidade transformar a gestão das compras federais por meio da implementação e criação de instâncias, mecanismos e instrumentos de governança.¹⁵

Dentre seus objetivos, estão listados: (i) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável; (ii) a obtenção do melhor preço, entendido como uma

¹⁴ Reiteramos, aqui, que a Lei de Acesso a Informação – Lei 12.527/2011 – dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações pelo cidadão.

¹⁵ A respeito da referida consulta pública, vide: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1131-decreto-de-governanca-consulta-publica>>. Acesso em: 17/07/2019.

conjugação de menor preço e da qualidade requerida do objeto, primando-se por sua efetividade; (iii) o menor custo processual; (iv) transparência; e (v) otimização da interação com o mercado fornecedor.

Acrescenta, ainda, como uma das funções da governança das contratações públicas, apoiar a alocação apropriada de recursos públicos pelo uso das compras públicas como ferramenta estratégica; e promover o direcionamento, a avaliação e o monitoramento dos processos de contratações.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que, também no âmbito da Administração Pública federal, o Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017, estabelece, de forma mais ampla, a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fixando, como princípios da governança pública, a capacidade de resposta, a integridade, a confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de contas e responsabilidade e a transparência. Nos termos do decreto, a governança pública consiste em um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Com base na norma, órgãos e entidades devem, assim, implementar e manter mecanismos, instâncias e práticas de governança em consonância com os princípios e as diretrizes estabelecidos no próprio decreto. A conformação adequada de tais mecanismos tende a reduzir ou até mesmo a eliminar, inclusive, excessos. Um órgão público passa a ter clareza acerca de sua identidade ética e o programa de integridade passa a inibir eventuais avanços no espaço de atuação específica de outro órgão ou instituição de Estado.

4. CONCLUSÃO

Como visto, muito tem se falado em *compliance* no âmbito das organizações privadas, sem que seja dada a devida atenção à incorporação das noções de integridade e conformidade nas instituições que integram a Administração Pública.

Se, por um lado, o estatuto das estatais e a nova lei das agências reguladoras já regulam expressamente o tema no tocante a essas entidades, no que se refere à Administração Pública Direta, apesar de uma ampla gama de normas tangenciar o tema, o Direito ainda carece de uma regulação expressa a respeito.

Mas isso não significa que os órgãos públicos estejam apartados do fenômeno irremediável do *compliance*. Ao contrário, a legitimidade da atuação pública demanda, cada vez mais, sua conformidade com mecanismos e procedimentos internos de integridade e governança, voltados à detecção e correção de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, bem como a incorporação de um ambiente ético em toda a estrutura administrativa. Fundamental, a esse respeito, que seja dada especial atenção às diversas formas de interação público-privada.

O resultado tende a ser uma gestão pública mais responsável, eficiente e transparente, assegurando, de forma institucionalizada, que as finalidades públicas e os interesses do cidadão sejam preservados.

REFERÊNCIAS:

- Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Guia prático de implementação de programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional, Brasília: 2018. Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>>. Acesso em: 17/07/2019.
- Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública, 2. ed. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>>. Acesso em: 17/07/2019.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.). Manual de Compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A exigência de programas de compliance e integridade nas contratações públicas: o pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. Revista Brasileira de Direito Público, v.17, n.64, jan./mar. p. 9-30, 2019.
- PESSOA, Grace Maria Fernandes. Protocolos de compliance na administração pública e a necessária descorrupção. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica>>. Acesso em: 17/07/2019.

ASPECTOS DOS JUSNATURALISMOS COSMOLÓGICO, TEOLÓGICO E RACIONAL

Reis Friede¹

Resumo: o debate que envolve o Jurnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Deste modo, o presente artigo discorre sobre as características dos denominados Jurnaturalismos Cosmológico (ou Clássico), Teológico (ou Medieval) e Racional (ou Moderno).

Palavras-chave: Jurnaturalismo Cosmológico (ou Clássico), Teológico (ou Medieval) e Racional (ou Moderno).

Abstract: The debate regarding Jurnaturalism and Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers for a long time. Although it may be affirmed that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and Natural Law has already been overcome, there are numerous aspects which deserve an academic dedication. Therefore, the current work analyses the characteristics of the so-called Cosmological (or Classical), Theological (or Medieval) and Rational (or Modern) Jurnaturalism.

Keywords: Cosmological (or Classical) Jurnaturalism. Theological (or Medieval) Jurnaturalism. Rational (or Modern) Jurnaturalism.

¹ Desembargador Federal, Presidente 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 .

1. UMA INTRODUÇÃO À CLÁSSICA DICOTOMIA

A questão que envolve os denominados *Jusnaturalismo* e *Juspositivismo* tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto. Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática que se pretende desenvolver no presente texto, dado que revela a própria tensão conceitual que existe entre ambos os fenômenos.

FERRAZ JR. (2015, p. 134-135), por exemplo, ao mesmo tempo em que afirma ter havido a *trivialização* dos direitos naturais, reconhece, por outro lado, a sua importância para a Filosofia do Direito. Trata-se, portanto, de um dos grandes debates da Filosofia do Direito, a responsável por refletir “sobre o Direito e seus postulados, com o objetivo de formular o conceito do *jus* e de analisar as instituições jurídicas no plano do *dever-ser*, levando-se em consideração a condição humana, a realidade objetiva e os valores justiça e segurança” (NADER, 2017, p. 5). Do mesmo modo, MASCARO (2015, p. 52), ao afirmar que “os variados caminhos da compreensão do Direito são também perspectivas teóricas que refletem posições políticas práticas do jurista em face da realidade jurídica e social”, demonstra a atualidade do debate em torno do Jusnaturalismo e do Juspositivismo.

Conforme será abordado ao longo da digressão, o assunto ora introduzido apresenta, como um de seus aspectos fundamentais, um embate quanto à relação entre a moral e o Direito. Em termos genéricos, a doutrina, ao aludir à clássica dicotomia em exame, afirma que o Direito Natural, em contraposição ao Direito Positivo, tem sido conceituado como um conjunto de princípios de caráter universal, permanente e imutável. KELSEN, um dos mais importantes juspositivistas, assevera que a teoria do Direito Natural é caracterizada por ser *idealista-dualista*, na exata medida em que assenta, ao lado do Direito Positivo (direito real, mutável e posto pelo homem), um direito ideal, imutável e natural (o Direito Natural). Desta forma, em tal argumento kelseniano, a natureza (em

geral) ou a natureza (em particular) do homem funciona como uma autêntica autoridade normativa (autoridade legiferante), de modo que aquele que observa os preceitos naturais atua de maneira justa, sendo que tais preceitos (isto é, as normas de conduta justa) são imanentes à natureza, e, por conseguinte, imutáveis, em contraste com as normas pertinentes ao Direito Positivo, que procedem da vontade humana e são mutáveis (KELSEN, 1996, p. 53).

Ademais, assevera-se que o Direito Natural, cujo fundamento 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, independentemente do lugar (*universalidade*), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; em contraposição, o Direito Positivo (enquanto obra humana) seria produto histórico de uma sociedade, vigendo, portanto, em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder o respectivo sentido de validade por decisão política do próprio ente estatal.

2. A POLÊMICA TEMÁTICA E AS RESPECTIVAS VERTENTES JUSNATURALISTAS

SGARBI (2007, p. 692-693) esclarece que, tendo em vista “as variadas elaborações sobre a natureza do Direito Natural”, preferível seria empregar-se o termo *jusnaturalismos* (no plural), ao invés de *jusnaturalismo* (no singular), reconhecendo, em sequência, que os próprios autores, de um modo geral, optam pelo emprego da expressão (singularizada) *Direito Natural*, o que não afasta a ambiguidade que lhe é imamente. Não obstante a advertência semântica acima anotada, os escritos que se propõem a analisar o tema em questão frequentemente utilizam o termo *Jusnaturalismo* e a expressão *Direito Natural* como sinônimos, exatamente como se procederá na presente abordagem. Como se não bastasse a equivocidade inerente à própria expressão *Direito Natural*, a doutrina aponta, ainda, uma série de concepções que surgiram ao longo do tempo com o fim de justificar a existência de direitos naturais. Neste sentido, WOLKMER (1989, p. 124) assevera que “o jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo”, concepções que podem ser traduzidas na “crença de um preceito superior advindo da *ordem natural das coisas*, da *vontade divina* ou

mesmo da *consciência* e da *razão do homem*”, a revelar os próprios fundamentos históricos do Jusnaturalismo. Tal multiplicidade de fundamentos reflete a própria polêmica que sempre abarcou o tema em epígrafe.

De acordo com BITTAR (2001, p. 184), independentemente de sua longevidade histórica, o debate a respeito da “noção de Direito Natural deve reavivar o que há de nuclear em sua definição, ou seja, a ideia de natureza”, aduzindo o autor que a “perda da semântica do termo *natureza*, incorporado que foi no bojo da expressão Direito Natural, provocou a erosão do valor que se agrega e que se carrega no mesmo”. Ao discorrer sobre tal problema de ordem semântica, e resumindo as diversas concepções jusnaturalistas forjadas ao longo dos tempos, BITTAR (2001, p. 185) assinala que “os direitos, conforme o entendimento e a significação da palavra *natureza*, decorreriam ou da própria constituição do *mundo natural*, da *natureza racional do homem* ou da *natureza sociopolítica humana*”, dando margem ao surgimento de diversos modelos de Jusnaturalismo.

2.1. O Direito Natural na Grécia

Quanto ao primeiro fundamento do Direito Natural (ou seja, a própria constituição do mundo natural), explica BITTAR (2001, p. 185) que, de acordo com tal concepção jusnaturalista, o mundo natural, com suas características próprias, imprime condições para a vida em geral (inclusive para a vida humana), as quais formam um “conjunto de dados que determinam a própria existência do homem”, fixando, desta feita, um “conjunto de diretrizes para o seu comportamento”. Por conseguinte, ainda segundo o mesmo autor, “leis inderrogáveis e comuns a todos e a tudo [...] ditam as condições da própria existência no mundo físico, condicionando a própria formação do direito e das normas jurídicas”. Refere-se BITTAR, especificamente, à denominada *concepção cosmológica* do Direito Natural, abordagem que concebe a essência deste na própria *natureza das coisas*.

Desse modo, na Antiguidade Clássica, o denominado *Jusnaturalismo Cosmológico* fundava-se na ideia de que os direitos naturais refletiam as leis (eternas e imutáveis) reitoras do próprio funcionamento do *Cosmos*. Admitia-se, desta feita, a existência de “uma justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e Direito”, período em que diversos “pensadores se propuseram a formular os princípios mais remotos de justiça”, alicerçados, pois, nos mais variados fundamentos, a saber: “a necessidade

humana (HOMERO); o valor supremo da comunidade e protetora do trabalho humano (HESÍODO); a igualdade (SÓLON); a segurança (PÍNDARO); a ideia de retribuição (ÉSQUILO); o valor perene da lei natural (SÓFOCLES); a eficácia da norma (HERÓDOTO); e a identificação com a legalidade (EURÍPEDES)” (SOARES, 2013, p. 134).

Conforme ilustrado por MONTORO (2011, p. 305), “uma das primeiras manifestações dessa doutrina pode ser encontrada no teatro grego”, mais precisamente em ANTÍGONA, famosa *tragédia* helênica na qual SÓFOCLES (497-406 a.C.), um dos tragediógrafos mais relevantes do período clássico (juntamente com ÉSQUILO e EURÍPEDES), narra que o Rei CREONTE (herdeiro do trono Tebas) teria proibido o funeral de POLINICE (irmão de ANTÍGONA), por ter o falecido tomado armas contra Tebas. De acordo com o espetáculo teatral em comento, ANTÍGONA, no entanto, desrespeita a ordem real e sepulta POLINICE, invocando, para tanto, que acima da lei emanada do Rei haveria leis eternas, leis naturais. ANTÍGONA, ao ser questionada por CREONTE a respeito do motivo pelo qual havia descumprido o edito proibitivo do sepultamento de POLINICE, invoca, para tanto, a existência de leis divinas.

Apesar de ANTÍGONA não se revestir dos atributos próprios de um texto de cunho jurídico, político ou filosófico, representava à época muito mais do que um simples espetáculo teatral; refletia, em última análise, o próprio modo de ser daquela sociedade. Dissertando a respeito da importância da cultura grega para o tema em exame, REALE (2002, p. 312) assevera que a “ideia de um Direito Natural, distinto do Direito Positivo, é muito antiga”, sendo constatada nas “manifestações mais remotas da civilização ocidental a respeito do problema da lei e da justiça, o mesmo ocorrendo na cultura do Oriente”; no entanto, prossegue o professor REALE, é justamente entre os “pensadores gregos que a aceitação de um Direito Natural, como expressão de exigências éticas e racionais, superiores às do Direito positivo ou histórico, passa a ser objeto de estudos especiais, até se converter em verdadeira ‘teoria’”.

Ainda no âmbito de uma perspectiva jusnaturalista na Antiguidade Clássica, recorda MONTORO (2011, p. 306) que ARISTÓTELES, opondo-se às reflexões de ARQUELAU, segundo o qual “o direito não existiria por natureza, mas somente em virtude de lei”, afirmou que “o bem e o justo, objetos de que trata a ciência política, dão lugar a opiniões de tal forma divergentes e às vezes de tal forma degradadas, que se chegou até a sustentar que o justo e o bem existem apenas

em virtude de lei e não têm nenhum fundamento na natureza”. BOBBIO, ao analisar o pensamento aristotélico no que concerne ao assunto em foco, assevera que dois são os critérios por meio dos quais o grande filósofo grego estabelecia a diferenciação entre Direito Natural e Direito Positivo:

“a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachou) a mesma eficácia (o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.

b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e más a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.” (BOBBIO, 1995, p. 17)

Ademais, anota BOBBIO (1995, p. 15) que “a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’”, diferença que, “quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino”, não obstante “o uso da expressão ‘direito positivo’ ser relativamente recente, posto que encontrado apenas nos “textos latinos medievais”.

Ao traçar um quadro comparativo entre SÓFOCLES (precisamente em ANTÍGONA) e ARISTÓTELES, SGARBI (2007, p. 692-693) registra que o Direito Natural de SÓFOCLES apresentava-se um pouco diferente do de ARISTÓTELES, tendo em vista que neste a noção de *justo* (como *força natural*) encontra-se mais fortemente presente, enquanto que na *tragédia* ANTÍGONA o direito (natural) a que SÓFOCLES faz referência é uma *vontade divina*, ou seja, a vontade de ZEUS que deve ser obedecida, consignando, ainda, que tal perspectiva de Direito Natural enquanto vontade de Deus (notadamente o Deus Cristão) ressurgirá na Idade Média, por ocasião do advento do Jusnaturalismo de matiz teológico.

2.2. O Direito Natural em Roma

MARCO TÚLIO CÍCERO (106-43 a.C.) é frequentemente recordado como aquele que promoveu a síntese entre a filosofia grega e a cultura romana. Além

de possibilitar a divulgação da filosofia helênica, CÍCERO opera uma profunda fundamentação da concepção de Direito, com base no pensamento grego (SOARES, 2010, p. 147). Especificamente no que concerne ao Direito Natural em Roma, CÍCERO faz “apologia à *lei natural*”, ou seja, aquela “que não precisa ser promulgada pelo legislador para ter validade”. Ao contrário, é justamente a lei natural que “confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva, como *ratio summa insita in natura; non scripta, sed nata lex; vera lex, recta ratio, naturae congruens*” (REALE, 2002, p. 313).

Destarte, ao se iniciar uma abordagem a respeito do Jusnaturalismo em Roma, o primeiro personagem a ser rememorado passa necessariamente por MARCO TÚLIO CÍCERO, considerado um dos grandes representantes do pensamento político, filosófico e jurídico de Roma, cuja obra sofreu influências das filosofias que o antecederam, tais como a Sofística, o Socratismo, o Platonismo, o Aristotelismo e o Epicurismo.

Em Roma, de acordo com MONTORO, “os mestres da jurisprudência ensinavam que, além do direito próprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana”:

“O direito civil e o direito das gentes distinguem-se deste modo: todos os povos que se reagem por leis e por costumes usam em parte de um direito exclusivamente seu, e em parte do comum; portanto, o direito, que cada povo constitui para si mesmo, é exclusivo de uma cidade. O direito, porém, que a razão natural constitui entre todos os homens é observado do mesmo modo por todos os povos e chama-se direito das gentes, isto é, direito de que usam todos os povos. Semelhantemente o povo romano usa em parte de um direito exclusivamente seu e em parte do comum a todos os homens.” (MONTORO, 2011, p. 306-307)

Em *De Legibus (Sobre as Leis)*, CÍCERO afirma que “a lei não pode simplesmente originar-se dos homens, que seriam demasiado frágeis e limitados para isso”, razão pela qual “ela viria de um poder superior, no qual os homens, que compartilham algo desse poder, através de sua racionalidade, se baseiam para daí derivar suas leis, que devem consistir na promoção do bem e na proibição do mal e em sua punição quando este decorrer da fraqueza humana” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 34).

REALE, ao analisar alguns “fragmentos fundamentais do Direito Romano”, entre os quais os textos de CÍCERO, verifica que “em Roma se repete a distinção

já posta na Grécia entre o Direito Positivo e o Direito Natural, ou melhor, entre o justo por natureza e o justo por lei ou convenção”:

“Existem mesmo na obra de CÍCERO passagens de invulgar beleza, nas quais se tece a apologia da lex como expressão da ratio naturalis, sempre igual por toda parte, sempiterna, que determina o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Bem poucas vezes a consciência da lei natural como momento essencial da Ética atingiu tamanha beleza e precisão como na obra ciceroniana.” (REALE, 2002, p. 628)

Sintetizando o Jusnaturalismo em Roma, BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 187) lecionam que é precisamente na “ordenação cósmico natural que se pode encontrar o fundamento de toda ética e de todo conceito de justiça na teoria ciceroniana”, sendo as leis naturais, em tal contexto analítico, “a ordenação do todo”, de modo que o “direito natural passa a representar a única razão de ordenação da conduta humana na *República*”.

2.3. O Jusnaturalismo Teológico (ou Medieval)

A dimensão *teológica* é a marca que caracteriza o Jusnaturalismo na quadra medieval, através da qual se opera a fundamentação divina dos direitos naturais. Em tal momento histórico, “sob o império da *patrística* ou da *escolástica*, a teoria jusnaturalista apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do Direito Natural eram a inteligência e a vontade divinas, devido ao fato de a sociedade estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé” (DINIZ, 2000, p. 36). Assim, diversamente do que ocorreu no pensamento grego, o Direito Natural, no bojo da Idade Média, passa a encontrar fundamento na *origem divina*, vale dizer, na *vontade de Deus*, vertente que restou conhecida como *Jusnaturalismo Teológico*.

2.3.1. O Jusnaturalismo em Santo Agostinho

Argumentam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 208) que, “tendo em vista a difusão da filosofia e a expansão de seus postulados na história do pensamento”, é possível afirmar que “a maior contribuição para a formação do pensamento medieval não foi romana, mas grega”, sendo lícito concluir, ademais, que foi justamente da “síntese e da conciliação dos postulados religiosos com os postulados gregos que se iniciaram diversas correntes do pensamento no Medievo”.

No que se refere ao Jusnaturalismo Teológico, cabe destacar a influência advinda de SANTO AGOSTINHO (354-430), Bispo de Hipona, cujo pensamento filosófico, vasto e profundo, influenciou sobremaneira a cultura ocidental, configurando, como dito acima, uma autêntica sinopse entre a filosofia grega (mormente a de PLATÃO) e o Cristianismo, representando “uma síntese positiva entre religião e filosofia”, dado que se constata, principalmente, em duas obras agostinianas (*Confissões* e *A Cidade de Deus*), consoante assevera CASTILHO (2017, p. 63). Quanto aos temas que permearam as cogitações teóricas de AGOSTINHO, MARCONDES e STRUCHINER (2007, p. 50-51) aludem que o “problema da natureza humana e do caráter inato da virtude, a origem do Mal, o conceito de felicidade, a liberdade e a possibilidade de agir de forma ética” conformam, em síntese, as principais questões éticas que receberam as reflexões de AGOSTINHO. De fato, a obra de AGOSTINHO permite extrair preciosos elementos para a exegese da relação entre Estado e Igreja, dos fundamentos do Direito Natural e do Direito Positivo e da questão pertinente à legitimidade dos governantes (WOLKMER, 2001).

Retratando tal relação, e discorrendo sobre as particularidades do Direito Natural sob a ótica agostiniana, MORRISON (2012, p. 72-73) afirma que, para AGOSTINHO, o Direito Natural é a “porção intelectual do homem na verdade de Deus, ou na lei eterna de Deus”. Interpretada como a “razão e a vontade do Deus cristão”, a “lei eterna tornou-se a divina razão, a vontade de Deus que controla a observância da ordem natural das coisas”. Assim, a “lei eterna é a razão de Deus no comando da regularidade”, sendo a apreensão intelectual humana dos princípios eternos do chamado Direito Natural. Com efeito, para SANTO AGOSTINHO, as leis criadas pelo Estado (vale dizer, as lei temporais), para serem consideradas justas, “devem estar de acordo com o princípio do Direito Natural, que, por sua vez, deriva do direito eterno”. Como se vê, AGOSTINHO acreditava que a “realidade da justiça de Deus devia ser encontrada na estrutura da natureza humana em sua relação com Deus”; diante de tal perspectiva, a justiça, portanto, não era uma resultante da opinião pessoal do homem, mas, sim, “alguma coisa inculcada por um certo poder inato”, padrão este que, uma vez adotado, “significava impor pesadas limitações morais ao poder político”.

No que concerne particularmente à concepção de justiça, MORRISON (2012, p. 73) relata que, para AGOSTINHO, a “relação fundamental na justiça não é aquela que se dá entre homem e homem, mas, sim, entre o homem e Deus”, de modo que a “justiça coletiva é impossível sem a justiça individual da relação com Deus”,

pois “se essa justiça não for encontrada em um homem, tão pouco poderemos encontrar em uma multidão”. Fica evidente, pois, que SANTO AGOSTINHO elevou a Igreja e a religião a um patamar de superioridade em relação ao próprio Estado, considerado pelo culto pensador de Hipona como um “produto da condição pecaminosa do homem”, razão pela qual deve haver um “órgão de controle”; não obstante, SANTO AGOSTINHO “não admite que o princípio da *força* seja superior ao princípio do *amor*”.

Para SANTO AGOSTINHO, a *justiça humana* é aquela que se realiza *inter omnes*, tendo como fonte a *lei humana*, responsável por comandar o comportamento do homem em relação aos outros homens e com o que o cerca. Por seu turno, a *justiça divina* é aquela que a tudo governa, e que se baseia na *lei divina* (caracterizada por ser absoluta, imutável, perfeita, infalível e infinitamente boa e justa), que é aquela exercida sem condições temporais para sua execução, não se sujeitando ao relativismo sociocultural que marca as diferenças legislativas entre os povos, civilizações e culturas diversas. Desta feita, se “a lei humana se encontra desenraizada de sua origem, seu destino só pode ser o erro e o mau governo das coisas humanas”; ao contrário, se “a lei humana se aproxima da fonte de inspiração que está a governar o coração humano (lei divina), então as instituições humanas passam a representar um avanço em direção do que é absolutamente verdadeiro, bom, imperecível e eterno”. Tal raciocínio dicotômico a respeito do tema *justiça*, segundo alguns autores, revela nitidamente a influência que o dualismo platônico (*lei eterna – lei temporal; lei divina – lei humana; corpo – alma; terreno – divino; mutável – imutável; perfeito – imperfeito; relativo – absoluto*, etc.) exerceu sobre a filosofia agostiniana (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 214-215).

Desta feita, para AGOSTINHO, a função do Estado seria controlar o povo, impedindo, portanto, que este caísse em tentações e pecados. Na obra *A Cidade de Deus*, AGOSTINHO vislumbra uma comunidade absolutamente regida de acordo com as leis divinas, vale dizer, livre do pecado. Nota-se, nitidamente, a primazia conferida ao poder espiritual sobre o poder humano, pensamento que, a toda evidência, ensejou conflitos entre Papas e Reis, mormente se considerarmos que, segundo a concepção acima, a Igreja, por ser obra de Deus, teria condições de alcançar a perfeição em matéria de governo.

2.3.2. O Jusnaturalismo em São Tomás de Aquino

No século XIII, cerca de oito séculos depois, o pensamento político de SANTO AGOSTINHO encontra consolidação em SÃO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274),

cujas obras repercutiram enormemente nos campos da Teologia e da Filosofia. De acordo com as lições de REALE (2002, p. 314), o Direito Natural, consoante a doutrina de AQUINO, “repete, no plano da experiência social, a mesma exigência de *ordem racional* que Deus estabelece no universo, o qual não é um caos, mas um *cosmos*”; ainda em tal perspectiva, a *lei positiva* (“estabelecida pela autoridade humana competente”) deve se subordinar à *lei natural* (“que independe do legislador terreno e se impõe a ele como um conjunto de imperativos éticos indeclináveis”), havendo, pois, “duas ordens de leis, uma dotada de validade em si e por si (a do Direito Natural) e outra de validade subordinada e contingente (a do Direito Positivo)”.

TOMÁS DE AQUINO, ademais de ser considerado o maior representante da *Escolástica*, é lembrado como um pensador que, acolhendo e adotando como ponto de partida a ética aristotélica, sistematizou e viabilizou a leitura dos escritos de ARISTÓTELES, razão pela qual frequentemente se afirma que “a influência recebida do aristotelismo dota as lições tomistas de clarividência particular, pois, ainda que os textos do aquinatense se imiscuam no tratamento de temas metafísicos, teológicos, políticos, sociais, tudo é racionalmente concebido, concatenado, logicamente explicado, metodicamente exposto”, sistematização facilmente perceptível na *Summa Theologica* (escrita entre 1266 e 1274), a mais conhecida de suas obras (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 247). AQUINO entendia que “o Ser Supremo, além de Criador, é também o Legislador de todo o Cosmos por ele criado, o qual governa segundo sua lei eterna”, sendo que o Estado e o poder político, na ótica de AQUINO, “decorrem da agência criadora de Deus”, que “criou os homens para viverem em sociedade, pois só a vida em sociedade é uma vida plena ou feliz, digna da condição do homem na escala das criaturas”, razão pela qual “é necessário haver um governo terrestre, que regule a multidão, levando-a a alcançar o bem coletivo” (MACIEL, 2013, p. 17-18). A síntese entre Estado, Igreja, Direito Positivo e Direito Natural em SÃO TOMÁS DE AQUINO é assim retratada por ADEODATO:

“Na síntese de TOMÁS DE AQUINO, o direito divino por essência, a lex aeterna, permanece intangível para o mundo. Mas o direito divino por participação, a lex naturalis, é a fonte inspiradora do que hoje se chamaria direito positivo, e a lex humana, por intermédio dos eflúvios que este capta daquele. Só que tal inspiração não é percebida à toa, mas precisa da revelação que só a Santa Madre Igreja pode facultar.” (ADEODATO, 2012, p. 157)

Conforme se observa a partir da lição de ADEODATO, TOMÁS DE AQUINO concebe algumas espécies de lei: **a)** a *lei eterna* (*lex aeterna*), **b)** a *lei natural* (*lex naturalis*) e **c)** a *lei humana* (lei puramente convencional e relativa, e que deve procurar refletir o conteúdo das leis eterna e natural). Assim, a ordem universal é dada pela *lei eterna*, que não está sujeita às atribuições a que as leis humanas estão. A *lei natural*, por sua vez, representa a participação racional na *lei eterna*. A *lei humana* é produto de convenção, só adquirindo força a partir de sua instituição, devendo representar a concretização da *lei natural*; significa dizer que a *lei humana* (a *lei positiva*) deve retratar aquilo que a *lei natural* prescreve. Por conseguinte, cumpre ao legislador positivizar o que é dado pela natureza. Com efeito, nesta linha de raciocínio, a positividade daquilo que se afigura contrário à lei natural implica em um direito injusto e ilegítimo. De qualquer modo, convém registrar, o “fato de uma lei positiva não estar de acordo com a lei natural não justifica a desobediência ao que foi criado pelo homem; a desobediência só se justifica, para TOMÁS DE AQUINO, quando houver um entrelaçamento entre a *lei humana* e a *lei eterna*” (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 255-257).

TOMÁS DE AQUINO, na *Suma Teológica*, define *justiça* como sendo a “vontade constante e duradoura de dar a cada um o que lhe é devido”, sendo o devido “aquilo que é ordenado para cada um, de acordo com as tendências individuais naturais, tendo por objetivo a perfeição de seus fins”, postulado do qual se extraem, no mínimo, duas conclusões: **a)** o “devido a cada um não é conferido pelo Direito Positivo, mas, sim, pelas tendências naturais da natureza humana”, e **b)** o Direito Positivo que violar o que é naturalmente devido ao homem poderá ser considerado injusto com base no Direito Natural. Observamos, neste particular quanto ao conceito de justiça, uma aproximação entre as filosofias aristotélica e tomista, posto que, consoante adverte MORRISON (2012, p. 79), parte do impulso para essa teoria do Direito Natural já havia sido desenvolvida por ARISTÓTELES (em *Ética a Nicômaco*), mormente quando o filósofo grego assinala a distinção entre *justiça natural* (*physikon dikaion*, caracterizada por ser *imutável*) e *justiça convencional* (*nomikon dikaion*, qualificada por ser *mutável*).

2.4. O Jusnaturalismo Racional (ou Moderno)

A doutrina, de um modo geral, reconhece a relação que há entre as correntes jusnaturalistas (principalmente a moderna) e a visão contemporânea sobre

direitos humanos e Estado Democrático de Direito, notadamente quando tais perspectivas passam a conceber o Direito não mais a partir de fundamentos espirituais ou divinos. BITTAR (2008, p. 2), por exemplo, recorda que “o *racionalismo moderno* universaliza a razão humana, secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja consagração se deu com as Declarações do século XVIII, em especial com a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)”. Tal fase, segundo NADER (2010, p. 174), será caracterizada por quatro marcas fundamentais (o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; a admissão da existência remota do estado de natureza; o contrato social como origem da sociedade; a existência de direitos naturais inatos), sendo certo afirmar que foi justamente a denominada *Escola Clássica do Direito Natural* que “promoveu a *laicização* do Direito Natural”, mormente pelo fato de ter indicado “a natureza humana como fonte e apontar a razão como via cognoscitiva”, tendo tal Escola, no entanto, incorrido em alguns equívocos, “notadamente ao pretender a criação de verdadeiros códigos de Direito Natural, onde se alcançavam pormenores da regulamentação da vida social, em vez de limitar-se à análise dos princípios norteadores desse Direito” (NADER, 2010, p. 174).

SOARES (2013, p. 144) ilustra que, “quando o homem do Renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo” e, por conseguinte, “não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão”, sendo o *Jusnaturalismo Teológico*, então, gradativamente substituído por uma concepção *Jusnaturalista Racional*, movimento que se utilizou da ideia de “uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça”. Conforme retrata metaforicamente CUNHA (2001, p. 94), observa-se que “não há um direito justo no céu dos conceitos platônicos, e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar”; desta feita, prossegue CUNHA, a questão inerente ao Direito Natural “não é descobrir esse celestial livro de mármore onde, gravadas a caracteres de puro ouro, as verdadeiras leis estariam escritas, e que, ao longo dos séculos, sábios legisladores terrenos não conseguiram senão vislumbrar”.

Assim, conforme comentam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 279 e 289), “Deus deixa de ser visto como o emanador das normas jurídicas, ou como última

justificação para a existência das mesmas”, fenômeno que indicou “um novo caminho a ser percorrido pela Ciência Jurídica, que deixa de estar ligada a concepções mítico-religiosas, para buscar seu fundamento último na razão”, reflexão que teve HUGO GRÓCIO (1538-1645), THOMAS HOBBS (1588-1679), BARUCH SPINOZA (1632-1677), SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), JOHN LOCKE (1632-1704), JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) e IMMANUEL KANT (1724-1804) como alguns de seus principais representantes.

2.4.1. O Jusnaturalismo em Hugo Grócio

Consoante o magistério de NADER (2017, p. 33-34), HUGO GRÓCIO, já no século XVII, contribuiu para o processo de “laicização do Direito”, notadamente porque “pretendeu desvincular de Deus a ideia do Direito Natural”, pensamento cuja síntese encontra-se expressa na frase: “O Direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos”.

Compreender a transição da *origem divina* dos direitos naturais para a sua concepção fundada na *razão humana* exige uma análise mínima do contexto histórico no qual se encontrava inserida a Europa a partir do século XVI, cujos movimentos políticos, econômicos e científicos repercutiram fortemente na cultura ocidental daquela quadra, inclusive na Filosofia e no Direito. Nesta conjuntura, HUGO GRÓCIO, advogado e pensador holandês dos séculos XVI e XVII (1583-1645), em sua obra *De Jure Belli ac Pacis (O Direito da Guerra e da Paz, 1625)*, publicada durante a *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648, conflito religioso entre católicos, luteranos e calvinistas), consagra uma nova dimensão jusnaturalista, fundada, agora, na *razão humana*, cujas premissas propõem, em linhas gerais, um Direito Natural não alicerçado em questões de fé. GRÓCIO “tinha interesses tanto profissionais como filosóficos na consolidação do Direito Internacional e do Direito de Guerra”, mormente se considerarmos o fato de que, à época, os “Países Baixos, como nação comercial, tinham de fazer frente à supremacia marítima da Espanha e de Portugal”, o que de certa forma explica o fato de GRÓCIO, enquanto “representante de uma potência mais fraca”, invocar “a justiça como forma de resolver suas disputas com as mais fortes” (EDMUNDSON, 2006, p. 25). Destarte, GRÓCIO, refletindo aquele momento histórico, e objetivando elaborar uma construção normativa baseada em princípios racionais, refutou a concepção segundo a qual o Direito Natural teria a religião como substrato.

Segundo alude EDMUNDSON (2006, p. 29), as elucubrações teóricas de GRÓCIO legaram à posteridade três grandes inovações: **a)** “tratar a justiça como uma questão de observância e exercício de direitos individuais”; **b)** “separar da teologia o estudo dos direitos”; **c)** “desvencilhar a filosofia política da busca pela forma ideal de governo graças ao reconhecimento da possibilidade de existência de formas diversas e igualmente legítimas, criadas por diferentes povos, no exercício de seus direitos em diferentes circunstâncias”.

Na mesma linha de raciocínio, DINIZ (2000, p. 39) leciona que o Direito Natural, na visão de GRÓCIO, “seria o ditame da razão, indicando a necessidade ou repugnância moral, inerente a um ato por causa da sua conveniência ou inconveniência à natureza racional e social do homem”, motivo pelo qual seria “moralmente necessário e conveniente a celebração de *pactos sociais*, em que o povo livremente escolha a forma de seu governo, sem se ater às qualidades objetivas do regime, mas à sua preferência subjetiva, de modo que a livre escolha é o critério do ordenamento jurídico”, sendo lícito afirmar, desta feita, que GRÓCIO efetivamente “libertou a ciência do direito de fundamentos teológicos, cedendo às tendências sociológicas de seu tempo, e intuiu que o senso social, tão peculiar à inteligência humana, é fonte do direito propriamente dito”, deflagrando, pois, o processo de laicização do Direito Natural.

2.4.2. O Jusnaturalismo em Thomas Hobbes

THOMAS HOBBS (1588-1679), pensador inglês, afirmava que a condição humana seria, por natureza, agressiva e egoísta, asseverando, ainda, que o homem, sem um poder forte o suficiente para lhe impor limites, atuaria como “*lobo do próprio homem*” (*homo hominis lupus*), visão fortemente impregnada de negatividade. Com efeito, fora do domínio do Estado, o ser humano viveria em autêntica *guerra de todos contra todos* (*bellum omnium contra omnes*), prevalecendo, nesta situação, a *insegurança*. Nota-se, desde logo, que a filosofia de HOBBS, neste particular, relaciona-se à origem, natureza e finalidade do Estado, cuja explicação, a toda evidência, remete-nos ao *contratualismo*.

Em *O Leviatã* (1651), HOBBS (1979, p. 78) afirma que “o direito de natureza, a que os autores geralmente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e, conseqüentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como

meios adequados a esse fim”, qual seja, a sobrevivência. Nesse contexto, os mais fortes tenderiam a subjugar os mais fracos, situação que certamente ocasionaria a extinção da espécie humana. Para evitar que isto ocorresse, a figura de um soberano seria imprescindível, a quem seriam conferidos *poderes ilimitados*. HOBBS, como se vê, concebia o denominado *contrato social* como a única alternativa apta a permitir que os indivíduos saíssem do aludido estado natural de guerra (de todos contra todos).

Por oportuno, cabe registrar que tal postura hobbesiana, como será abordado com mais detalhes em momentos seguintes, contrasta com a perspectiva de outros filósofos contratualistas, tais como JEAN-JACQUES ROUSSEAU e JOHN LOCKE. Para este último, diferente do que defende HOBBS, os homens, no aludido *estado de natureza*, não viveriam em conflito. LOCKE argumenta que a criação do Estado objetivou justamente proporcionar maior comodidade e segurança nas relações entre os indivíduos. ROUSSEAU, por sua vez, contrapõe-se às visões de LOCKE e HOBBS, afirmando que foi justamente a fragilidade de se viver no estado natural que fez com que os indivíduos, conscientemente, buscassem a forma de vida estatal, de modo a garantir a sobrevivência humana.

Na visão de HOBBS, através do *pacto social* haveria a transferência do direito de agir ao soberano, possibilitando, na ótica do pensador inglês, a preservação do homem. Assim, a função do soberano seria exatamente assegurar o cumprimento do pacto social, garantindo paz e segurança aos indivíduos. Para tal missão, HOBBS defende que o soberano (o Estado) não se encontra subordinado a quem quer que seja, pois só assim será capaz de conter os interesses particulares em prol do interesse geral, comparando-o ao *Leviatã*, monstro citado na Bíblia (JÓ, 41). Conforme assevera DIAS (2010, p. 68), “a submissão absoluta é o preço que devem pagar os súditos ao soberano por lhes haver salvado de seu destrutivo estado em que se encontravam”. O pensamento político de THOMAS HOBBS, como se observa nitidamente, buscou fundamentar o poder absoluto do rei. Vale dizer, o resultado institucional do referido pacto social seria o Estado Absolutista. Interessante notar, seguindo a mesma trilha de NADER (2017, p. 151-152), que a obrigatoriedade da lei, segundo a concepção de THOMAS HOBBS, reside justamente na força inerente ao Estado (*Teoria da Autoridade*).

DINIZ (2000, p. 40), resumindo o *contratualismo* de THOMAS HOBBS (e sua pertinente relação com o Jusnaturalismo), aduz que, no denominado *estado natural*, “o homem tinha o direito de tudo fazer e ter, não havendo distinção

entre o bem e o mal, o justo e o injusto”, liberdade e pretensão de igualdade que “provocaram um estado de guerra, oriundo da cobiça, do instinto de segurança e do desejo de glória inerentes à natureza humana”, o que teria conduzido o ser humano à celebração de um *contrato social*, “entregando a um governo absoluto o poder de estabelecer a ordem jurídica, garantindo todos os acordos ou pactos necessários à vida pacífico-social e interindividual”, sendo as leis naturais, na visão hobbesiana, “as normas morais que incutem no ser humano o desejo de assegurar sua autoconservação e defesa por uma ordem político-social garantida por um poder coercitivo absoluto”.

2.4.3. O Jusnaturalismo em Baruch de Spinoza

A literatura diverge a respeito da inclusão do nome do holandês BARUCH DE SPINOZA (1632-1677) entre os jusnaturalistas. GUIMARAENS e ROCHA (2014, p. 194), por exemplo, asseveram que, segundo a perspectiva de SPINOZA, “o Direito Natural não é mais uma faculdade abstrata subjetiva ou uma ordem objetiva transcendente, mas uma *potência atual e imanente* resultante da composição de *potências singulares* que formam uma nova singularidade, a *multidão*”, a qual, por seu turno, “exprime uma potência da qual participam as singularidades constituintes e é condição necessária para perseverança das mesmas”; desta feita, de acordo com a postura teórica de SPINOZA, a “organização política envolve uma ação coletiva das potências singulares que se compõem a fim de instituir as condições necessárias à afirmação e à existência dos próprios direitos dos indivíduos constituintes da potência coletiva”, razão pela qual, asseveram os referidos autores, “os homens só possuem direitos na medida em que fundam direitos comuns, efeitos imediatos da potência da multidão”.

Da mesma forma, GUIMARAENS e ROCHA (2014, p. 195-196), a partir da transcrição supra, aludem que o Estado, na ótica de SPINOZA, é “resultado da instituição da potência coletiva da multidão, marcada por um processo de cooperação (auxílio mútuo) sem o qual não há qualquer direito comum a ser exercido”, sendo que, sem uma “potência comum às suas singularidades constituintes, os direitos dos indivíduos se esvaem por não encontrarem condições políticas e sociais necessárias para sua afirmação”, tendo em vista que a “potência dos indivíduos é ínfima frente à potência da natureza inteira, o que os força a entrar em relação de conveniência e de auxílio recíproco para

ampliar aquilo que cada um pode realizar e, assim, se inscrever adequadamente na potência da natureza inteira”.

Parte da doutrina, contrastando as concepções de HOBBS e de SPINOZA, aponta uma distinção fundamental entre os dois grandes pensadores. BOBBIO (2004, p. 131), por exemplo, registra que “a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento no *dever da obediência*, ou no *direito à resistência* (ou à *revolução*)”. Assim, enquanto os escritos de HOBBS realçam a importância do *dever de obediência* para efeito de manutenção do poder soberano, relevando, portanto, a ótica do governante (*Teoria Política de Justificação da Obediência Política e da Unidade do Estado*), SPINOZA, de sua parte, considera o *direito de resistência* inerente ao indivíduo, destacando, pois, a visão do governado (*Teoria da Defesa da Liberdade*).

2.4.4. O Jusnaturalismo em John Locke

O inglês JOHN LOCKE (1632-1704), juntamente com THOMAS HOBBS e JEAN-JACQUES ROUSSEAU, foi um dos principais representantes do *Contratualismo* e do *Jusnaturalismo* de sua época. O pensamento de LOCKE, da mesma forma, deve ser analisado e compreendido dentro do contexto histórico de sua época, quando a Inglaterra encontrava-se em grande instabilidade devido à *Revolução Gloriosa* (1688-1689), movimento através do qual se operou o colapso da monarquia absolutista naquele país e sua conseqüente substituição pela monarquia parlamentar constitucional, além de ter possibilitado a ascensão da burguesia ao poder, aspecto fundamental para a ocorrência da futura *Revolução Industrial* (séculos XVIII e XIX).

No mesmo cotejo histórico, WEFFORT (1989, p. 88) assevera que JOHN LOCKE, além de ter fundado os alicerces do individualismo liberal, apresentou uma justificação moral, política e ideológica para a *Revolução Gloriosa* e para a monarquia parlamentar de GUILHERME DE ORANGE, tendo, ainda, participado ativamente da luta pela ascensão da burguesia ao poder político na Inglaterra. Para tanto, opôs-se à concepção absolutista do poder monárquico e seu respectivo fundamento divino. Segundo LOCKE, embora seja “aceitável que os indivíduos consentam com o governo monárquico”, é irracional que alguém se submeta ao “poder absoluto arbitrário”, posto que tal situação “significa expor sua ‘propriedade’ (na elástica definição lockeana do termo) a uma insegurança

maior que a existente no estado de natureza” (EDMUNDSON, 2006, p. 42), aspecto que permite extrair uma das principais diferenças entre o pensamento de HOBBS (que buscava fundamentar o poder soberano) e de LOCKE (que procurava limitá-lo).

As obras mais conhecidas do pensador inglês são *Dois Tratados sobre o Governo Civil e Ensaio sobre o Entendimento Humano*. No *Primeiro Tratado*, LOCKE opõe-se rigorosamente às ideias defendidas por ROBERT FILMER (1588-1653) no livro *Patriarca*, obra na qual FILMER, em síntese, aponta e admite a existência de uma natural dominação entre os homens. Assim, uma das pretensões de LOCKE era justamente refutar o argumento (a favor da monarquia absolutista) sustentado por FILMER, “segundo o qual a legitimidade do monarca inglês derivava de um direito investido por Deus em ADÃO e transmitido por hereditariedade ao então detentor da Coroa” (EDMUNDSON, 2006, p. 39). De sua parte, LOCKE rejeitava a *Teoria do Direito Divino dos Reis* (poder absoluto dos reis), procurando, ainda, criar uma doutrina que conjugasse a liberdade dos indivíduos e a manutenção da ordem política. JOHN LOCKE entendia que a soberania não estaria enfeixada nas mãos do Estado, mas, sim, nas do povo.

As principais concepções apresentadas nos *Dois Tratados sobre o Governo Civil* são: os homens nascem livres e iguais; o poder do governante funda-se nos poderes pertencentes aos indivíduos, os quais são transferidos àquele; o estado de natureza não é necessariamente um estado belicoso (de todos contra todos); o exercício tirânico do poder transferido ao governante anula a legitimidade da autoridade, razão pela qual LOCKE reconhece, no seu *Segundo Tratado*, a possibilidade de derrubada do governante pelos indivíduos, notadamente a partir do argumento de que tal medida, a bem da verdade, representa a tutela dos direitos naturais, os quais não se subordinam à ordem política, ou seja, não foram conferidos pelo Estado. Ao sinalizar que o fundamento legal da autoridade governamental reside justamente na legitimidade, o notável pensador inglês acaba por fornecer uma justificativa para as ações revolucionárias.

Segundo LOCKE, os homens, no estado da natureza, viviam em conformidade com a lei natural, sendo detentores, entre outros, do direito de propriedade. Portanto, na visão de LOCKE, a propriedade, sendo um direito natural do indivíduo, é anterior à própria sociedade civil, motivo pelo qual não pode ser violada nem mesmo pelo poder político. No que se refere à compreensão acerca dos direitos naturais, LOCKE, novamente, afasta-se de HOBBS. Para este, somente

através do soberano é que o direito existe como realidade. LOCKE, por sua vez, concebe a lei natural como lei, revestindo-se de todos os atributos daquela editada pelo Estado (a lei positiva). Por essa razão, LOCKE afirma que os direitos de propriedade e de liberdade, por se tratarem de direitos naturais, independem de qualquer ato de positivação a ser editado pelo ente estatal. Assim, recorda BITTAR (2008, p. 7-8) que a ideia de liberdade de mercado constrói os fundamentos para o liberalismo moderno, que remontam a JOHN LOCKE, especialmente trazidos pela obra de ADAM SMITH (1723-1790), sendo certo que “a posse de direitos, a estabilização das fronteiras, as garantias de Estado, a proteção do direito de propriedade, bem como outros fatores de acumulação bem-estruturados, permitiram o fortalecimento e o crescimento de uma burguesia ascendente, cada vez mais interessada na solidificação da ideia de Estado”.

Na mesma linha de raciocínio, assevera DINIZ (2000, p. 39) que LOCKE reconhece o individualismo do direito natural moderno, posto que, para ele, “a única sociedade política condizente com a natureza humana é o estado liberal-democrático, cujo fim é garantir os direitos naturais ou liberdades individuais, mormente o direito intangível e irrestrito à posse e ao uso dos bens adquiridos pelo trabalho”. No que concerne ao Jusnaturalismo Racional, e refletindo sobre a concepção lockeana, DINIZ assinala que JOHN LOCKE “chega a afirmar que a lei natural é mais inteligível e clara do que o direito jurídico positivo, que é complicado e ambíguo e *justo apenas se fundado na lei natural*”, segundo a qual “cada homem tem, sem recorrer ao poder judiciário e executivo, o direito de punir qualquer ofensa a um direito natural a bem da humanidade e o direito de ressarcir-se dos prejuízos que lhe foram causados pessoalmente”. Por fim, para LOCKE, “só o pacto social pode sanar as deficiências do estado da natureza, instaurando o governo do estado civil ou político, com três poderes: o legislativo, o executivo e o federativo”.

2.4.5. O Jusnaturalismo em Samuel Von Pufendorf

SAMUEL VON PUFENDORF (1632-1694), jusfilósofo alemão, discípulo de GRÓCIO, figura como o “primeiro grande pensador a assumir o desafio de dar uma forma intelectual coerente à ordem internacional que nascia”, dado perfeitamente explicável a partir das circunstâncias históricas nas quais se encontrava a Europa, que esteve mergulhada, entre 1618 e 1648, na sangrenta *Guerra dos Trinta Anos*,

conflito (inicialmente) religioso (entre protestantes e católicos), que atingiu principalmente as regiões norte e leste da Alemanha, e que se transformou em uma autêntica luta por poder na Europa, passando, então, a envolver diversas potências da época. O *Tratado de Vestfália*, que pôs fim ao conflito, instituiu no continente europeu “um sistema de Estados Nacionais soberanos, no interior dos quais reinava a paz (relativa)” (EDMUNDSON, 2006, p. 35).

Exatamente como aconteceu com os seus contemporâneos, SAMUEL VON PUFENDORF “também extrai da filosofia política um arsenal de princípios aplicáveis ao Direito Natural ao empreender uma investigação criteriosa sobre o impacto das noções de indivíduo e legalidade na solução definitiva do problema da justiça e das relações mútuas dos homens” (SAHD, 2009, p. 144). Assim, na ótica PUFENDORF (2007, p. 89), “as leis naturais são aquelas que estão de acordo com a natureza *sociável* do homem, que uma sociedade honesta e *pacífica* não poderia se manter entre a humanidade sem elas, donde que isto pode ser buscado, e seu conhecimento adquirido pela luz daquela razão, que nasce com todos os homens, e por uma consideração da natureza humana em geral”. Conforme assevera NADER (2010, p. 178), PUFENDORF (autor da obra *De Iure Naturae et Gentium*, 1672) “distinguiu direitos inatos de direitos adquiridos”, sendo que os “primeiros antecediam o ingresso dos homens na sociedade, enquanto os segundos se manifestaram durante a vida social”.

2.4.6. O Jusnaturalismo em Jean-Jacques Rousseau

O genebrino JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), outro pensador contratualista, na sua mais famosa obra (*Do Contrato Social*, 1762), afirma que os indivíduos, objetivando a criação de uma sociedade, celebram um autêntico *contrato social*. Segundo o pensador, o aludido contrato seria uma livre associação de seres humanos inteligentes, que deliberam e decidem formar uma sociedade, à qual devem obedecer por força da chamada *vontade geral*. Diferentemente de THOMAS HOBBS, ROUSSEAU acreditava que o homem (no estado natureza) seria naturalmente bom, sendo que a vida em sociedade (estado civil) é que tenderia a transformá-lo numa pessoa má. ROUSSEAU, portanto, atribui tal disposição para o mal à vida humana em sociedade. Dizia ROUSSEAU, então, que a vida na sociedade civil é que corromperia o homem, cuja essência, no estado natural, seria boa e pura, isto é, desprovida de qualquer depravação e/

ou corrupção. Neste aspecto, nota-se que a concepção política de ROUSSEAU difere da de THOMAS HOBBS, uma vez que o denominado “*estado de guerra*”, categoria idealizada por HOBBS, estaria presente, na visão rousseauniana, não na natureza, mas na sociedade civil.

ROUSSEAU desenha o estado de natureza com tons de absoluta felicidade humana, modelo no qual não haveria desigualdade. Tendo em vista o convívio social, o homem adquiriria novas demandas (necessidades) e, por conseguinte, a vontade de satisfazê-las, dando margem ao surgimento do fenômeno da *desigualdade*, problema que, segundo ROUSSEAU, inviabilizaria o alcance do valor *liberdade*, uma vez que esta não existiria sem *igualdade*; tendo em vista que aquele que se encontrasse em uma condição superior em relação ao outro ostentaria mais poder e, por consequência, limitaria o indivíduo que estivesse na posição de inferioridade, a instituição pública (decorrente da celebração do pacto social) seria a única maneira de se garantir a liberdade humana. ROUSSEAU, no *Do Contrato Social*, afirmava que seria o povo (e não mais o monarca absoluto) a origem legítima do poder soberano. Em síntese, o ilustre pensador empreende uma análise acerca da origem, formação e manutenção da sociedade humana, tida por ele como fruto de um acordo (ou contrato) entre os indivíduos. Outrossim, na mencionada obra, aduz que o fundamento do Estado dependeria de um elemento fundamental, a chamada *vontade geral*, que não se confundiria com a *vontade de todos* (a soma dos interesses particulares). Aquela, a *vontade geral*, atenderia ao interesse comum, enquanto esta (a *vontade de todos*) teria como foco os interesses privados, os quais, por serem conflitantes, deveriam ser eliminados, construindo-se, assim, o caminho para o interesse comum.

Com efeito, o Estado, na ótica de ROUSSEAU, seria o objeto de um *contrato*, sendo criado para proteger e preservar os direitos naturais dos indivíduos, devendo eliminar as vontades particulares e expressar a *vontade geral*, esta destinada a assegurar *liberdade, igualdade e justiça*. A respeito de tal pacto social, afirma ROUSSEAU (1997, p. 85) que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou”. Não é de se estranhar que os princípios de liberdade e igualdade defendidos por ROUSSEAU tenham inspirado a Revolução Francesa (1789) e, anteriormente a esta, o mais importante movimento liberal democrático do mundo: a Revolução Americana (1775-1783), que foi a responsável, em última

análise, pela irradiação dos mencionados princípios para todo o continente europeu. Nitidamente, encontramos no pensamento político de ROUSSEAU a noção daquilo que hoje conhecemos como Estado Democrático de Direito, no qual a vontade geral é expressa por meio da lei.

Para JEAN-JACQUES ROUSSEAU, consoante leciona DINIZ (2000, p. 41), “o homem é insocial por natureza, a tal ponto que, sendo bom no estado natural, é a sociedade que o corrompe”; tal percepção rousseauiana “pretende fundar o direito natural na hipótese de um estado natural da humanidade, concebido como estado primitivo e pré-reflexivo, anterior a qualquer sociedade ou cultura”, no qual o homem “possui um instinto de conservação própria e o da comisseração ou repugnância natural a ver sofrer qualquer criatura”, instintos dos quais decorreriam as normas do direito natural: “a) nunca se deve fazer mal a outrem, salvo no caso de ser legítima a preferência da própria conservação; b) a autoconservação abrange, além do ser e bem-estar biológicos, a manutenção da qualidade específica do homem, consistindo no dom moral e natural da liberdade e igualdade entre os homens”.

2.4.7. O Jusnaturalismo em Immanuel Kant

De acordo com o Jusnaturalismo de IMMANUEL KANT (1724-1804), no dizer de DINIZ (2000, p. 42), o homem, por ser racional e livre, “é capaz de impor a si mesmo normas de conduta (normas éticas) válidas para todos os seres racionais, que, por sua racionalidade, são fins em si e não meios a serviço de outros”; desta feita, “a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio”, norma que, aplicada à “conveniência jurídico-social”, transmuda-se em norma de Direito Natural. Desse modo, segundo KANT, “nossos direitos e deveres são estabelecidos por leis que criamos para nós mesmos enquanto seres racionais, e não por leis físicas e psicológicas aplicáveis a nós enquanto criaturas determinadas por forças físicas, apetites, disposições de ânimo e percepções sensoriais”; significa dizer que é exatamente o “nosso conhecimento da lei moral que, de fato, já demonstra que a liberdade é real para nós”. Para KANT, tais leis “são conhecidas não por seu conteúdo, mas por sua força, que é a de um imperativo categórico: ‘age de tal maneira que a máxima de tua vontade possa ser, ao mesmo tempo, uma lei universal’” (EDMUNDSON, 2006, p. 46-47).

Recorda NADER (2017, p. 84) que a “visão moderna da estrutura lógica das normas jurídicas tem o seu antecedente na distinção kantiana sobre os *imperativos*”, a saber: **a) imperativo categórico** (“pertinente aos preceitos morais, e que obriga de maneira incondicional, pois a conduta é sempre necessária; exemplo: *deves honrar a teus pais*”; **b) imperativo hipotético** (“concernente às normas jurídicas, técnicas, políticas, e que se impõe-se de acordo com as condições especificadas na própria norma, *como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende*. Exemplo: se um pai deseja emancipar o filho, deve assinar uma escritura pública”.

UGARTE (2012, p. 284-285) assevera que “o pensamento jurídico de KANT parte do *facto* de que existem princípios jurídicos suprapositivos que, por cima de toda a ordem jurídica vigente, constituem uma regra universalmente válida e absolutamente obrigatória”, sendo o estudo de tais princípios correspondentes ao Direito Natural, concebido como um “direito fundado única e exclusivamente na razão”, o que significa dizer que “os princípios puros do direito não se baseiam em nenhum tipo de preconceito jurídico nem em nenhum livro jurídico estatutário de uma determinada época ou cultura”.

3. CONCLUSÃO

Em todas as concepções anteriormente elencadas (Jusnaturalismo Cosmológico, Jusnaturalismo Teológico e Jusnaturalismo Racional), nota-se que o Direito Natural, “antes de aceitar que o Direito é fruto do arbítrio do legislador”, remete a “origem de todo direito a esquemas prévios” à própria vontade do Estado, cabendo a este, sob tal prisma, um “papel secundário”, na exata medida em que “a função do legislador é servir de instrumento para a manifestação ou das leis do mundo natural, ou da natureza individual humana, ou da natureza sociopolítica humana”, agindo, pois, “muito mais como observador do que criador” (BITTAR, 2001, p. 186).

Assim, resumidamente, é possível traçar o seguinte esquema histórico a respeito dos fundamentos do Direito Natural: para os gregos, o Direito Natural alicerçava-se na própria natureza ordenada (Jusnaturalismo Cosmológico); os pensadores medievais, por sua vez, fundavam-no na razão divina (Jusnaturalismo Teológico); filósofos do Iluminismo concebiam-no a partir da própria razão humana (Jusnaturalismo Racional).

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito Natural: Sentido Natural versus Sentido Cultural*, Brasília, ano 38, nº 152, out./dez. 2001.
- _____. *O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos: Reflexão Sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos*, Panóptica, edição 13, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, comp. de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.
- _____. *A Era dos Direitos*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2001.
- DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*, São Paulo, Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- EDMUNDSON, William A. *Uma Introdução aos Direitos*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- GUIMARAENS, Francisco de; ROCHA, Maurício. *Spinoza e o Direito de Resistência*, Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos, nº 69, Florianópolis, dez. 2014.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva, 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1979, *Coleção Os Pensadores*, Cap. XIV.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- MACIEL, Marcelo da Costa. *A Contribuição do Pensamento Antigo e Medieval para o Desenvolvimento da Ciência Política. Curso de Ciência Política: Grandes Autores do Pensamento Político Moderno e Contemporâneo*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
- MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito – de Platão a Frederick Schauer*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.
- _____. *Textos Básicos de Ética – de Platão a Foucault*, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.

- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 29ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-Modernismo*, trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- _____. *Filosofia do Direito*, 19ª ed., São Paulo, Forense, 2010.
- PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*, trad. de Eduardo Francisco Alves, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 19ª ed., 2002.
- ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, 1997.
- SAHD, Luiz Felipe. *O Contrato Social em Samuel Pufendorf*, Revista de Filosofia, Aurora, Curitiba, v. 21, nº 28, jan./jun. 2009.
- SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SPINOZA. *Tratado Teológico-Político*; trad. de Diogo Pires Aurélio, Lisboa, Imprensa Nacional/ Casa da Moeda, 1988.
- SOARES, Josemar. *Filosofia do Direito*, Curitiba, IESDE Brasil, 2010.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- UGARTE, Óscar Cubo. *Direito Natural e Direito Positivo em KANT e FICHTE*, Revista Filosófica de Coimbra, nº 41, 2012.
- WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*, São Paulo, Ática, 1989.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*, Revista Crítica Jurídica, nº 19, 2001.

É POSSÍVEL PATROCÍNIO DE OBRAS PÚBLICAS

*Thaís Marçal - Mestre em Direito da Cidade pela UERJ.
Coordenadora Acadêmica da ESA OABRJ. Advogada.*

Thiago C. Araújo - Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e mestre em Direito pela UERJ. Professor da EPGE. Advogado.

A Lei Federal 13.800, publicada em 04.01.2019, instituiu nova forma de doação para Administração Pública. Embora a possibilidade já existisse no ordenamento, o novo diploma legal consolida o emprego de instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com, e aí reside a principal inovação da lei, organizações gestoras de fundos patrimoniais. Trata-se da incorporação – e normatização –, entre nós, do *endowment*, de amplo emprego no direito anglo-saxão.

Tal medida se mostra salutar para consecução dos objetivos públicos, principalmente em um cenário de crise orçamentária prolongada. A possibilidade de a Administração se valer de doações privadas vai ao encontro, inclusive, do conceito de administração pública dialógica, sob o prisma da cooperação entre os atores público e privados para fins de desenvolvimento nacional, com a construção concertada de objetivos comuns.

Diante da apreensão de não utilização dos recursos doados para concretização das finalidades pretendidas, o que inibiria a transferência voluntária de recursos por particulares, a possibilidade de instituição de um fundo, nos moldes da lei 13800/2019, seria uma forma de permitir a arrecadação de verbas com destinação específica, que estaria, inclusive, protegida quanto à possibilidade de usos

alternativos pela Administração Pública, haja vista que seria verba “carimbada”¹, ou seja, com vinculação específica, não podendo, por consequência, ser utilizada para fins de remanejamento orçamentário.

Verifica-se que a lei introduz algumas salvaguardas relativas à segurança, impondo a organização de cláusulas obrigatórias no ato constitutivo da organização gestora do fundo patrimonial (art. 5º), previsão de conselho de administração, fiscal e comitê de investimento (art. 8º e seguintes)². Com isso, a um tempo, cria-se um ambiente de maior segurança, estimulando o aumento de doações. Por outro lado, não se ignora que os custos de transação fatalmente serão elevados, o que implica um maior grau de dificuldades para que os recursos doados sejam empregados.

Nessa ordem de ideias, importante lembrar que a Lei 13.800 não esgota a possibilidade de doação de bens e recursos pecuniários para a Administração Pública.

No tocante a bens imóveis, diversos são os exemplos que podem ser encontrados na prática estadual e municipal, além de exemplos de universidades públicas³.

Bancos internacionais (p. ex., BID, BIRD e Banco Mundial) permitem doação de verba para países⁴. No Brasil, esta modalidade de recebimento de apoio financeiro não é rara na área ambiental, diante da preocupação de tais instituições com a sustentabilidade, questão de nível global.

¹ Como regra geral. De fato, a lei prevê 3 tipos de doação: (i) Permanente e não restrita: o recurso é incorporado ao patrimônio do fundo e os rendimentos podem ser usados em programas projetos e demais finalidades públicas; (ii) Permanente restrita de propósito específico: o recurso é incorporado ao patrimônio do fundo e os rendimentos podem ser utilizados em projetos relacionados ao propósito definido no instrumento de doação; (iii) De propósito específico: o recurso é atribuído a projeto previamente definido no instrumento de doação. Ou seja, no caso de doação permanente e não restrita a única vinculação é a concretização do interesse público termo que em nenhum momento a lei conceitua. Então, a princípio, nessa categoria, não haveria uma vinculação específica expressa, podendo ocorrer algum tipo de remanejamento

² Alguns pontos da lei trazem, ao menos numa interpretação superficial, certa perplexidade. Veja-se, por exemplo, o art. 12, com o seguinte teor: “Os membros do Conselho Fiscal, do Conselho de Administração e do Comitê de Investimentos poderão ser remunerados pela organização gestora de fundo patrimonial, observado o rendimento do fundo nos termos do estatuto.” Com isso, parece haver um incentivo a que os membros do Conselho Fiscal restem mais inclinados a desconsiderar riscos, desde que haja a perspectiva de retorno financeiro ao fundo, majorando sua remuneração.

³ À guisa exemplificativa, confira-se a Resolução 7157/2015, que cria o Programa Parceiros da USP. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7157-de-10-de-dezembro-de-2015>

⁴ Exemplificativamente, veja-se: (i) BIRD: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3088199/bird-assina-acordo-de-doacao-para-o-cnj>; (ii) Banco Mundial: <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2012/02/23/gef-grant-help-brazil-protect-additional-135-million-hectares-amazon>; (iii) BID: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/noticias/bid-doa-us-2-4-milhoes-para-programa-de>

Questão interessante a este respeito refere-se à possibilidade de doação privada de dinheiro para financiamento de obras públicas que, por imperativo constitucional, deverão ser licitadas. Não se desconhece a necessidade de se ter prévia dotação orçamentária para realização de certames para consecução de obras públicas. Contudo, é cediço também que a frustração da expectativa orçamentária, principalmente, em momentos de escassez de recursos públicos, também é um grande desafio para os gestores darem continuidade a projetos de infraestrutura, tão necessários ao desenvolvimento nacional

Assim, uma solução para arrecadação de recursos necessários a viabilizar grandes projetos de infraestrutura, que demandam vultosos recursos financeiros, seria a possibilidade de realizar uma chamada pública para habilitar pessoas físicas e jurídicas interessadas em realizar a doação financeira para projeto público específico.

Insta destacar que, no edital de chamamento público, deverá ser especificada qual será a contrapartida conferida ao particular, que, no caso de obras públicas pode consistir em anotação na placa do empreendimento do patrocínio, por exemplo.

Importante salientar que para diversas sociedades empresariais a possibilidade de realizar esta doação, ainda que sem a existência de incentivos fiscais de abatimento de impostos, o ganho de imagem representa um impacto positivo de maior relevância, inclusive, sendo algo de indispensável avaliação na função social da empresa, que, deve ser avaliada, inclusive, em momentos em que estas passam por situações excepcionais como recuperações judiciais e celebrações de acordo de leniência.

Em relação às pessoas físicas, observa-se que diversas são as pessoas engajadas e com possibilidade de disposição de quantia financeira para realizar doações para administração pública com puro ânimo de cooperação para projetos em específico.

Não se desconhece que, diante de diversos casos de desvio de verba, bem como eleição de prioridades de gastos que não atendem aos anseios da população, haveria uma desconfiança social na doação de dinheiro para a administração pública. Por isso, é necessário que haja uma afetação do dinheiro gasto para a finalidade a qual o referido foi destinado, sem possibilidade de remanejamento orçamentário, através de vinculação de fonte orçamentária destinada a um programa de trabalho específico, a exemplo do que se em convênios e financiamentos, com a previsão de conta específica.

Em resumo, conclui-se que a lei 13800/2019 consolidou uma forma de doação de dinheiro para a Administração Pública, mas que esta não se revela a única admissível no ordenamento jurídico brasileiro. Outros caminhos podem ser percorridos a fim de possibilitar a atuação cooperadas entre os agentes públicos e privados em prol do desenvolvimento nacional.

ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

Vitória Neffá Lapa e Silva¹

Resumo: Este artigo tem por objetivo investigar as potencialidades de vinculação dos administradores de sociedades anônimas pelas cláusulas compromissórias contidas em seus estatutos sociais, seja ele acionista ou não. Para tanto, o trabalho seguirá duas linhas paralelas de estudo: a administração das companhias e a arbitragem societária, para, posteriormente, relacioná-las no que tange a admissibilidade dos representantes da Companhia estarem ou não vinculados pela cláusula compromissória presente em estatuto social.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Responsabilidade do Administrador. Cláusula Compromissória. Arbitragem Societária. Vinculação do Administrador.

Corporate Arbitration: The binding of the executive director to an arbitration clause

Abstract: This work aims to study the potentialities of binding the executive director of a corporation that has an arbitration clause in its bylaws, whether a shareholder or not. For this purpose, the job runs on two parallel lines: the corporate management and the business arbitration, in order to later relate them to the admissibility of the Company's representatives be whether or not covered by the arbitration clause in its bylaws.

Keywords: Stock Corporation. Administrator's Responsibility. Arbitration Clause. Corporate Arbitration. Administrator binding.

¹ Pós-Graduanda em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro; Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA/CBMA). E-mail: vitoria@lapaadogados.com.br.

INTRODUÇÃO

O marco legal da arbitragem no direito brasileiro teve seu advento em 1996, com a promulgação da Lei nº 9.307/1996 (a Lei de Arbitragem), mas foi após 2001, com o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira, nº 5.206-7, no Supremo Tribunal Federal, que garantiu a consolidação do seu incremento na prática jurídica. É cediço na doutrina e na praxis corporativa que as buscas por soluções jurídicas que privilegiem a autonomia da vontade, a celeridade, os procedimentos flexíveis e os árbitros especializados na matéria do litígio fazem com que a adoção do instituto arbitral tenha se tornado apropriada aos anseios corporativos (CARMONA, 2009, p. 64-65).

A aplicação da arbitragem no âmbito societário se intensificou ainda mais a partir da alteração na Lei nº 6.404/1976 ("Lei das S.A.") pela Lei 10.303/2001, que incluiu o § 3º ao artigo 109 para permitir que as companhias possam inserir a cláusula compromissória no estatuto social para resolver os litígios por meio da arbitragem.

Tendo em vista as vantagens do procedimento arbitral ante a litigância judicial no contexto da prática empresarial, a cláusula compromissória passou a integrar a maioria dos estatutos sociais das companhias. Por conseguinte, surgiu na doutrina a dúvida acerca da vinculação da cláusula arbitral, isto é, quem estaria vinculado à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) e quais matérias de conflitos poderiam ser abarcados pela arbitragem (arbitrabilidade objetiva). Por delimitação do tema, este trabalho procurará identificar apenas as questões relativas à arbitrabilidade subjetiva sem a pretensão de esgotá-las.

Após larga discussão sobre quem estaria vinculado à cláusula compromissória estatutária, sobreveio alteração legislativa com o advento da Lei nº 13.129/2015 que alterou a Lei nº 9.307/1996, com o intuito de ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem por meio da introdução do art. 136-A na Lei das S.A., restando aparentemente superadas as controvérsias sobre a vinculação dos acionistas à cláusula compromissória presente em estatuto social, ao prever a possibilidade do direito de retirada do acionista dissidente.

Ainda que a referida lei tenha proporcionado evolução significativa na arbitragem societária, revelando quiçá uma provável superação da controvérsia antes posta, a vinculação ou não dos administradores da companhia à cláusula compromissória permanece, na prática, controversa por ser a legislação silente

a respeito da vinculação do administrador não sócio – configuração comum no mercado. Nesses casos, em especial, como seria possível aferir a vontade do administrador em resolver o litígio pela via arbitral? A discussão é sensível e necessária, pois os conflitos entre acionistas e a companhia frequentemente envolvem também a administração da companhia e o impasse em vinculá-los ao procedimento poderia gerar insegurança jurídica à validade das sentenças arbitrais.

Delineada a divergência, procurar-se-á investigar as potencialidades de vinculação do administrador à cláusula compromissória em estatuto social, sendo ele acionista ou não da companhia.

A ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA ORGANICISTA

A administração da companhia é regulada de acordo com as regras constantes no Capítulo XII da Lei das S.A, de onde extrai-se o conceito da organização social da companhia, das funções dos seus órgãos, dos seus deveres e do regime de responsabilização dos seus administradores.

Desde o Decreto Lei nº 2.627/1940 – que regulamentou sobre as sociedades por ações até ser revogado parcialmente pela Lei das S.A. –, o direito societário brasileiro adota a chamada Teoria Organicista para explicar o vínculo existente entre os administradores e a companhia, segundo a qual os administradores são representantes orgânicos da companhia, ou seja, não lhes é outorgado um mandato pois seus poderes decorrem diretamente da lei e do estatuto social (EIZIRIK, 2015, v. III, p. 18-19). Com isso, o administrador alcança a titularidade do órgão a partir de sua nomeação e aceitação do cargo, tendo em vista a inexistência de um contrato.

Nelson Eizirik afirma ser pacífico na doutrina o entendimento de que “as funções dos administradores não se originam de contrato, mas do próprio aparelhamento da pessoa jurídica. Os administradores são elementos integrantes da sociedade, necessários para que ela possa manifestar diante de terceiros a sua vontade”(EIZIRIK, 2015, v. III, p. 18-19). Assim, quando o administrador atua, está praticando um ato da pessoa jurídica, não havendo representação, e sim, apresentação da mesma, fazendo-se presente a companhia mediante a atuação de seu órgão (MIRANDA, 1984, p. 385).

Os órgãos de administração das sociedades anônimas são estruturados de acordo com um de dois sistemas mais identificados nos ordenamentos jurídicos do direito comparado: o monista e o dualista.

No sistema monista, tem-se apenas um órgão de administração, que concentra todas as funções administrativas. No sistema dualista, por sua vez, há a proposta de se adotar dois órgãos para administrar, um para supervisionar e o outro para executar, possuindo a tarefa da gestão diária dos negócios e a representação da companhia. Segundo Marcelo Adamek,

Essa forma de estruturação da administração foi concebida para eliminar as deficiências verificadas no sistema monista: buscou, sobretudo, compensar, de um lado, a inércia do Conselho de Administração – que, no sistema monista, muito raramente exerce papel ativo na condução da empresa – e, de outro, procurou aumentar o controle dos acionistas sobre a administração cotidiana, exercida pelo diretor-geral [...] (ADAMEK, 2009, p. 17-18).

As leis brasileiras de sociedades por ações anteriores a 1976 (Lei nº 3.150/1882, Decreto nº 434/1891 e DL nº 2.627/1940) adotavam o sistema monista, pois previam apenas a Diretoria como órgão de administração, que junto com a Assembleia Geral e o Conselho Fiscal regulavam a organização da companhia.

No entanto, isso não significa dizer que não existia o modelo dualista no Brasil, pois, mesmo sem a regulamentação, sociedades anônimas de grande porte e sociedades de economia mista, como a Petrobrás e a Eletrobrás, já utilizavam a lógica de dois órgãos de administração em seus estatutos sociais (LEÃO JR., 2017, p. 748).

Com o advento da Lei das S.A., o sistema brasileiro passou a ser dualista a partir da criação de mais um órgão administrativo – o Conselho de Administração, na forma do art. 138 da Lei das S.A.

A Lei das S.A. trouxe importantes inovações no regime da administração da companhia, conforme as razões consignadas na Exposição de Motivos do Projeto da Lei das S.A.:

Quanto à organização da administração, o Projeto não fixa modelo único - individual (como atualmente, em que cada Diretor tem funções e responsabilidades definidas) ou colegiada (em que é obrigatória a existência do Conselho). É inegável que nas grandes empresas - em que ninguém pode deter todos os conhecimentos necessários às deliberações

- o colegiado é a forma mais adequada. Mas as hipóteses são muito variadas, e como o Projeto regula companhias de todas as dimensões, a solução que se impõe é deixar a cada sociedade a opção pela estrutura de preferir [...].

Assim, o sistema dualista de administração é, na maioria dos casos, uma faculdade prevista no estatuto social, sem prejuízo das obrigações constantes no parágrafo segundo do art. 138 da Lei das S.A. para as sociedades abertas e as de capital autorizado e no art. 239 da Lei das S.A. para as sociedades de economia mista. Essas exceções se justificam por ser o Conselho de Administração um órgão colegiado que assegura o direito dos acionistas minoritários, por prever a obrigação de se ter representantes destes.

O Conselho de Administração “constitui órgão deliberativo, encontrando-se em posição intermediária entre a assembleia e a diretoria” (EIZIRIK, 2015, v. III, p. 27). Assim, em regra, o Conselho de Administração é um órgão facultativo, com exceção das companhias abertas, das de capital autorizado e das sociedades de economia mista, nas quais a sua criação é obrigatória, conforme os referidos artigos 138 e 239 da Lei das S.A.

A função do Conselho de Administração é exercer atividades fiscalizadoras e deliberativas, somente vinculando a companhia quando a decisão ocorrer de forma colegiada, em reuniões regularmente convocadas e realizadas, conforme as disposições legais e estatutárias. Nesse sentido, as tarefas exercidas pelos seus membros não exigem demandas diárias de gerência, mas requerem a responsabilidade de tomar decisões estratégicas sobre como prosseguirão na condução do negócio, sempre realizando os interesses sociais da companhia em detrimento dos interesses de quem os elegeu.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.431/2011, que dispensou a exigência de os membros do Conselho de Administração serem acionistas, passou-se, na prática do mercado, a adotar a contratação de administradores pelas companhias de acordo com sua qualificação técnica,² assumindo relevo na doutrina a divergência acerca da vinculação ou não daqueles não sócios à cláusula compromissória constante do estatuto social.

² A qualificação técnica dos conselheiros de administração é destacada em recente pesquisa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), em amostra de 339 companhias listadas nos segmentos diferenciados de governança corporativa (Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1). Na amostra analisada, exemplificativamente, indica que o conselheiro típico possui formação em engenharia, administração, economia ou direito. Nesse sentido: http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/2014/files/Pesquisa_Perfil_Consehos_2016_vfinal.pdf. Último acesso em 07 de março de 2019.

A resposta a esse dilema acentua-se considerando a prática recorrente de eleição de conselheiros independentes, buscando a independência do processo decisório e a imparcialidade de suas determinações (ARAGÃO, 2002, p. 376; e EIZIRIK, 2015, v. III, p. 33). Para as companhias que desejam ingressar ou permanecer no Novo Mercado da B3, por exemplo, o Conselho de Administração deve ser composto por, no mínimo, 20% (vinte por cento) de conselheiros independentes, isto é, aqueles que não possuem qualquer relação com a companhia, exceto participação de capital, desde que não seja acionista controlador, como define o Regulamento do Novo Mercado da B3.

Diferentemente do Conselho de Administração, a Diretoria é um órgão obrigatório em todas as companhias e sua função é exercer a gestão ordinária dos negócios sociais, com a possibilidade de cada membro atuar, em regra, individualmente. As decisões dos diretores vincularão a companhia, desde que tomadas dentro dos limites legais e estatutários.

Cumprido esclarecer, ainda, a relação jurídica existente entre um administrador e a companhia. Existem dois tipos de eleição de um administrador: (i) aquela que elege um profissional do mercado; ou (ii) a que elege alguém que mantinha relação de emprego com a companhia (EIZIRIK, 2015, v. III, p. 61).

Com relação à primeira, não há dúvida de que o profissional do mercado não assumirá a condição de empregado da companhia, mas sim, de órgão societário. Quanto à segunda hipótese, se o empregado for eleito para ocupar cargo de diretor, seu contrato de trabalho deverá ser suspenso, para que possa ter também uma relação orgânica com a companhia. Nas palavras de Nelson Eizirik, “é inadmissível que o trabalhador seja, ao mesmo tempo, dirigente de empresa e seu subordinado hierárquico” (EIZIRIK, 2015, v. III, p. 62). No mesmo sentido dispõe o verbete da Súmula 269 do TST.

Por fim, cumpre apresentar, brevemente, o regime da responsabilidade dos administradores. Nos termos do art. 158 da Lei das S.A., os administradores da companhia não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da companhia e em virtude de ato regular de gestão. Nas palavras de José Alexandre Tavares Guerreiro:

No relacionamento com terceiros, é a própria sociedade anônima que se obriga, inexistindo, em consequência, qualquer razão capaz de justificar o comprometimento pessoal do administrador e de seu patrimônio

particular em virtude de atos praticados como representante da companhia, ressalvadas as exceções previstas em lei, quer no diploma que rege as sociedades por ações, quer na legislação especial [...] (TAVARES GUERREIRO, 1981, p. 73).

Nessas hipóteses, apenas a sociedade responderá perante terceiros pelos eventuais prejuízos causados pelas obrigações contraídas em seu nome, assumindo, assim, a responsabilidade pelos atos praticados pelos administradores. Isso porque os administradores “presentam” (MIRANDA, 1984, p. 385) a companhia e atuam como órgão da sociedade, portanto, é ela quem pratica o ato e contrai a obrigação, sendo da pessoa jurídica a responsabilidade, tendo em vista que a vontade exercida foi a sua e não a do administrador.

Por outro lado, o referido artigo 158 da Lei das S.A. determina que os administradores responderão civilmente pelos danos causados à sociedade ou a terceiros quando procederem (i) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou (ii) com violação da lei ou do estatuto. Ressalva relevante merece ser feita quanto aos limites do objeto social: atos praticados em violação ao objeto social podem constituir atos regulares, desde que preservado o interesse social (MARTINS, 2010, p. 595).

Por todo o exposto, tanto os membros do Conselho de Administração quanto os da Diretoria sempre possuirão relação orgânica com a companhia, de natureza societária, e não empregatícia. É essencial a compreensão da natureza jurídica dos órgãos da administração e do vínculo existente entre o administrador e a sociedade para alcançar o cerne da questão proposto pelo presente trabalho.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS ACIONISTAS E SUA SUPERAÇÃO COM A INCLUSÃO DO ART. 136-A NA LEI DAS S.A.

Os acionistas de uma companhia que desejam utilizar o meio arbitral para solucionar eventual litígio societário deverão inserir a cláusula compromissória no estatuto social, mediante a aprovação pela maioria dos acionistas com capital social votante em deliberação assemblear, nos termos do já comentado art. 136-A da Lei das S.A. Isso porque o estatuto social é o instrumento que rege toda sociedade, apresentando caráter cogente (EIZIRIK, 2015, v. II, p. 45 e 49), sendo a arbitragem mecanismo de jurisdição voluntária, que vincula os participantes de acordo com a expressão da vontade.

A fonte das divergências acerca do alcance subjetivo da cláusula compromissória presente no estatuto social é a prevalência no direito societário do princípio da deliberação majoritária, também denominado Princípio da Maioria, que prevê a aprovação das alterações no estatuto social pela maioria dos acionistas, não necessitando da concordância unânime deles (WEBER, 2017, p. 5).

O Princípio da Maioria constitui instrumento indispensável para o exercício do controle societário interno e elemento determinante para a lógica de funcionamento dos órgãos de deliberação colegiada das sociedades anônimas (FRANZONI, 2015, p. 94). É ferramenta útil, ainda, para garantir a efetividade às decisões assembleares para viabilizar o exercício da atividade fim, pois, caso assim não o fizesse, “tornaria a sociedade incapaz de agir, na medida em que a simples discordância de um comprometeria a decisão” (ADAMEK, 2014, p. 44). Isso porque esse princípio fundamenta as decisões que devem ser tomadas em uma sociedade, conforme o *timing* exigido no ambiente empresarial, garantindo segurança jurídica, eficácia e celeridade aos atos deliberados, sem a necessidade de se ter quórum unânime para cada uma delas. Afastar o referido princípio para aferir a vontade individual de cada sócio em estar vinculado ou não a cada cláusula do estatuto social causaria impasse significativo no cotidiano empresarial.

Por outro lado, o Princípio da Autonomia da Vontade é o princípio basilar na arbitragem (CARMONA, 2009, p. 64-65) e exige justamente que as partes interessadas queiram submeter seu litígio à via arbitral, afastando expressamente a competência da jurisdição estatal, para que a convenção de arbitragem possua validade.

Diante da necessidade de ponderação entre o Princípio da Maioria do direito societário e o Princípio da Autonomia da Vontade da arbitragem, a doutrina passou a analisar sobre qual princípio deveria prevalecer em cada cenário. Com o intuito de compreender o motivo da alteração legislativa, é válido apresentar alguns cenários anteriores que fundamentam a discussão, sendo eles: (i) acionistas ingressantes; (ii) acionistas ausentes ou silentes; e (iii) acionistas dissidentes.

A discussão sobre a vinculação dos acionistas ingressantes está pautada no cenário de uma cláusula compromissória já presente no estatuto social quando o acionista adquire ações de emissão da companhia (LOBO, 2009, p. 11-32; VILELA, 2004, p. 205; APRIGLIANO, 2013, p. 140-151; WALD, 2007, p. 22-28).

Para Modesto Carvalhosa é necessário haver autorização expressa do acionista

ingressante para que ele esteja vinculado pela cláusula compromissória prevista no estatuto social, defendendo-se, assim, que a concordância deve ser feita por documento apartado (CARVALHOSA, 2002, p. 183). Os fundamentos principais defendidos pelo autor a adotar essa posição da não vinculação automática partem dos pressupostos de que a expressa autorização é um requisito de validade, o acionista possui o direito subjetivo de vincular-se e a cláusula compromissória possui a natureza jurídica de pacto parassocial.

Por outro lado, Pedro Batista Martins baseia-se em premissas diferentes para considerar as consequências opostas e mais permissivas à vinculação dos acionistas à cláusula compromissória. Narra o autor que o princípio prevalecente no direito societário é o da maioria, de modo que ao adentrar em uma sociedade, o acionista não renuncia os seus direitos pelo simples fato de prevalecer o voto majoritário e, sim, se sujeita a ele, se subordina (MARTINS, 2012, p. 104-105). No que tange à natureza jurídica da cláusula compromissória, Pedro Batista Martins refuta a afirmação de que ela constitua um pacto parassocial, produzindo efeitos somente entre aqueles que manifestaram expressamente sua vontade. Refuta, ainda, a ideia de que a autonomia da cláusula compromissória a faz ser um negócio jurídico que não se coaduna com as cláusulas organizativas do estatuto social. Para o autor, um conceito não afasta o outro, ao contrário, são integrativos (MARTINS, 2012, p. 104-105).

Em conformidade com esse entendimento, o Enunciado 16 da I Jornada de Direito Comercial do CJP/STJ corroborou a tese da vinculação dos acionistas ingressantes à cláusula arbitral já incluída no estatuto social da sociedade pela deliberação da maioria independentemente de assinatura específica.

Nesse sentido, ainda, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº 5009846-10.2015.4.04.7201/SC na disputa entre os acionistas da Petrobrás e a companhia. O acionista postulava reparação civil pelos danos materiais decorrentes de perdas em que incorreu por ter investido na companhia. O fundamento do acionista na apelação era de que a previsão de cláusula compromissória em estatuto social não o vinculava, por ser minoritário. No entanto, os desembargadores, por unanimidade, extinguíram a ação, sem julgamento de mérito, por haver cláusula compromissória no estatuto da companhia. Conforme trecho do voto do Desembargador Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior:

Se no estatuto da empresa há previsão da solução de conflitos pela arbitragem, ou seja, se há cláusula compromissória, não poderá o sócio abster-se de aderir-la, uma vez que, o acesso às regras expostas no estatuto, é público, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima. O investidor não é obrigado a fazer parte da companhia. Se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias. Até porque, o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas. A exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei da Arbitragem. [grifo nosso].

Em concordância aos argumentos mais permissivos à vinculação dos acionistas à cláusula compromissória, Alexandre Câmara sugeriu que ao acionista insatisfeito com a cláusula compromissória no estatuto social a “opção que o sistema lhes confere é outra: a de não adquirir as ações de tal companhia” (CÂMARA, 2010, p. 36).

O segundo cenário que pauta as divergências questiona a vinculação dos acionistas ausentes ou silentes na deliberação social que aprovou por maioria a inserção da cláusula compromissória no estatuto social. Os fundamentos balizadores expostos acima para defender cada posição sobre a vinculação dos acionistas ingressantes partem dos mesmos pressupostos para a vinculação dos ausentes ou silentes, razão pela qual não se faz necessária a repetição.

Sendo assim, Modesto Carvalhosa defende que a cláusula compromissória é facultativa aos acionistas, por conta da alegada supressão do acesso à justiça, sendo necessária a expressa anuência para que ela produza seus efeitos (CARVALHOSA, 2002, p. 329), enquanto que Pedro Batista Martins argumenta que a vinculação dos acionistas ausentes ou silentes à cláusula compromissória é possível por estarem vinculados às decisões tomadas pela maioria em assembleia geral, pois aduz que o ingresso na sociedade pressupõe o consentimento de se submeter à vontade social.

O terceiro cenário, por sua vez, está relacionado à divergência sobre a vinculação ou não dos acionistas dissidentes, ou seja, aqueles que votaram, em deliberação assemblear, contra a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social.

Àqueles pressupostos dos argumentos doutrinários apresentados para os

cenários dos acionistas ingressantes e dos ausentes ou silentes também balizavam as posições de quem defendia, ou não, a vinculação dos sócios dissidentes.

No entanto, parcela da doutrina mostrava-se resistente em relação à vinculação especialmente dos acionistas dissidentes. Comungava da divergência Nelson Eizirik, aduzindo que “de acordo com nosso entendimento, não se poderia obrigar o acionista que votava contra a inclusão de cláusula a ficar vinculado à arbitragem, pois faltava o elemento volitivo, essencial para a legitimação do procedimento arbitral”, posição já modificada pelo autor após a inserção do novo artigo 136-A na Lei das S.A. (EIZIRIK, 2015, v. II, p. 171-173).

Como tentativa de solução ao entrave, alguns autores, como Marcelo Vilela, já haviam começado a sugerir o exercício do direito de recesso antes da inserção do novo artigo 136-A na Lei das S.A., argumentando que mesmo sem haver a hipótese na legislação, o direito de recesso poderia ser exercido, com o argumento de que a modificação estatutária causaria um impacto inegável na organização da sociedade (VILELA, 2004, p. 205). Entretanto, a solução parecia não satisfazer os anseios de parte da doutrina (MUSSNICH, 2017, p. 140), pois argumenta-se que classificação das hipóteses de direito de recesso na Lei das S.A. é *numerus clausus*. A Comissão de Valores Mobiliários também considera que as hipóteses de direito de recesso são taxativas (Parecer CVM PJU 005/2001; Parecer SJU 073/1979; Parecer SJU 110/1979).

Assim, após longo debate na doutrina, foi apresentada pela Comissão de Reforma da Lei de Arbitragem, especificamente no art. 3º da Lei 13.129/2015, proposta que aditasse o art. 136 da Lei das S.A., acrescentando o novo artigo 136-A, que dispõe sobre o direito de recesso na hipótese de inclusão de cláusula compromissória no estatuto social.

A introdução do referido artigo conciliou a preservação do Princípio da Autonomia da Vontade das partes de se submeter à arbitragem com a possibilidade de utilização crescente da arbitragem nos litígios societários, por assegurar também a prevalência do Princípio da Maioria. Essa solução do legislador conseguiu superar de forma satisfatória a discussão sobre a vinculação dos acionistas, pois equilibrou o poder atribuído à maioria, com a preservação do interesse dos minoritários. Com isso, caso os acionistas minoritários não concordem com a instituição da cláusula compromissória no estatuto social, têm assegurado por lei o seu direito de recesso da companhia, no prazo de

trinta dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que aprovar a inclusão da cláusula.

O acionista dissidente poderá exercer o seu direito de recesso da companhia sem a necessidade de comprovar qualquer tipo de prejuízo advindo da inserção da cláusula compromissória, pois a sua aprovação, por si só, já significa uma alteração na estrutura da companhia (WEBER, 2017, p. 9).

Assim, a cláusula compromissória só terá eficácia na companhia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias do direito de recesso, ou seja, somente após esse período será obrigatório resolver os conflitos societários pela via arbitral, não restando dúvidas sobre o momento no qual a competência passará do Poder Judiciário para a esfera arbitral (EIZIRIK, 2015, v. II, p. 503). Para fins de interpretação do conceito de “acionista dissidente” mencionado no artigo 136-A, entende-se que estão incluídos os acionistas ausentes, silentes, os que não têm direito de voto e, obviamente, os que votaram contra a deliberação assemblear.

AVINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO ESTATUTO SOCIAL

A Lei nº 10.303/2001 acrescentou o §3º no art. 109 da Lei das S.A. para prever a possibilidade de solucionar as possíveis divergências entre os acionistas e a companhia ou os acionistas majoritários e os minoritários por arbitragem.

No entanto, a norma não fez alusão alguma sobre a possibilidade de resolver por via arbitral os litígios envolvendo os administradores, como, por exemplo, a ação de responsabilidade contida no art. 159 da Lei das S.A., restando divergências na doutrina se o rol desse parágrafo seria taxativo ou exemplificativo. Para Nelson Eizirik, o rol do parágrafo é exemplificativo, por entender que nada impede que o estatuto social preveja a possibilidade de solucionar outros conflitos por arbitragem (EIZIRIK, 2015, v. II, p. 171). Em entendimento contrário (FLAKS, 2003, p. 112).

A introdução do novo artigo 136-A na Lei das S.A. conseguiu superar as barreiras sobre a vinculação dos acionistas, representando um marco relevante para a segurança jurídica da arbitragem societária. Entretanto, apesar de tal norma ter modificado esta importante questão no direito societário,

nada se regulamentou quanto à vinculação dos administradores à cláusula compromissória estatutária, cerne do presente trabalho.

É notório que um dos princípios fundamentais para haver a vinculação à arbitragem é o da Autonomia da Vontade, ou seja, deve-se analisar se as partes quiseram se submeter à via arbitral para que a cláusula compromissória possua validade. Com isso, como não há menção expressa na Lei das S.A., em um primeiro momento, seria possível afirmar que o administrador só estaria vinculado à cláusula compromissória estatutária se o requisito de vontade fosse inferido no caso concreto.

Contudo, tal solução seria insuficiente no direito societário, pois o Princípio da Autonomia da Vontade não pode ser analisado separadamente de todo o sistema de princípios e normas vigentes em uma sociedade. A sociedade anônima possui princípios próprios que devem ser levados em consideração, como por exemplo, o Princípio da Maioria.

Assim, diante da relação entre a sociedade e o administrador, por meio da Teoria Organicista adotada, analisa-se a potencialidade de vincular o administrador à cláusula compromissória estatutária, sendo ele acionista ou não.

No caso de o administrador ser acionista, ao adotar a premissa de que todos os acionistas deverão estar vinculados à cláusula compromissória, conforme a alteração legislativa demonstrada, é possível afirmar que o administrador acionista também estará vinculado, por sua condição de detentor de participação acionária.

No entanto, uma questão sobre a cumulação de posições merece ser destacada. Para alguns autores, como Marcos Paulo de Almeida Salles, deve haver separação entre a condição de acionista e a de administrador, porque as relações obrigacionais de um acionista não se confundem com as responsabilidades de um administrador (SALLES, 2015, p. 123-147). O que significa afirmar que a análise deve ser casuística sobre o objeto de cada litígio, se decorrente da qualidade de acionista ou de administrador, não considerando, tal autor, ser possível a aplicação extensiva.

Em contraposição, Pedro Batista Martins defende ser difícil a separação do status do administrador e do acionista no que tange a vinculação à cláusula compromissória, tendo em vista que a função do administrador de agir conforme o interesse social para melhor gerir a companhia está interligada ao interesse

dos acionistas de aumentar seu lucro, ou seja, os interesses se complementam (MARTINS, 2012, p. 140).

Com as devidas vênias à posição defendida por Marcos Paulo de Almeida Salles, nos filiamos à posição defendida por Pedro Batista Martins, tendo em vista que, o acionista, ao estar vinculado à cláusula compromissória, deverá submeter todo e qualquer litígio que preencha os requisitos da arbitrariedade objetiva à via arbitral, não havendo motivo para separar se tal litígio se deu no âmbito de sua condição como acionista ou administrador, já que o seu consentimento já estaria firmado no momento em que adquiriu as ações.

Com relação à vinculação dos administradores que não são acionistas, a divergência na doutrina é ainda mais sensível. A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.431/2011, que dispensou a exigência de os membros do Conselho de Administração serem acionistas, muitos administradores passaram a ser contratados pelas companhias por suas qualificações técnicas, intensificando a pertinência da discussão se os administradores não acionistas seriam ou não vinculados à cláusula compromissória estatutária.

Para tanto, coloca-se uma indagação: como vincular os administradores se eles não participam da deliberação assemblear de instituir a cláusula compromissória? Em outras palavras, como aferir a vontade do administrador em se vincular à via arbitral para solucionar possíveis litígios?

Essa questão, infelizmente, não é enfrentada pela legislação societária brasileira, que se silencia a respeito da possível eficácia subjetiva da cláusula compromissória para os administradores da companhia.

Por conta disso, a doutrina nacional insurge em diferentes posicionamentos e justificativas, inclusive, baseando-se em experiências internacionais, para tentar explicar e fundamentar como os administradores de uma companhia estariam ou não vinculados à cláusula compromissória presente no estatuto social. Para fins de organização textual, apresentar-se-á no presente trabalho as posições doutrinárias na ordem das mais cautelosas para as mais permissivas na perspectiva de aferição da vontade em estar vinculado à cláusula compromissória.

Para Modesto Carvalhosa não há possibilidade de vincular o administrador à cláusula compromissória, por não ser parte da cláusula compromissória estatutária, estando vinculados apenas a companhia e os acionistas que a instituíram, e, sempre

que ele estiver relacionado ao litígio ou em litisconsórcio com a companhia, a competência será do juízo estatal (CARVALHOSA, 2014, v. II, p. 401-402).

O posicionamento do autor abrange tanto a arbitrabilidade subjetiva como a objetiva, pois além de o administrador não estar vinculado, os conflitos que tiverem como objeto lides envolvendo os órgãos sociais, também não poderão ser resolvidas por arbitragem. Em suas palavras, “[...] as controvérsias e as lides em que, além dos acionistas e da sociedade, haja o envolvimento de administradores, fiscais ou terceiros estão excluídas daquele juízo arbitral instituído pela cláusula compromissória estatutária” (CARVALHOSA, 2014, v. II, p. 402).

Nesse sentido, há um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Agravo de Instrumento nº 244.960-4/5-00, em que o objeto da lide apurava a responsabilidade dos administradores de uma sociedade que tinha cláusula compromissória em seu estatuto social. A decisão foi no sentido de que não caberia a arbitragem por ser uma divergência de atos praticados na administração, não estando relacionado a conflitos do contrato social.

Em artigo analisando tal julgado, Carlos Alberto Carmona entendeu ser a decisão correta, pois, segundo ele, em situações de dúvida como a descrita, é mais seguro dar à convenção arbitral interpretação restritiva e exigir maior apuração na redação da cláusula. Para ele, as partes deveriam ter determinado no contrato um limite mais amplo à arbitragem para que abarcasse esse tipo de litígio (CARMONA, 2004, p. 287-293).

Por outro lado, muitos autores adotam posição diversa (ENEI, 2003, p. 167; LOBO, 2009, p. 13; FLAKS, 2003, p. 112-119; ADAMEK, 2009, p. 429; BLOK, 2016, p. 201-202; e SALLES, 2015, p. 123-147). Para eles, seria possível a vinculação dos administradores à cláusula compromissória desde que, ao assinarem o termo de posse, assinem também expressamente um documento apartado que ateste conhecer e concordar com a vinculação à cláusula compromissória presente no estatuto social. Esses autores não rejeitam a possibilidade de o administrador se vincular à cláusula compromissória, mas também não aceitam a vinculação tácita e automática pela condição de ser administrador da sociedade.

Comungando desse entendimento, José Virgílio Lopes Enei afirma ser eficaz exigir do administrador a assinatura em documento apartado para aderir expressamente à cláusula compromissória, porque em uma companhia não

há tantas trocas de administrador e não são tão numerosos, como ocorreria se o mesmo fosse exigido de acionistas. Assevera, ainda, ser lícita a exigência da adesão dos administradores à cláusula compromissória para ingressarem ou continuarem no cargo (ENEI, 2003, p. 167). O intuito dessa condição é garantir eficácia ao meio escolhido para resolver os litígios da sociedade e segurança jurídica de não se ter procedimentos ou decisões conflitantes.

No mesmo sentido, Marcelo Dias Gonçalves Vilela entende não ser possível a vinculação tácita dos administradores não sócios, porque, segundo ele, tais administradores não fazem parte do estatuto social em que consiste a companhia, não estando sujeitos aos efeitos das cláusulas ali dispostas (VILELA, 2004, p. 215).

Nessa mesma perspectiva, Marcos Paulo de Almeida Salles defende que a exigência da assinatura em documento apartado é o único método capaz de preservar o princípio da autonomia da vontade em estar vinculado à cláusula compromissória. Para ele, tal consentimento terá vigência “enquanto o ato de posse estiver produzindo efeitos, por dever do ofício praticado durante o período do exercício da presentatividade, até que ditos atos hajam prescrito” (SALLES, 2015, p. 145). Ou seja, o autor limita quais objetos de lides poderiam fazer parte de eventual ação que envolva tal administrador que consentiu com a cláusula compromissória.

Além da doutrina, a B3 também se posicionou sobre o tema e instituiu em alguns regulamentos, como o do Novo Mercado e do Nível II de Governança Corporativa cláusula compromissória na modalidade cheia, determinando que as companhias listadas nesses segmentos solucionem os possíveis litígios pela via arbitral perante a Câmara de Arbitragem do Mercado. O regulamento do Nível II de Governança Corporativa conceitua a cláusula compromissória da seguinte forma:

“Cláusula compromissória” consiste na cláusula de arbitragem, mediante a qual a Companhia, seus acionistas, Administradores, membros do Conselho Fiscal e a BM&FBOVESPA obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além

daquelas constantes deste Regulamento de Listagem, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 2 de Governança Corporativa.

Assim, os regulamentos preveem que os administradores deverão assinar o termo de anuência no momento da posse para que não haja dúvidas de sua vinculação à cláusula compromissória. Conforme determinado no artigo 40 do Regulamento do Novo Mercado:

A posse dos administradores e dos membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, fica condicionada à assinatura de termo de posse que deve contemplar sua sujeição à cláusula compromissória estatutária acima referida.

O Regulamento do Nível II de Governança Corporativa define o termo de anuência do administrador como:

“Termo de Anuência dos Administradores” significa o termo pelo qual os Administradores da Companhia se responsabilizam pessoalmente a se submeter e a agir em conformidade com o Contrato de Participação no Nível 2 de Governança Corporativa, com este Regulamento de Listagem, com o Regulamento de Sanções e com o Regulamento de Arbitragem, valendo ainda este Termo como Cláusula Compromissória, conforme modelo constante do Anexo A deste Regulamento de Listagem.

E o Regulamento do Nível II de Governança Corporativa também determina, na cláusula 5.7, que:

A Companhia deverá exigir que todos os novos membros do conselho de administração e da diretoria subscrevam o Termo de Anuência dos Administradores, condicionando a posse nos respectivos cargos à assinatura desse documento, cuja que deverá ser protocolado na BM&FBOVESPA em até 15 (quinze) dias da data de posse dos eleitos.

Outra posição que merece especial atenção é a adotada pela experiência italiana, que entende ser possível a vinculação tácita e automática dos administradores, desde que a cláusula compromissória em questão especifique essa possibilidade. A legislação societária brasileira, entretanto, não permite expressamente que a vinculação dos administradores figure na cláusula compromissória. De acordo com o §3º, do art. 109 da Lei das S.A., apenas duas divergências poderiam ser objeto da cláusula compromissória, quais sejam as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os minoritários.

Nesse contexto, cumpre observar como a legislação italiana normatizou essa questão, já que a Itália, atualmente, é o país que possui a mais específica regulamentação sobre arbitragem societária e, conseqüentemente, a determinação do alcance da cláusula compromissória estatutária. Além de ser o país que inspirou a alteração na legislação brasileira societária pela Lei nº 13.129/2015, para incluir o art. 136-A na Lei das S.A., que passou a vincular todos os acionistas à cláusula compromissória e estabelecer o direito de recesso para os dissidentes.

Inicialmente, a *Corte Suprema di Cassazione* (Corte de Cassação Italiana), por meio da decisão de nº 24153 de 08.10.2013, publicada em 25.10.2013, ratificou o caráter jurisdicional da arbitragem ao lado do Poder Judiciário, demonstrando a tendência a favor da arbitragem na jurisprudência italiana, o que representa um avanço para o instituto.

No que tange à legislação italiana, o Decreto Legislativo nº 5 de 2003, no artigo 34, §4º, permite que o ato de constituição da sociedade estabeleça que a cláusula compromissória compreenda controvérsias promovidas pelos administradores, liquidantes e síndico ou contra eles, determinando que a aceitação do encargo pelos administradores, liquidantes e síndicos os vincula à cláusula compromissória.

Apesar de a legislação italiana prever a solução para a vinculação automática e tácita dos administradores, qual seja, haver a possibilidade expressa na convenção de arbitragem, parte da doutrina italiana questiona a constitucionalidade desse dispositivo. Alguns doutrinadores afirmam que o artigo determinaria a arbitragem compulsória aos administradores, violando o dispositivo constitucional italiano da voluntariedade da arbitragem (BOVE, 2003, p. 480; CARPI, 2003, p. 417; LUISO, 2003, p. 713; e RUFFINI, 2004, p. 517).

Nesse sentido, CORSINI propôs que os órgãos sociais tivessem a possibilidade de recusar expressamente a cláusula compromissória no momento de aceitação do encargo de administração (CORSINI, 2015, p. 337-358). No entanto, para BONATO não há como questionar a constitucionalidade do dispositivo, pois é dever do administrador consultar e ter conhecimento do ato constitutivo da sociedade antes de assumir o encargo (BONATO, 2015, p. 337-358).

Portanto, percebe-se que apesar de parte da doutrina italiana ainda questionar o avançado dispositivo sobre arbitragem societária, a experiência

legislativa italiana mostrou-se adequada a solucionar a questão da vinculação do administrador. A previsão normativa expressa da aceitação tácita da cláusula compromissória pelo administrador, quando a cláusula assim o previr, demonstra a interessante abordagem, pois garante segurança jurídica e eficácia ao instituto da arbitragem.

Posição diversa e mais permissiva na perspectiva da aferição da vontade em estar vinculado à cláusula compromissória é defendida por alguns autores, como Pedro Batista Martins, que admitem a possibilidade de vincular o administrador de forma tácita à cláusula compromissória estatutária, por conta da sua relação jurídica com a sociedade, aplicando, assim, os conceitos da Teoria Organicista. A vinculação tácita é justificada de acordo com a natureza jurídica dos órgãos de administração. A relação jurídica dos administradores com a sociedade é a representação orgânica, e não de apenas mandatos ou locação de serviços (MARTINS, 2012, p. 132).

Em razão da natureza orgânica, quando os administradores aceitam o cargo, eles devem zelar pelo cumprimento da lei e do estatuto, sendo a observância do estatuto uma das obrigações inerentes a sua função. Até porque, ao responsabilizar o administrador que proceda com violação ao estatuto, conforme o inciso II, do art. 158 da L.S.A., pressupõe-se que ele tinha ou deveria ter conhecimento de todas as normas aplicáveis à sociedade. Por isso, para esta posição há a possibilidade de vincular de forma tácita os administradores, por conta de sua relação com a sociedade e a sua função desempenhada.

Além disso, o outro fundamento apresentado para a vinculação tácita é a permanência voluntária no quadro, o que se traduz em concordância tácita. Para Ricardo Aprigliano a “aceitação do encargo e a permanência nos quadros desses órgãos de administração configurarão a manifestação de vontade, o consentimento suficiente para, aos olhos da legislação arbitral, considerar tais administradores igualmente vinculados” (APRIGLIANO, 2013, p. 151).

No entanto, apesar de Pedro Batista Martins e Ricardo Aprigliano concordarem em adotar a vinculação tácita, o primeiro defende que os administradores estarão vinculados à cláusula compromissória, “mesmo que a ela não tenham consentido formalmente” (MARTINS, 2012, p. 139), enquanto que o segundo argumenta conforme a experiência italiana, isto é, a de que o administrador só estará tacitamente vinculado à cláusula compromissória estatutária se contiver a

menção expressa no estatuto sobre a abrangência da cláusula aos órgãos sociais. Nessa situação, para ele não seria necessário o termo de adesão em separado (APRIGLIANO, 2013, p. 151).

Em concordância com o argumento da vinculação tácita, há um precedente recente do Tribunal de Justiça do Paraná, a Apelação Cível nº 1.451.111-6, em que o administrador sustentou não estar vinculado à cláusula compromissória, porque (i) a regra que dispõe sobre a arbitragem na Lei das S.A. não seria aplicável aos administradores por estar no capítulo dos direitos essenciais dos acionistas; e (ii) haveria a necessidade da concordância do administrador por adesão expressa em documento apartado. O Desembargador Relator Mario Nini Azzolini, em seu voto, discordou dos argumentos apresentados pelo administrador – ora apelante, por considerar que a cláusula compromissória em questão estava de acordo com o ordenamento jurídico e que o administrador havia concordado expressamente com a cláusula quando se obrigou, em sua posse, a cumprir o estatuto social.

Por fim, cumpre ressaltar duas posições, de Francisco Mussnich e Ana Carolina Weber, que não se enquadram perfeitamente em nenhuma das posições já apresentadas, mas são particularmente relevantes por analisarem a teoria e a prática societária.

Com a visão de um advogado avesso a riscos, como se autodefine, Francisco Mussnich defende ser prudente exigir termo de adesão dos administradores que já estão empossados quando se resolve incluir a cláusula compromissória estatutária que expressamente os vincule, para haver anuência específica aos novos termos do estatuto, incluindo tal cláusula (MUSSNICH, 2017, p. 884).

Além disso, considera relevante, apesar de filiar-se à posição de não ser obrigatória, a anuência expressa de novos administradores – quando já há cláusula compromissória no estatuto que abranja os litígios os envolvendo – para garantir maior segurança jurídica e evitar controvérsias com apoio em doutrinas consideradas por ele como já ultrapassadas (MUSSNICH, 2017, p. 884).

De forma similar, Ana Carolina Weber recomenda firmar o termo de anuência em todas as situações, apesar de também entender ser possível a vinculação tácita do administrador por conta da natureza jurídica da representação orgânica da sociedade. A sua recomendação é a de que seja firmado o termo de anuência nas situações facultativas, ou seja, quando se tratar de uma companhia fechada

ou que as ações não sejam negociadas no Novo Mercado ou no Nível II para não restar dúvidas quanto à vinculação (WEBER, 2017, p. 14).

Com isso, percebe-se que o principal fundamento das recomendações desses dois autores a defender a necessidade de adesão expressa – apesar de não se filiarem àquela posição teórica da vinculação expressa – é evitar altos custos posteriores com discussão sobre a jurisdição.

Por todo o exposto, entendemos ser possível a vinculação dos administradores, sendo eles acionistas ou não, por conta do vínculo existente entre eles e a companhia, explicada pela Teoria Organicista. Além disso, consideramos ser possível, ainda, a vinculação tácita dos administradores à cláusula compromissória, sem a necessidade de assinar um documento apartado. Entretanto, ressaltamos a prudência em exigir os termos de adesão em separado para garantir a segurança jurídica e evitar custos com possíveis discussões. Sendo assim, com as devidas vênias a todas as posições apresentadas acima, nos filiamos às posições defendidas pelos dois últimos autores expostos, por exprimirem a ideia de ser obrigatória a vinculação tácita dos administradores, mas evitemos na prática a discussão custosa e ineficaz que ela poderia resultar.

CONCLUSÃO

Como se demonstrou no decorrer do presente trabalho, os administradores exercem uma função primordial dentro das companhias. Não há sociedade que se desenvolva sem a presença dos órgãos sociais, tanto porque é obrigatório haver a Diretoria e, em alguns tipos de sociedades, o Conselho de Administração, como porque são os órgãos vitais para a organização e funcionamento da mesma.

As companhias manifestam a sua vontade por meio dos seus órgãos sociais, ou seja, os administradores a representam organicamente. A teoria adotada no Brasil para explicar esse vínculo jurídico existente entre os administradores e a companhia é a Teoria Organicista, que explica a relação do administrador com um elemento integrante das sociedades. Essa relação é imprescindível para compreender o objeto do trabalho, qual seja a possibilidade de vincular o administrador à cláusula compromissória estatutária.

No que tange à arbitragem societária, a questão sobre a vinculação dos acionistas, antes da alteração pela Lei nº 13.129/2015, era analisada apenas pelo

prisma da autonomia da vontade, gerando grande discussão sobre a vinculação ou não dos acionistas ingressantes, silentes ou ausentes e dissidentes na deliberação assemblear que havia aprovado a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social. Com a entrada em vigor dessa lei, a questão da vinculação dos acionistas foi superada a partir da previsão do direito de retirada daqueles que não concordarem com a cláusula, estando todos os outros obrigatoriamente vinculados.

No entanto, tal lei nada dispôs sobre a situação dos administradores. Para os administradores acionistas há pouca discussão, pois já poderiam estar vinculados por conta da qualidade de acionista. Porém, a indagação e discussão ainda é sensível para os administradores não sócios, que são muitos, atualmente, por conta da Lei nº 12.431/2011, que dispensou a exigência de os membros do Conselho de Administração serem acionistas e privilegiou a busca pela qualificação técnica de administradores, mesmo que não sejam titulares de participação acionária da companhia.

Assim, como não há previsão na legislação, a doutrina passou a debater e apresentar diversas posições para vincular ou não o administrador. A teoria que se apresenta como a mais razoável, apesar de não ser a adotada pela maioria dos doutrinadores, é a que admite a vinculação tácita dos administradores por conta do Princípio da Maioria e da relação orgânica que eles possuem com as companhias, analisando a Autonomia da Vontade – princípio primordial na arbitragem – em conjunto com os princípios das sociedades anônimas.

Não seria plausível analisar separadamente o Princípio da Autonomia da Vontade para as situações envolvendo as companhias, pois ao ingressar em uma companhia ou ao aceitar o cargo de administrador, é esperável que esses participantes conheçam cada cláusula do estatuto social e as aceitem tacitamente, pois eles estarão sempre a elas submetidos, bem como à legislação societária.

Portanto, considera-se, na teoria, que ao aceitar o cargo, o administrador está automaticamente vinculado à cláusula compromissória estatutária. Aconselha-se, entretanto, na prática societária, que as companhias exijam dos administradores a assinatura de um termo de anuência da cláusula, a fim de garantir a segurança jurídica e evitar custos com possíveis discussões posteriores sobre a ineficácia desta perante eles, já que a cultura enraizada na sociedade brasileira ainda é, infelizmente, muito litigiosa.

REFERÊNCIAS

- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no Direito Societário. *Revista do Advogado*, n. 119. abr. 2013.
- ARAGÃO, Paulo Cesar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações: Lei nº 10.303/2001. In: LOBO, Jorge (Org.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31/10/2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BLOK, Marcella. A nova Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015) e suas implicações no direito societário. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 17. v. 68. Ago. 2016.
- B3. Regulamento do Novo Mercado. Disponível em: Regulamento do Novo Mercado. Disponível em: [http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf). Último acesso em 04 de março de 2019.
- B3. Regulamento de Listagem do Nível II de Governança Corporativa. Disponível em: [http://www.b3.com.br/data/files/1B/B5/A5/87/46E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20de%20Listagem%20do%20N%C3%ADvel%202%20\(San%C3%A7%C3%B5es%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/1B/B5/A5/87/46E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20de%20Listagem%20do%20N%C3%ADvel%202%20(San%C3%A7%C3%B5es%202019).pdf). Último acesso em 06 de março de 2019.
- BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- BOVE, Mauro. L'arbitrato nelle controversie societarie. *Rivista de Giustizia Civile*. v. 53. n. 11. nov. 2003. p. 480; RUFFINI, Giuseppe. Il nuovo arbitro per le controversie societarie. *Rivista trimestrale diritto processuale civile*. 2004. p. 517. apud BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- BRASIL, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Último acesso em 06 de março de 2019.
- BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Último acesso em 06 de março de 2019.
- BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Último acesso em 06 de março de 2019.

Arbitragem societária: a vinculação dos administradores à cláusula compromissória estatutária

- CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Curitiba, nº 28. out. – dez. 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- _____. Contrato de constituição de sociedade comercial. Responsabilidade de administrador. Obrigatoriedade de arbitragem. Efeito negativo da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2. maio-agosto. 2004.
- CARPI, Federico, Profili dell'arbitrato in materia di società. *Rivista dell'arbitrato*. 2003. p. 417. apud BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- CARVALHOSA, Modesto. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Cláusula Compromissória Estatutária. In: LOBO, Jorge (Org.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31/10/2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Exposição de Motivos do Projeto de Lei das S.A. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Último acesso em 04 de março de 2019.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Pareceres de 1978 a 2001. Disponível em: http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=juris_cvm_wi&pagfis=2263. Último acesso em 06 de março de 2019.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Comercial, 2013. Enunciado 16: "O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito".
- CORSINI, Filippo, L'arbitrato nella riforma del diritto societario, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, c. 1292; apud BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros. v. 129. jan.-mar. 2003.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FLAKS, Luís Loria. A arbitragem na reforma da lei das S.A.. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 131, jul.-set. 2003.

- FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/2014/files/Pesquisa_Perfil_Conselhos_2016_vfinal.pdf. Último acesso em 07 de março de 2019.
- ITÁLIA, Corte de Cassação, Sessões Unidas, nº 24153 de 08.10.2013, publicada em 25.10.2013. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verb o=attach&db=snclv&id=../20131028/snclv@sU0@a2013@n24153@tO.clean.pdf>. Último acesso em 06 de março de 2019.
- ITÁLIA, Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34, 4. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.htm>. Último acesso em 06 de março de 2019.
- LEÃO JR., Luciano de Souza. Conselho de Administração e Diretoria: Administração da Companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Org.). *Direito das Companhias*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 22. jul. – set. 2009.
- LUISO, Francesco Paolo. Appunti sull'arbitrato societario. *Rivista di diritto processuale*. 2003. p. 713. apud BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. t. L, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A Cláusula Compromissória no Direito Societário. In: Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. Cláusula compromissória estatutária e a vinculação dos administradores. In: Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins (Coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.
- RUFFINI, Giuseppe. Il nuovo arbitrato per le controversie societarie. *Rivista trimestrale diritto processuale civile*. 2004. p. 517. apud BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 46. jul.-set. 2015.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Responsabilidade dos administradores: arbitragens societárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 12. Vol. 44. jan.- mar. 2015.

Arbitragem societária: a vinculação dos administradores à cláusula compromissória estatutária

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. volume 42. abr./jun. 1981.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 244.960-4/5-00. Relator: Boris Kauffmann. São Paulo, julgado em 11 de setembro de 2002. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=1791760&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha_f3deb90a42794716bc3e92b6f7b244&vlCaptcha=rjtd&novovVCaptcha=. Último acesso em 03 de março de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível nº 1.451.111-6. Relator: Mario Nini Azzolini. Paraná, julgado em 30 de março de 2016. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12132316/Acórdão-1451111-6#integra_12132316. Último acesso em 05 de março de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível nº 5009846-10.2015.4.04.7201/SC. Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Rio Grande do Sul, julgado em 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8696674&termosPesquisados=IGFjaW9uaXN0YSA=. Último acesso em 04 de março de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 269 TST: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-269. Último acesso em 07 de março de 2019.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, nº 2, abril – junho, 2012.

WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ARIC
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/>

