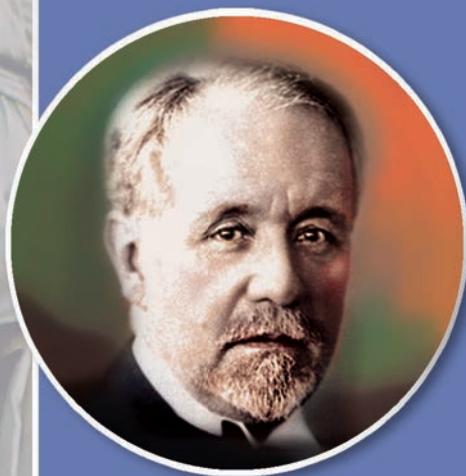


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 38

Nº 1 - Mai./Out.2023



Rodrigo Octavio de Langgaard Menezes
Ministro do STF



EMARF

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three curved lines above the acronym 'EMARF' in a bold, sans-serif font.



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 38
Mai./Out.23

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 2023 - volume 38, n. 1
(mai./out.23)

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF>>

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

**Diretoria da EMARF
(2023-2025)**

Diretor-Geral

Desembargador Federal Reis Friede

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

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 Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Sílvia Regina Assenheimer

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Membros Natos (2023-2025)

Diretor-Geral da EMARF

- **Reis Friede**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Marcelo Pereira da Silva**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Vice-Presidente

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Corregedora Regional

Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MENDES DE FARIA MELLO

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 REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
O DIREITO E A ÉTICA DOS DESASTRES AMBIENTAIS NA GESTÃO DE EMERGÊNCIAS: O CASO SAMARCO, MG.....	13
Albertina Maria Anastácio	
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E LÍNGUA PORTUGUESA: TRADIÇÃO BASEADA NA FILOSOFIA, NOS COSTUMES E NA CULTURA LITERÁRIA.....	43
Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano	
A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF E DO STJ SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO	57
Alexandre Pontieri	
CONTRA O JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR, EM TEMPO DE PAZ.	71
André R. C. Fontes	
DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA QUALIDADE EM DIREITO DO CONSUMIDOR (SISTEMATIZANDO A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ).....	83
Cássio Benvenuto de Castro	
LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE OU COMPANHEIRO: REQUISITOS E OBSTÁCULOS ENFRENTADOS.....	109
Cristiane Linhares de Souza	
INQUIETAÇÕES CONFESSADAS: COVID-19 NO BRASIL, A NATUREZA DOS CRIMES INTERNACIONAIS E A PRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS	125
José Alfredo dos Santos Júnior	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO, EQUIDADE, E A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL	169
Luiz Elesbão da Silva Maciel	

Sumário

AS LACUNAS JURÍDICAS E SEUS MEIOS SUPLETIVOS	193
Reis Friede	
CRIPTOMERCADO E LAVAGEM DE ATIVOS: UM ESBOÇO ESTRATÉGICO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE UMA UNIÃO PERIGOSA.	213
Vlamir Costa Magalhães	

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF lança a presente edição, o Volume 38, mantendo o compromisso de trazer questões atuais e relevantes para o debate jurídico e fomentar o conhecimento.

Os dez artigos que compõem a edição trazem temáticas que se deslocam entre os diferentes campos do Direito, com discussões alinhadas à realidade social. Destacam-se, entre estas produções, as que abordam o direito e a ética dos desastres ambientais; a relação entre o ordenamento jurídico e a língua falada; a natureza dos crimes internacionais e a prática de direitos humanos; o mercado de criptomoedas.

Na certeza da contribuição do material publicado para o debate jurídico e o aprimoramento da prestação jurisdicional, registro os agradecimentos a todos os autores por propiciar aos nossos leitores contato com trabalhos de alto nível e qualidade.

Reis Friede

Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

O DIREITO E A ÉTICA DOS DESASTRES AMBIENTAIS NA GESTÃO DE EMERGÊNCIAS: O CASO SAMARCO, MG

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O enfrentamento dos riscos e dos desastres tem sido uma questão global de extrema relevância para o Brasil, pois milhares de famílias têm sido desabrigadas e muitas vidas perdidas, dentre elas, crianças e adolescentes. É alarmante a multiplicidade dos desastres naturais e tecnológicos no mundo, especialmente no Brasil, que apresenta uma grande extensão de área ambiental; sendo observável, ainda, um rastro de impactos ambientais, socioeconômicos e políticos causados por esses eventos, entrelaçando as áreas do direito dos desastres, ética dos desastres, direito urbanístico, direitos humanos, direito internacional humanitário, sociologia dos desastres, engenharia florestal, direito de moradia, ética ambiental, filosofia moral, dentre outras. No plano internacional, salienta-se a preocupação com a gestão de riscos e desastres; levando os países a adoção de uma política em favor dessa temática, fundada em uma legislação protetiva às populações, em áreas de riscos e em situações emergenciais. Urge a implementação de uma política de cooperação entre o Estado e os indivíduos, abrangendo, tanto o setor público, quanto o privado, para que todos possam inibir os desastres. O artigo enfrenta a discussão, com ênfase no direito dos desastres e da ética dos desastres, colocando o homem no centro das políticas públicas brasileiras.

Palavras-chave: Direito dos Desastres Ambientais– Ética dos Desastres Ambientais– Gestão de Riscos e Desastres – O Caso Samarco

¹ Doutoranda e Mestranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa 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). Assistente de Desembargadora Federal do TRF da 2ª. Região.

THE LAW AND ETHICS OF ENVIRONMENTAL DISASTERS IN EMERGENCY MANAGEMENT: THE SAMARCO CASE, MG

Abstract: The confrontation of the risks and the disasters has been a global issue of extreme relevance for Brazil, as thousands of families have been made homeless and many lives have been lost, including children and adolescents. The multiplicity of natural and technological disasters in the world is alarming, especially in Brazil, which has a large environmental area; a trail of environmental, socioeconomic and political impacts caused by these events is also observable, intertwining the areas of disaster law, disaster ethics, urban law, human rights, international humanitarian law, sociology of disasters, forestry engineering, right of housing, environmental ethics, moral philosophy, among others. At the international level, there is a concern with risk and disaster management; leading countries to adopt a policy in favor of this issue, based on legislation that protects populations, in risk areas and emergency situations. It is urgent to implement a policy of cooperation between the State and individuals, covering both the public and private sectors, so that everyone can inhibit disasters. The article faces the discussion, with emphasis on the disasters law and the ethics of environmental disasters, placing man at the center of Brazilian public policies.

Keywords: Law of Environmental Disasters – Ethics of Environmental Disasters – Risk and Disasters Management – The Samarco Case

1. INTRODUÇÃO

Os desastres naturais e tecnológicos têm se multiplicado de forma intensa, no mundo inteiro, inclusive no Brasil, onde podemos citar, por exemplo, o rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão, da Vale, em Brumadinho (MG), que provocou a morte de 272 pessoas; em 2019; o caso das famílias de Itatiaiuçu (MG), que foram obrigadas à evacuação, ante o risco da barragem da Mina de Serra Azul, operada pela ArcelorMittal, na região metropolitana de Belo Horizonte, tendo sido reclassificada recentemente para o nível 3 de emergência, de acordo com a Agência Nacional de Mineração, o que ocorreria grande risco de rompimento (sendo que as famílias desalojadas seguem morando provisoriamente, sem poderem voltar para as suas casas); o evento da barragem da Mineração Usiminas, que teve vazamento de rejeitos, de acordo com os moradores, entrando no nível 1 de emergência, dentre diversas outras situações de emergência, no campo ambiental.

Nesse seguimento, os países percebem que não é possível danificar o meio ambiente e numa fase posterior, reconstruir aquele *habitat* sem deixar um rastro

de conseqüências, o que nos remete ao desenvolvimento sustentável, como ponto de convergência para a humanidade.

Cumprido ressaltar, ainda que, diante de tantos desastres naturais e tecnológicos no mundo, especialmente no Brasil, o direito tem se apresentado em outro segmento, que para uns seria um outro ramo jurídico, para outros, estaria inserido do contexto do direito ambiental. Na esteira desse pensamento, esse novo direito é denominado de “direito dos desastres”, mas não tem nada de novo, apenas a sua perspectiva é que traz uma postura jurídica com especial relevância, diante de uma multiplicidade de eventos, caracterizados como desastres. A antiguidade temática pode ser verificada, por exemplo, quando nas primeiras civilizações humanas ocorreu a erupção de Pompeia ou mais tarde ainda, quando, na era Moderna, no ano de 1755 aconteceu o terrível terremoto de Lisboa, Portugal.

Deve ser ressaltado, que a partir da década de 70, com os múltiplos acidentes nucleares e em outros parques tecnológicos, surgiu a necessidade de implementação de planos de emergências (PE), sobretudo diante de verdadeiras tragédias, tais como o vazamento de dioxina em Seveso, na Itália, no ano de 1976.

Mas, não se deve ter a ilusão de que o desgaste do meio ambiente é causado somente, em decorrência de recursos escassos ou pela poluição causada pela ganância humana. Isto porque a pobreza também contribui com essa poluição ambiental, causando o desgaste do meio ambiente, seja pela derrubada de árvores; seja jogando uma tonelada de lixo nas redes de esgotos ou em outros locais impróprios; ou mesmo, pela aglutinação em Cidades, já completamente congestionadas, dentre outras ações, que venham culminar em eventos, em forma de desastres ambientais. O fato é que a partir dos anos 50, houve um aumento exponencial de combustíveis fósseis e da produção industrial, o que vem deteriorando o meio ambiente, inclusive. Diversos poluentes matam a vegetação e os lagos e os rios, mas a descoberta do orifício na camada de ozônio sobre a região da Antártida acelerou a destruição do meio ambiente e tem provocado diversos desastres ambientais, com efeito “dominó”.

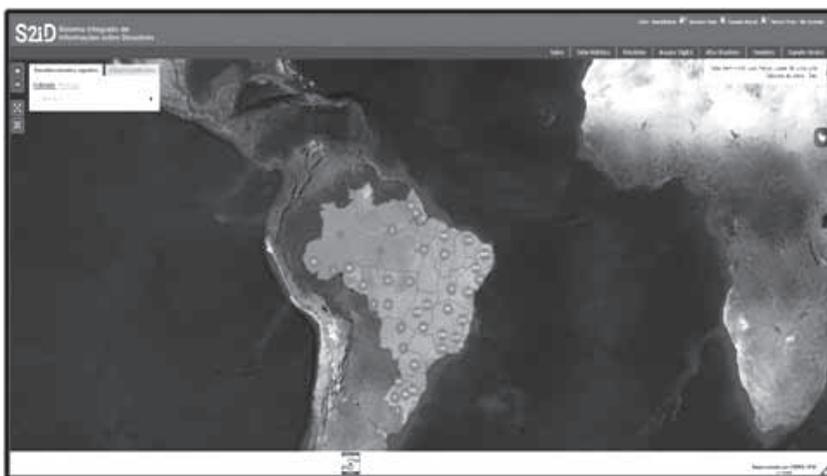
O endividamento dos países, as crises financeiras, a instabilidade dos mercados financeiros, a ausência de regulamentações específicas nessa temática são algumas das concausas que têm um peso significativo no modelo econômico e ambientalista dos países, além do global. Dessa forma, deve ser refletido que existe, assim, uma interligação nas causas, como por exemplo, o desflorestamento que acelera a erosão do solo, assim como a poluição do ar, que contribui para a destruição de florestas, lagos e rios.

2. AS INFORMAÇÕES SOBRE DESASTRES (S2ID): REGISTRO E RECONHECIMENTO

Quando ocorre uma tragédia ambiental, as informações sobre o referido desastre são coletadas e tratadas, para fins de subsídio na elaboração de um estudo sobre a temática, na gestão do risco.

Hoje, com a cibernética, foi desenvolvido um sistema de informações sobre desastres, o S2ID, programa cibernético, onde são inseridos dados sobre os desastres estaduais, municipais e distritais para facilitar a solicitação de reconhecimento federal de Situação de Emergência ou de Estado de Calamidade Pública, nos Municípios brasileiros; além de promover o acompanhamento desses desastres e assim, servir como ferramenta para a gestão de riscos.

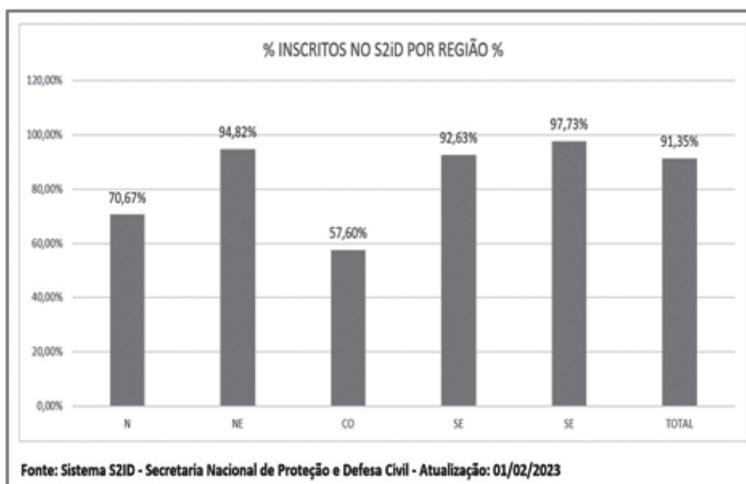
Gráfico 1: O Sistema Integrado de Informações sobre Desastres S2iD



Fonte: Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/protECAo-e-defesa-civil/sistema-integrado-de-informacoes-sobre-desastres>>. Acesso em: 12 mar, 2023.

O §2º, do artigo 6º, da Portaria nº 526, de 06 de setembro de 2012 estabelece que os documentos exigidos na Instrução Normativa nº 02, de 20 de dezembro de 2016 devem ser encaminhados ao Ministério da Integração Nacional, via Sistema Integrado de Informações sobre Desastres – S2ID/2012.

Gráfico 2 : Inscritos % no S2iD por Região %



Com o reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública, os Municípios podem solicitar, por meio do Sistema Integrado de Informações sobre Desastres (S2iD), os recursos ao Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional (antigo Ministério do Desenvolvimento Regional) como suporte a resolver a crise ambiental municipal, podendo restabelecer os serviços essenciais e reconstruir o local danificado.

Recebendo os dados enviados, a Defesa Civil Nacional analisa os dados enviados, além das metas propostas e os valores solicitados. A aprovação da verba federal é realizada mediante a publicação de uma portaria.

Deve ser ressaltado que todas as ocorrências de desastres devem ser lançadas no mencionado sistema S2iD, ainda que não precise do reconhecimento federal, uma vez que a anotação irá compor o banco de dados dos desastres; o que será uma ferramenta para futuras análise das ações dos Municípios, quanto ao processo de gestão de riscos e desastres.

Pode ser observado, a seguir, a título de exemplo, a série histórica de 2016, da base de dados do S2iD, que contém as informações principais sobre os Reconhecimentos Federais de Situação de Emergência e Estado de Calamidade Pública, realizados pela SEDEC, desde o ano de 2013:

Tabela 1: Reconhecimentos Federais de Situação de Emergência e Estado de Calamidade Pública. Ano 2016

LOCALIDADE	MUNICÍPIOS	RECONHECIMENTO	ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ECP)	SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA (SE)	ANO
AC - Acre	9	9	0	9	2016
AL - Alagoas	43	81	0	81	2016
AM - Amazonas	11	11	0	11	2016
AP - Amapá	0	0	0	0	2016
BA - Bahia	135	160	0	160	2016
CE - Ceará	129	230	0	230	2016
DF - Distrito Federal	0	0	0	0	2016
ES - Espírito Santo	35	40	0	40	2016
GO - Goiás	2	2	0	40	2016
MA - Maranhão	21	21	0	21	2016
MG - Minas Gerais	166	225	1	224	2016
MS - Mato Grosso do Sul	18	19	0	19	2016
MT - Mato Grosso	16	16	0	16	2016
PA - Pará	1	1	0	1	2016
PB - Paraíba	197	367	0	367	2016
PE - Pernambuco	125	250	0	250	2016
PI - Piauí	136	212	0	212	2016
PR - Paraná	54	57	4	53	2016
RJ - Rio de Janeiro	7	8	0	8	2016
RN - Rio Grande do Norte	153	153	0	153	2016

LOCALIDADE	MUNICÍPIOS	RECONHECIMENTO	ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ECP)	SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA (SE)	ANO
RO - Rondônia	0	0	0	0	2016
RR - Roraima	13	13	0	13	2016
RS – Rio Grande do Sul	102	108	0	108	2016
SC – Santa Catarina	24	26	1	25	2016
SE - Sergipe	24	32	0	32	2016
SP – São Paulo	27	29	1	28	2016
TO - Tocantins	2	2	0	2	2016
TOTAL	1450	2072	7	2065	

Fonte: S2iD. Adaptação.

3. A IMPORTÂNCIA DO BANCO DE DADOS DE DESASTRES

A Instrução Normativa nº1, de 24 de agosto de 2012 estabeleceu os critérios e procedimentos para a decretação de Situação de Emergência (SE) ou Estado de Calamidade Pública (ECP) pelos municípios, Estados e pelo Distrito Federal, além do reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos. Mas, a obrigatoriedade para a utilização do S21D para fins de solicitação do reconhecimento federal de SE ou ECP só ocorreu com a Portaria nº 25, de 24 de janeiro de 2013, que alterou a Portaria nº 523, de 06 de setembro de 2012.

4. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº. 1, DE 24 DE AGOSTO DE 2012

A Instrução Normativa nº1, de 24 de agosto de 2012, no bojo do art. 1º apresenta alguns conceitos importantes quanto à temática:

Desastre: é o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios (inciso I).

Situação de Emergência (SE): situação de alteração intensa e grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região, decretada em razão de desastre, comprometendo parcialmente sua capacidade de resposta (inciso II).

Estado de Calamidade Pública (ECP): situação de alteração intensa e grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região, decretada em razão de desastre, comprometendo substancialmente sua capacidade de resposta (inciso III).

Dano: resultado das perdas humanas, materiais ou ambientais infligidas às pessoas, comunidades, instituições, instalações e aos ecossistemas, como consequência de um desastre (inciso IV).

Prejuízo: Medida de perda relacionada com o valor econômico, social e patrimonial, de um determinado bem, em circunstâncias de desastre (inciso V).

Recursos: conjunto de bens materiais, humanos, institucionais e financeiros utilizáveis em caso de desastre e necessários para o restabelecimento da normalidade (inciso VI).

5. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº. 2, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2016

A Instrução Normativa nº 2, de 20 de dezembro de 2016, no Anexo VI apresenta alguns conceitos no âmbito da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, ora reproduzidos:

Proteção e Defesa Civil: conjunto de ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação destinadas a evitar desastres e minimizar seus impactos sobre a população e a promover o retorno à normalidade social, econômica ou ambiental;

Ações de Prevenção: medidas e atividades prioritárias destinadas a evitar a instalação de riscos de desastres;

Ações de Mitigação: medidas e atividades imediatamente adotadas para reduzir ou evitar as consequências do risco de desastre;

Ações de Preparação: medidas desenvolvidas para otimizar as ações de resposta e minimizar os danos e as perdas decorrentes do desastre;

Ações de Resposta: medidas emergenciais, realizadas durante ou após o desastre, que visam ao socorro e à assistência da população atingida e ao retorno dos serviços essenciais;

Ações de Recuperação: medidas desenvolvidas após o desastre para retornar à situação de normalidade, que abrangem a reconstrução de infraestrutura danificada ou destruída, e a reabilitação do meio ambiente e da economia, visando ao bem-estar social;

Desastre: resultado de eventos diversos, naturais, tecnológicos ou de origem antrópica, sobre um cenário vulnerável exposto a ameaça, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

Situação de Emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente federativo atingido;

Estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastre, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente federativo atingido;

Ameaça: evento em potencial, natural, tecnológico ou de origem antrópica, com elevada possibilidade de causar danos humanos, materiais e ambientais e perdas socioeconômicas públicas e privadas;

Vulnerabilidade: exposição socioeconômica ou ambiental de um cenário sujeito à ameaça do impacto de um evento adverso natural, tecnológico ou de origem antrópica;

Risco de Desastre: potencial de ocorrência de evento adverso sob um cenário vulnerável;

Gestão de Risco de Desastres: medidas preventivas destinadas à redução de riscos de desastres, suas consequências e à instalação de novos riscos:

Gestão de Desastres: compreende o planejamento, a coordenação e a execução das ações de resposta e de recuperação;

Plano de Contingência: documento que registra o planejamento elaborado a partir da percepção do risco de determinado tipo de desastre e estabelece os procedimentos e responsabilidades;

Desastre Súbito: são eventos adversos que ocorrem de forma inesperada e surpreendente, caracterizados pela velocidade da evolução e pela violência dos eventos causadores;

Desastre Gradual: são eventos adversos que ocorrem de forma lenta e se caracterizam por evoluírem em etapas de agravamento progressivo;

Ações de Socorro: ações que têm por finalidade preservar física esteja ameaçada em decorrência do desastre, incluindo a busca e o salvamento, os primeiros-socorros e o atendimento pré-hospitalar:

Ações de Assistência às Vítimas: ações que têm por finalidade manter a integridade física e restaurar as condições de vida das pessoas afetadas pelo desastre até o retorno da normalidade:

Ações de Restabelecimento de Serviços Essenciais: ações que têm por finalidade assegurar, até o retorno da normalidade, o funcionamento dos serviços que garantam os direitos sociais básicos aos desamparados em consequência do desastre;

Evento Adverso: desastre natural, tecnológico ou de origem antrópica;

Evento Adverso Natural: desastre natural considerado acima da normalidade em relação à vulnerabilidade da área atingida, que podem implicar em perdas humanas, socioeconômicas e ambientais;

Evento Adversos Tecnológico: desastre originado por condições tecnológicas decorrentes de falhas na infraestrutura ou nas atividades humanas específicas consideradas acima da normalidade, que podem implicar em perdas humanas, socioeconômicas e ambientais;

Evento Adversos Antrópico: desastre decorrente de atividades humanas predatórias ou consideradas acima da normalidade, que podem implicar em perdas humanas, socioeconômicas e ambientais:

Dano: resultado das perdas humanas, materiais ou ambientais infligidas às pessoas, comunidades, instituições, instalações e aos ecossistemas, como consequência de um desastre;

Prejuízo: medida de perda relacionada com o valor econômico, social e patrimonial de um determinado bem, em circunstâncias de desastre;

Perda: privação ao acesso de algo que possuía ou a serviços essenciais; e

Recursos: conjunto de bens materiais, humanos, institucionais e financeiros utilizáveis em caso de desastre e necessários para o restabelecimento da normalidade.

6. MARCO DE AÇÃO DE HYOGO (2005-2015)

Os países se comprometeram tomar ações, no intuito de reduzir o risco de desastres e adotaram o Marco de Ação de Hyogo, conhecido como o Marco de Hyogo, que tem sustentação na perspectiva de que os desastres podem afetar a qualquer um, por isso, são um assunto de todos. As decisões partem de temas pessoais, como a educação dos filhos até o alcance geral, como o governo das Cidades. Assim, cada decisão pode promover a resiliência de todos.

7. MARCO DE SENDAI, NO JAPÃO (2015-2030)

De 14 a 18 de março de 2015, durante a 3ª Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Redução do Risco de Desastres foi aprovado o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, em Sendai, Miyagi, no Japão. O mencionado Marco completa a avaliação e revisão da implementação das ações definidas pelo Marco de Ação de Hyogo 2005-2015, construindo a resiliência das nações e comunidades diante dos desastres. Durante a Conferência Mundial, os Estados-Partes também reiteraram o seu compromisso com a redução do risco de desastres, assim como, o aumento da resiliência, no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza.

O Quadro de Ação de Sendai para a Redução do Risco de Catástrofes (2015-2030) apresenta quatro prioridades para a ação: (i) **Prioridade 1:** Compreender o risco de catástrofe; (ii) **Prioridade 2:** Reforçar a governança do risco de catástrofe; (iii) **Prioridade 3:** Investir na redução do risco de catástrofe para a resiliência e (iv) **Prioridade 4:** Melhorar a preparação para a catástrofe através de resposta eficaz e do processo “Construir melhor” na recuperação e reabilitação (UNISDR, 2017, p. 15).

8. DIREITO DOS DESASTRES

O Ciclone ou Furacão Catarina constitui-se num ciclone tropical do Atlântico Sul, tendo sido registrado como única tempestade com força de furação nessa região do Oceano Atlântico. Segundo notícias do Correio do Povo, “era o Catarina, que deixou mais de 2,5 mil desalojados, 1,5 mil casas destruídas e quase 36 mil danificadas, onze mortos e 518 feridos. O fenômeno atingiu as costas catarinense e gaúcha no dia 27 de março de 2004, mas o estado vizinho ao RS teve mais prejuízos: 14 municípios decretaram estado de calamidade pública.

O direito dos desastres tem sido difundido, a partir do desastre natural do furacão Catarina, ocorrido em 2004, no Brasil. Esse conceito foi introduzido no Brasil pelo advogado Delton Winter de Carvalho, doutor em direito ambiental e direito dos desastres. O direito dos desastres monitora e gerencia todas as fases de um evento catastrófico.

Carvalho e Damacena (2013) esclarecem, ainda, que “o Direito dos Desastres é um ramo multidisciplinar que se relaciona com diversas áreas de aplicação do Direito, tais como: propriedade, ordenamento do solo, [...] direito do ambiente, direito administrativo” (CARVALHO e DAMACENA, 2013, p.119). Existe assim, um ciclo dos desastres, composto por diversas fases e o seu tratamento se dá pela circularidade da gestão do risco.

Cada vez mais, ilustres doutrinadores e juristas têm defendido a existência do ramo do Direito dos Desastres, devido a sua autonomia que é consolidada por um ciclo de gestão de risco, interligando as fases que compõe esse risco, apresentando, inclusive, princípios próprios e legislação específica (CARVALHO, 2015).

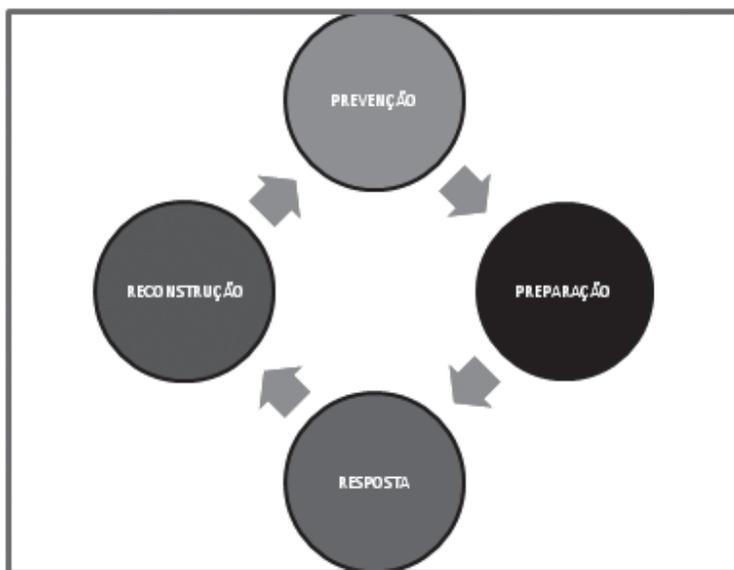
9. CICLO DOS DESASTRES

De acordo com Daniel Farber (2012), o ciclo dos desastres é composto pelas seguintes fases: prevenção e mitigação, resposta de emergência, compensação e reconstrução (FABER, 2012).

Em consonância com o Manual de Gerenciamento de Desastres, elaborado pela Universidade de Santa Catarina (2009), a **prevenção** é a primeira fase da administração de um desastre, que é composta pelas ações que têm o condão de evitar a ocorrência do evento ou pelo menos, reduzir os seus impactos. A **preparação** se constitui na segunda fase do desastre, quando diversas ações

são realizadas com o fito de melhorar a capacidade da comunidade local, no enfrentamento do desastre, caso esse venha a se materializar. A **resposta** é a fase do desastre formada por ações socorristas em relação às pessoas atingidas e a área alcançada pelo evento catastrófico, com o intuito de reduzir os danos e garantir o funcionamento dos sistemas essenciais da comunidade. A **reconstrução** é a última fase do desastre, encerrando o ciclo dos mesmos, constituída pela administração do evento, abrangendo, assim, as ações destinadas a reconstruir a comunidade atingida, garantindo o retorno da população à sua condição de normalidade e assim, prevenir outros desastres (OLIVEIRA, 2009), consoante se pode observar no gráfico, a seguir:

Gráfico 3: Ciclo dos Desastres



Fonte: Elaboração Própria. Adaptação de OLIVEIRA, 2009.

10. REFLEXÃO MORAL QUANTO AOS DESASTRES

A Filosofia Moral, diante dos desastres apresenta a discussão de como poderemos nos posicionar diante de um deles. A Europa apresentava já um cenário perturbador, marcado pela Guerra de Sucessão Austríaca (1740-1748) e pela Guerra dos Sete Anos (1756-1763), quando se abateu sobre Lisboa, o sismo de 1755.

É cediço que o terremoto de Lisboa, também conhecido como o sismo de Lisboa, ocorrido em 1ª de novembro de 1755 foi um dos maiores eventos de desastres causados no mundo, tendo sido seguido por um maremoto com altura de cerca de 20 metros. Nas áreas que não foram atingidas pelo tsunami, surgiram incêndios que duraram pelo menos 05 (cinco) dias. Esse desastre foi tema de diversas discussões dos filósofos iluministas, tais como Voltaire (com destaque em suas obras “Candide” e “Poème sur le désastre de Lisbonne”), Rousseau, Immanuel Kant, dentre outros.

Nessa época, Voltaire vivia uma fase marcada por conflitos sentimentais, mormente pela morte de Madame de Chatelet, além da situação de que estava sendo enganado pelos livreiros, por ocasião da impressão de seus livros, quando esses faziam mais cópias do que aquelas estabelecidas nos contratos celebrados.

Voltaire, em seu “Poème sur le désastre de Lisbonne”, expressa a sua emoção e o desespero, diante do terremoto de Lisboa, atacando o otimismo filosófico e à ideologia cristã do pecado original, além de posicionar as suas dúvidas sobre a organização racional e ideal do mundo. Voltaire contesta as concepções vigentes à época, externando o pensamento de que a esperança é um engodo, atacando, inclusive, a Providência, apresentando um homem sem esperança alguma, diante do desespero da época, estando assim, sem a Providência. Para Voltaire, não se pode compreender o mal se estamos diante da falha da organização do universo, como a ocorrência de um sismo.

Por sua vez, em 18 de agosto de 1756, Rousseau envia uma carta a Voltaire, conhecida como “Carta sobre a Providência”. A esperança apresentada na Carta de Rousseau está fundada no otimismo e na providência, buscando pela felicidade a ser vivida já no momento presente, contra toda a crítica de Voltaire que questiona o mundo ordenado e a própria concepção da existência, numa visão cética, ao criticar inclusive, as perspectivas de Pope (otimismo) e Leibniz (existência do melhor dos mundos), contrapondo-se a sua ideologia anterior, exposta no Poema sobre a lei natural (1746).

11. DILEMAS MORAIS EM DESASTRES

Jenson (1997) considera que os dilemas morais relativos à gestão pública de riscos e de desastres se evidenciam, quando se pondera sobre (i) Quem tem autoridade para tomar decisões éticas significativas?; (ii) Como as decisões éticas devem ser tomadas?; (iii) Quais os princípios e valores devem guiar os envolvidos em processos éticos durante desastres? ou ainda, (iv) O que é uma ação responsável em resposta às necessidades humanas? (JENSON, 1997)

Considerando, ainda, as fases dos desastres, Aung defende a existência de 03 (três) fases: pré-desastre, desastre e pós-desastre, compreendidas nos seguintes tópicos: (i) **ética preventiva triagem de desastres** vigilância de doenças transmissíveis; (ii) comunicação de risco; (iii) quarentena/isolamentos; (iv) vacinações; (v) recusa de tratamento médico e (ou) auxílio de profissionais; (vi) eutanásia; (vii) alocação de recursos; (viii) diferenças linguísticas, religiosas e culturais; (ix) grupos vulneráveis; (x) participação comunitária; (xi) divisão do trabalho; bem como, (xii) relações com a mídia resposta aos desastres e pesquisa de desastres (AUNG *et al*, 2017),

12. A ÉTICA DOS DESASTRES

A ética dos desastres tem se apresentado como a corrente da ética direcionada para solucionar os dilemas morais, referentes aos desastres. A perspectiva consequencialista, por meio de uma visão utilitarista, fundada na eficiência remete à ideologia de que, diante de um evento catastrófico, não é possível salvar todos indivíduos.

De acordo com a filósofa Naomi Zack, em seu livro “Ethics for disaster” contradiz a essa *ratio*, considerando que através da fase da preparação, do ciclo de desastres é possível aperfeiçoar a capacidade humana, para fins de resposta aos eventos inesperados e catastróficos, além da fase da resposta a esses desastres, pela prática de ações de socorro às vítimas, dentre outras ações de resgate (ZACK, 2009).

A ética dos desastres tem como elemento fundamental para a gestão de emergências, as questões morais e éticas, em situações de desastres, concernentes ao bem-estar e às razões pelas quais as pessoas têm uma obrigação moral geral de não prejudicar os outros e de ajudar os que sofrem ou necessitam (*Ibid.*, 2009).

Nesse condão, a ética dos desastres busca princípios sensíveis que são universalmente aceitos em uma base global: (i) reconhecimento do valor intrínseco da vida de cada indivíduo humano; (ii) obrigação do governo de proteger a vida humana; (iii) obrigações particulares para cuidar de si e dos seus dependentes; (iv) obrigações que não prejudicam os outros; bem como, (v) obrigações de ajudar os outros quando não nos prejudicamos a fazê-las e obrigações de considerar o efeito da ação humana sobre o ambiente físico e as gerações futuras (*Ibid.*, 2009).

13. OS PRINCÍPIOS ÉTICOS COMO PORTA DE SAÍDA

Laís Silveira Santos e Mauro C. Serafim, no artigo “Quando o Desastre Bate à Porta: Reflexões sobre a Ética da Gestão Pública de Riscos e de Desastres” mencionam os princípios éticos como porta de saída para os dilemas morais, citando a perspectiva de Kidder (2007), como princípios éticos de solução (SANTOS e SERAFIM, 2020). Os autores mencionam o utilitarismo, a deontologia, bem como a ética das virtudes, para refletir o “valor” e assim, buscar resolver os dilemas morais.

Por sua vez, Zack acredita que para definir quais os princípios a serem utilizados à preparação e à resposta, irá depender de qual princípio geral está sendo considerando como norte no ciclo dos desastres, o que irá por exemplo, refletir quando considera-se o critério da eficiência utilitarista, que se deve salvar o maior número possível de pessoas na ocorrência dos desastres e não todos os indivíduos, aplicando-se, assim, uma perspectiva distinta para as fase da preparação e da resposta do desastre (Op. cit., 2009).

14. PRINCÍPIOS ÉTICOS DE SOLUÇÃO

Em consonância com Kidder (2007) e Ahner (2009), o processo de solução de um dilema moral apresenta início na coleta das informações relevantes sobre seu contexto, devendo buscar alternativas, como uma teoria moral ou mesmo um princípio ético de solução (Kidder, 2007), podendo ser a chave para as tomadas de decisões (Ahner, 2009) (SANTOS E SERAFIM, 2020).

O utilitarismo defende a perspectiva de que a moralidade e a política devem estar preocupadas com a promoção da felicidade. Por seu turno, a deontologia busca fundamentar a ação em uma máxima ou preceito, que possa ser universalizado, eis que está centrado no dever. Mas, a ética das virtudes considera como valores essenciais de observação, o caráter, as motivações e as intenções do agente.

15. GESTÃO DE RISCOS E DESASTRES

É consenso comum de que a gestão pública de riscos e de desastre é inerente aos esforços de organizações governamentais. Segundo Zack (2009), é relevante a interação entre a ética dos desastres com as obrigações governamentais. Segundo essa mesma autora, a prudência obrigatória deve constar da pauta, na fase de preparação de atividades específicas para possíveis desastres, por

ser uma questão moral da ética dos desastres. Nesse seguimento, Zack lembra que também se insere como questão moral nesse campo, a falta de preparação observada na falha da mencionada prudência obrigatória (*Ibid.*, 2009).

16. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O RELATÓRIO BRUNDTLAND

O desenvolvimento sustentável atende às necessidades básicas do presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras (Relatório Brundtland, 1991). Assim, é preciso reorientar a tecnologia, com novas técnicas, para que possa ser mais eficaz, diante dos desastres ambientais e assim, causar menores danos às futuras gerações; que somada aos mecanismos legais será possível planejar com mais eficiência o futuro e assim, contribuir para a prevenção de desastres, traçando planos de contingência diminuindo assim, os danos ambientais, financeiros e sociais. O desenvolvimento sustentável exige que os mecanismos legais reforcem cada vez mais, o interesse comum.

De acordo com o Relatório Brundtland é preciso que a regulamentação ultrapasse as costumeiras regulamentações de segurança, leis de zoneamento e de controle da poluição, devendo os objetivos ambientalistas estarem inseridos “na tributação, na aprovação prévia de investimentos e escolha de tecnologias, nos incentivos ao comércio exterior, enfim, em todos os componentes das políticas de desenvolvimento”. (*Ibid.*, p. 70). O Relatório, em comento aponta alguns requisitos para o desenvolvimento sustentável:

Um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório;

Um sistema econômico capaz de gerar excedentes e know-how técnico em bases confiáveis e constantes;

Um sistema social que possa resolver as tensões causadas por um desenvolvimento não-equilibrado;

Um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento;

Um sistema tecnológico que busque constantemente novas soluções;

Um sistema internacional que estimule padrões sustentáveis de comércio e financiamento;

Um sistema administrativo flexível e capaz de autocorrigir-se (*Ibid.*, p. 70).

17. ESTUDO DE CASO: O DESASTRE SOCIOAMBIENTAL SAMARCO, CONSIDERADO “AS LÁGRIMAS DA BACIA DO RIO DOCE”

No que tange ao desastre ambiental Samarco, torna-se oportuno analisarmos algumas questões e dados relativos ao mesmo:

17.1 O que foi o desastre ambiental Samarco?

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) esclarece que na data de 05 de novembro de 2015, ocorreu na barragem de Fundão, localizada na unidade industrial de Germano, no subdistrito de Bento Rodrigues, no Município de Mariana, na Região Central de Minas Gerais, da mineradora Samarco, o seu rompimento.

O rompimento dessa barragem é considerado o maior desastre socioambiental do Brasil, na área de mineração, considerando o impacto imediato do lançamento de cerca de 55 (cinquenta e cinco) milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério, no meio ambiente, retirados de extensas minas da região, sendo que esses poluentes percorreram 55 km no rio Gualaxo do Norte até o rio do Carmo, ultrapassando, dessa feita, os limites da barragem de Santarém, como também, alcançaram outros 22 km até o Rio Doce, até chegar ao litoral do Espírito Santo (ES).

A enxurrada de lama e de rejeitos de minério causou a destruição do subdistrito, causando a morte de 17 pessoas, mais de 600 (seiscentas) pessoas desabrigadas e desalojadas, além de milhares de pessoas sem água, gerando ainda graves danos ambientais e socio econômicos em toda a Bacia do Rio Doce, de acordo com o Relatório sobre o Rompimento da Barragem de Rejeitos da Mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce, do Conselho Nacional de Direitos Humanos (maio, 2017), que, inclusive, retirou dados da denúncia oferecida, em outubro de 2016, pelo Ministério Público Federal.

A vida da população local, de mais de 40 (quarenta) Cidades entre Minas Gerais e o Espírito Santo foram modificadas, foram destruídos e contaminados mais de 1.775 hectares de margens da bacia do Rio Doce, sendo que uma parte é pertencente ao bioma da Mata Atlântica, além de que toneladas de uma

diversidade de peixe morreram, afetando sobremaneira o ecossistema local, considerando ainda, a qualidade da água que ficou prejudicada com o desastre ambiental.

É possível vislumbrar essa tragédia socioambiental, pelas imagens, a seguir, das situações de antes e depois, de sua ocorrência:

Figura 1: Barragem de Fundão Samarco, em Mariana (MG), antes do Desastre



Fonte: Internet Imagens de satélite da região de Bento Rodrigues, em Mariana (MG) (Foto: Digital Globe/Global Geo/Reprodução).

Verifica-se pela figura 1, a grande área ambiental, inclusive no entorno.

Figura 2: Momento Exato do Rompimento da Barragem de Fundão Samarco, em Mariana (MG)



Fonte: Youtube: Poder 360.

Pode ser observada na figura 2, a força com que o desastre atua no meio ambiente, provocando assim, um grande impacto ambiental, em forma de destruição, fato esse que é corroborado, a olhos vistos, na figura 3, adiante:

Figura 3: Barragem de Fundão Samarco, em Mariana (MG), após o Desastre

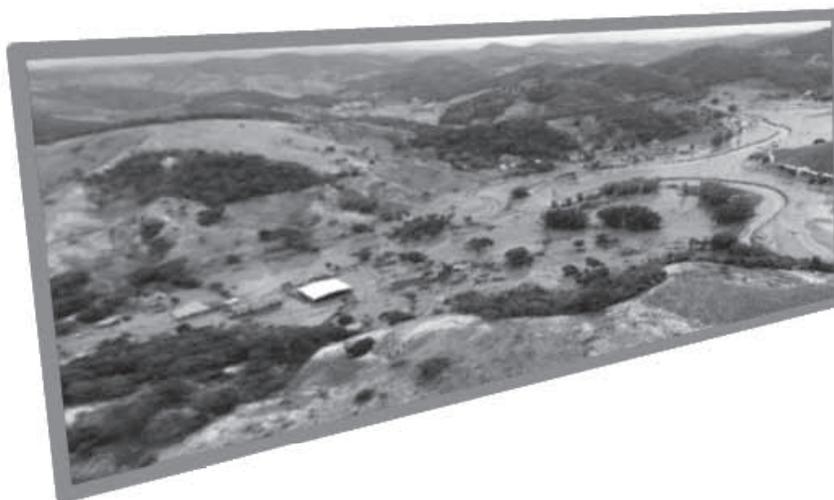


Figura 4: Imagem Comparativa (Antes/Depois do Desastre) da Barragem de Fundão Samarco, em Mariana (MG). Região de Bento Rodrigues



Fonte: Internet. Não leve por trás.

Pode ser verificada, pelas figuras 3 e 4, a mudança do aspecto de todo o rio Doce, ante a lama de rejeitos, demonstrando assim, altos níveis de turbidez. O IBAMA esclarece, que a aludida onda de rejeito é composta por óxido de ferro e sílica, tendo, além de ter soterrado o subdistrito de Bento Rodrigues, alcançado, nesse processo destrutivo, o litoral do Espírito Santo, o que perfaz cerca de 663,2 km de cursos d'água, conforme se pode observar na figura, adiante:²

Figura 5: Imagem da Extensão do Rompimento da Barragem de Fundão Samarco, em Mariana MG)



Fonte: Toda Matéria

² IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>>. Acesso em: 18 de fev. 2021)

animais domésticos; mortandade de fauna silvestre; dizimação de ictiofauna silvestres em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água, bem como a suspensão de seus usos para as populações e a fauna, como abastecimento e dessedentação; além da sensação de perigo e desamparo da população em diversos níveis. (IBAMA, 2015, ps. 33/34)

O IBAMA ressalta, ainda, a existência dos impactos indiretos, tendo em vista que o meio ambiente atingido se trata de um sistema complexo, onde múltiplas variáveis se inter-relacionam, mesmo porque abrange área de uma bacia hidrográfica. O laudo aponta, inclusive, o impacto na qualidade da água, que promoveu a suspensão de seu abastecimento em diversos municípios, atingidos pelo desastre estudado, ante a presença de metais e alteração de outros parâmetros de avaliação da qualidade da água. É preciso lembrar, por oportuno, que diversas pessoas, habitantes desses municípios, vivem da mineração, como também da plantação; o que prejudicou ainda mais o aspecto socioeconômico da região atingida, com a suspensão do abastecimento da água.

17.3 Fiscalização Ambiental

O IBAMA conceitua a fiscalização ambiental como o exercício do poder de polícia previsto na legislação ambiental. Consiste no dever que o Poder Público ter de fiscalizar as condutas daqueles que se apresentem como potenciais ou efetivos poluidores e utilizadores dos recursos naturais, de forma a garantir a preservação do meio ambiente para a coletividade. As atribuições de política ambiental foram concedidas ao IBAMA, pela lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.

A fiscalização ambiental tem por escopo a repressão e a prevenção de lesividade ao meio ambiente, enfim, do dano ambiental. Em consonância com a Lei de Crimes Ambientais, lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, o IBAMA tem competência para lavrar autos de infração ambiente, além de instaurar processos administrativos de apuração das infrações na esfera federal.

17.4 Outras Reflexões Relevantes à Problemática

Os desastres ambientais promovem a reflexão de como importa a fiscalização ambiental, realizada pelo IBAMA e por demais atores no processo, inclusive, a população. Nesse condão, verifica-se a precariedade e a omissão legislativa em diversos segmentos da temática ambientalista, seja no âmbito do direito, engenharia, veterinária, dentre outros.

De acordo com MENDIONDO, citado por KOBİYAMA, MASATO et al., p. 99). Usando dados da UNESCO, 5% (cinco por cento) do custo total utilizado para desastres naturais no mundo são para prevenção, na fase de pré-evento, sendo que o restante, qual seja, o percentual restante de 95% (noventa e cinco por cento) abrangem as fases do evento e do pós-evento, pelo que se observa adiante:

Usando dados da UNESCO, Mendiondo³ (2005) demonstrou que, 5% do custo total utilizado para desastres naturais no mundo são para “pré-evento” (prevenção) e o resto (95%) é para “durante” e “pós-evento” (resgate e reconstrução). Esta tendência deve ser modificada o quanto antes. Contudo, devido à própria característica do ser humano, é difícil alterar esta proporção, ou seja, que o ser humano invista mais na prevenção, mesmo sabendo conviver com os desastres naturais. Neste sentido, cada cidadão não pode esperar somente pelo apoio governamental (KOBİYAMA, MASATO et al., p. 99).

Pedroso, F.; Holm-Nielsen N. (2017) acreditam que devemos nos perguntar sobre a brevidade para a ação, no sentido de atenuar os riscos de desastres ou se seria preferível aguardar até a ocorrência do próximo desastre para simplesmente implementar protocolos de resposta, visando minimizar o sofrimento humano. (PEDROSO, HOLM-NIELSEN, 2017).

Torna-se necessário ressaltar, ainda, que existem concausas, que ao lado das causas analisadas neste ensaio têm um peso significativo quando se analisa o modelo econômico ambientalista tanto dos países, quanto o global, como por exemplo, o endividamento dos países, as crises financeiras, a instabilidade dos mercados financeiros, a ausência de regulamentações específicas nessa temática e o que mais se ofereça.

Por fim, deve ser observado, ainda, que os temas ambientais apresentam uma interligação entre eles, e assim, a ação humana, como por exemplo, o

³ MENDIONDO, E. M. Flood risk management of urban waters in humid tropics: early warning, protection and rehabilitation. In: TUCCI, C.E.; GOLDENFUM, J. (orgs.) Workshop on Integrated Urban Water Management in Humid Tropics, UNESCO IHP-VI, 2005, Foz do Iguaçu, p1- 14.

desflorestamento gera impactos, como nesse caso, a erosão do solo, causando estragos severos e em alguns casos, irreversíveis. Diante dessa reflexão, é preciso que o homem se revista da racionalidade necessária, ponderando sempre que alguns erros são para sempre.

18. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito dos desastres monitora e gerencia todas as fases de um evento catastrófico e na qualidade de ramo multidisciplinar do direito apresenta autonomia, que é consolidada por um ciclo de gestão de risco, interligando as fases que compõe esse risco, apresentando, inclusive, princípios próprios e legislação específica (CARVALHO, 2015).

Deve ser destacado que é preciso a existência de uma política de avaliação dos processos de gestão de desastres, que possam vir a apresentar melhorias e um desenvolvimento sustentável, por meio de seus planos de ação e metas, através de uma política organizacional eficaz, que possa, incluir medidas preventivas de interação com a população ribeirinha, inclusive ante a um caso de desastre na barragem.

E mesmo após o desastre ambiental, e preciso “desenvolver orientações de preparação para a reconstrução após desastres, por exemplo, sobre planejamento do uso do solo e melhoria dos padrões estruturais”, conforme recomendação do Marco de Sendai, no Japão.

Por seu turno, a ética dos desastres tem se apresentado como a corrente da ética direcionada para solucionar os dilemas morais, referentes aos desastres. A perspectiva consequencialista, por meio de uma visão utilitarista, fundada na eficiência remete à perspectiva de que, diante de um evento catastrófico, não é possível salvar todos indivíduos. Por isso, é preciso questionar até que ponto o utilitarismo deve ser considerado como princípio norteador para fins de solução de crises catastrófica, mormente na área ambientalista.

O desastre de Mariana não foi uma catástrofe natural, o que nos leva a pensar sobre a má gestão das empresas envolvidas, além da ineficiência da fiscalização pelos poderes públicos; o que somatizando, é perceptível a ausência de sustentabilidade e ética na gestão, com reflexos inclusive no direito de desastres.

Na esteira desse pensamento, é mister que haja uma preocupação com as licenças ambientais, principalmente quanto às barragens existentes bem próximas a comunidades inteiras, verificando-se inclusive, que existe precariedade e omissão da legislação brasileira quanto à problemática tratada nesse artigo, em diversos segmentos da temática ambientalista, seja no âmbito do direito, engenharia, veterinária, filosofia, dentre outros.

Mas, não se deve ter a ilusão de que o desgaste do meio ambiente é causado tão somente pelos recursos escassos e pela poluição causada pela ganância humana. Isto porque a pobreza também contribui com essa poluição ambiental, causando o desgaste do meio ambiente, seja pela derrubada de árvores; seja jogando uma tonelada de lixo nas redes de esgoto ou outros locais impróprios; seja ainda, aglutinando-se em cidades já completamente congestionais, dentre outras ações, que venham a culminar em eventos, em forma de desastres ambientais.

Torna-se necessário ressaltar, ainda, que existem concausas, que ao lado das causas analisadas neste ensaio têm um peso significativo quando se analisa o modelo econômico ambientalista tanto dos países, quanto o global, como por exemplo, o endividamento dos países, as crises financeiras, a instabilidade dos mercados financeiros, a ausência de regulamentações específicas nessa temática, dentre outras. Nesse condão, deve ser refletido, ainda, que existe um liame entre as causas, como por exemplo, o desflorestamento que acelera a erosão do solo, assim como a poluição do ar, que contribui para a destruição de florestas, lagos e rios.

No presente estudo de caso brasileiro, ora analisado, verifica-se que as lágrimas do Rio Doce não devem se constituir apenas em um acervo histórico, composto, pelo material produzido, inclusive pela internetnografia, desenvolvida a partir de ambientes virtuais (*internet* e artefatos), mas que também venha demonstrar que a ganância humana, em que o dinheiro tem um valor acima da vida de humanos e não humanos, através de um desenvolvimento nacional não sustentável é um preço caro a ser pago pela humanidade e suas futuras gerações.

19. REFERÊNCIAS:

- AUNG, K. T., RAHMAN, N., NURUMAL, M. S., AHAYALIMUDIN, N. **Ethical Disaster or Natural Disaster? Importance of Ethical Issue in Disaster Management.** *Journal of Nursing and Health Science*, 2017, 6(2), 90-93.
- BRASIL. **Instrução Normativa nº 1, de 24 de agosto de 2012.** Estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.defesacivil.se.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/instrucao_normativa_nº_01_de_24_de_agosto_de_2012-2.pdf>. Acesso em: 18 jan, 2023.
- _____. **Instrução Normativa nº 02, de 20 de dezembro de 2016.** Estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos e dá outras providências. Disponível em: <<https://central.to.gov.br/download/26027>>. Acesso em: 18 jan, 2023.
- BUSCHBACHER, R. A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível? **IPEA.** Boletim Regional, Urbano e Ambiental, 2014.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Gestão Jurídica Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CIRNE, Mariana Barbosa e LEUZINGER, Marcia Dieguez (Coords). **Direito dos desastres: meio ambiente natural, cultural e artificial.** Brasília: UniCEUB: ICPD, 2020. Disponível em: < >. Acesso em: 15 fev. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (CNDH). **Relatório sobre o Rompimento da Barragem de Rejeitos da Mineradora Samarco e seus Efeitos sobre o Vale do Rio Doce.** Brasília/DF, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf>. Acesso em: 15 fev, 2023.
- FARBER, Daniel A. Disaster Law and Emerging issues in Brazil. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, 4(1): 2-15 jan.-jun. 2012. Disponível em: <<https://research.fit.edu/media/site-specific/researchfitedu/coast-climate-adaptation-library/latin-america-and-caribbean/brazil/Farber.--2012.--Disaster-Law--Emerging-Issues-in-Brazil..pdf>>. Acesso em: 26 jan.2023.
- _____; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R.M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy.** New York: Aspen Publishers, 2010;

FOLHA DE SÃO PAULO. Gasto do governo federal com prevenção de desastres é o menor em 11 anos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/gasto-do-governo-com-prevencao-de-desastres-e-o-menor-em-11-anos.shtml>> Acesso: 15 de março de 2023.

FOLKE, C. Resilience: the emergence of a perspective for social–ecological systems analyses. **Global Environmental Change** 16: 253-267, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Laudo Técnico Preliminar**. 2015. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Rompimento da Barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/ MG**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

_____. Fiscalização-ambiental: levantamento de imagens aéreas. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/fiscalizacao-ambiental/fiscalizacao-ambiental-denuncias#levantamentosdeimagensaereas>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **População em áreas de risco no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101589.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

JENSON Eva. **Disaster Management Ethics**. UNDP Disaster Management Training Programme, 1997. Disponível em: <<http://www.disaster-info.net/lideres/spanish/mexico/biblio/eng/doc13980.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2023.

KIDDER, R. M. **Como tomar decisões difíceis: muitas vezes na vida você precisa escolher entre o certo e o certo**. Tradução de Sonia Augusto. São Paulo: Gente, 2007.

KOBIYAMA, MASATO et al. Prevenção de desastres naturais: conceitos básicos. Florianópolis: Ed. Organic Trading , 2006.

MENDIONDO, E. M. Flood risk management of urban waters in humid tropics: early warning, protection and rehabilitation. In: TUCCI, C.E.; GOLDENFUM, J. (orgs.) **Workshop on Integrated Urban Water Management in Humid Tropics**, UNESCO IHP-VI, 2005, Foz do Iguaçu, p1- 14.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

OLIVEIRA, Marcos de. **Livro Texto do Projeto Gerenciamento de Desastres - Sistema de Comando de Operações**. Florianópolis: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Defesa Civil, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres, 2009.

PEDROSO, F.; HOLM-NIELSEN N. (2019). **DESASTRES NATURAIS NO BRASIL: um ciclo de tragédias anunciadas**, 2017. **Nexo Jornal**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com>>.

br/ensaio/2017/Desastres-Naturais-no-Brasil-um-ciclo-de-trag%C3%A9dias-anunciadas>. Acesso em: 09 fev. 2023.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RELATÓRIO DE BRUNDTLAND. Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente E Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum** (Relatório Brundtland). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf> Acesso: 25 fev. 2023.

ROUSSEAU, J-J. Carta sobre a Providência. In: **Escritos sobre Religião e Moral**. Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução. nº 2. Unicamp: Campinas, 2002.

SANTOS, L. S.; SERAFIM, M. C. Quando o Desastre Bate à Porta: Reflexões sobre a Ética da Gestão Pública de Riscos e de Desastres. **Administração Pública e Gestão Social**, [S. l.], v. 12, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/6011>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SOARES, Telmir de Souza. Considerações sobre a Esperança em Rousseau. **Trans/form/ação**. Marília, v. 38, p. 163-172, 2015. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/transformacao/article/view/5384/3753>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

UNISDR - Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **Como Construir Cidades Mais Resilientes Um Manual Para Líderes do Governo Local Uma Contribuição para a Campanha Mundial de 2010-2020**. (2017). Disponível em: <https://www.unisdr.org/campaign/resilientcities/assets/toolkit/documents/Handbook%20for%20local%20government%20leaders%20%5B2017%20Edition%5D_PT_Jan2019.pdf> Acesso: 17 jan. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais: 1991 a 2012**. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. 2. ed. rev. ampl. – Florianópolis: CEPED UFSC, 2013. Disponível em: <<https://s2id.mi.gov.br/paginas/atlas/>>. Acesso em: 25/01/2023.

_____. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. **Curso de Capacitação para usuários do Sistema Integrado de Informações sobre Desastres – S21D: Módulos de registro e de reconhecimento**. Textos: Fernando Lo Feudo Ferreira, Jairo Ernesto Bastos Krüger, Thiago Gonçalves Magalhães. 3. ed., Florianópolis: CEPEDUFSC, 2014. Disponível em: <<https://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/01/S21D-Curso-de-Capacitacao-para-Usu%C3%A1rios-do-S21D-modulos-de-Registro-e-de-Reconhecimento-Final.pdf>>. Acesso em: 05/01/2023.

VOLTAIRE. **Poème sur le Désastre de Lisbonne**. Disponível em: <<https://gpthome69.files.wordpress.com/2019/09/voltaire-lisbonne.pdf>>. Acesso em: 03.03.2023

ZACK, Naomi. **Ethics for disaster**. EUA: Rowman & Littlefield Publishers, 2009.

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E LÍNGUA PORTUGUESA: TRADIÇÃO BASEADA NA FILOSOFIA, NOS COSTUMES E NA CULTURA LITERÁRIA

Alexandre Chini¹

Marcelo Moraes Caetano²

INTRODUÇÃO: LÍNGUA PORTUGUESA E DIREITO BRASILEIRO

Um dos nossos objetos de pesquisa tem sido, ao longo dos anos, a investigação sobre o binômio que o pensador dinamarquês Louis Hjelmslev estabeleceu sobre o que podemos considerar a condição de existência da comunicação humana. Trata-se, entre outros elementos indispensáveis àquela consecução, da linguagem humana (plano do conteúdo) e da sua concretização em línguas específicas (plano da expressão).

Portanto, o direito, como manifestação do conteúdo do ordenamento jurídico com sua necessária expressão, passa, em cada país onde é instaurado, pela língua que se fala e em que se escreve neste país.

No caso do Brasil, a língua portuguesa é o meio de expressão e comunicação

¹ Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO. Membro Titular da Academia Fluminense de Letras (cadeira 50).

² PhD em Letras pela UERJ, pós-doutorando em Antropologia pela Universidade de Copenhague, Dinamarca, membro da Academia Brasileira de Filologia, do PEN Clube do Brasil e da Société Académique des Arts, Sciences et Lettres de Paris. Psicanalista, professor adjunto e pesquisador da UERJ.

em que nos apresentamos como pessoas, envolvidas em nossas identidades individuais, subjetivas e, ao mesmo tempo, coletivas, culturais, civilizatórias.

É nesse sentido que nos aprofundaremos, uma vez mais, seguindo os passos de nossa já publicada *Gramática Normativa da Língua Portuguesa: um guia completo do idioma* (CHINI; CAETANO, 2020), nas questões linguísticas e filológicas da língua portuguesa, uma vez que se trata do idioma oficial da República Brasileira, sendo objeto de interesse profundo do direito.

Escrevemos, em 2016 (por ocasião de nossos muitos estudos sobre o plano do conteúdo e o plano da expressão do Novo Código de Processo Civil), artigo referente à questão da importância da língua portuguesa para o direito, uma vez que seu corpus, por si só, constitui intrinsecamente o próprio ordenamento jurídico do Brasil. Intitulamos o artigo como “Vernáculo ou língua portuguesa? A nova sistemática processual”. O texto foi publicado em diversos periódicos e revistas científico-acadêmicas no Brasil e exterior, e seguiu patenteadado em nosso livro *Argumentação jurídica indo além das palavras* (CHINI; CAETANO, 2021).

A introdução do aludido artigo precisa ser aqui rememorada para que a discussão posterior se consubstancie em terreno mais sólido, uma vez que, agora, como dissemos, enviaremos nossa atenção sobre as origens não apenas da língua portuguesa como objeto normatizador presente na imanência do nosso ordenamento jurídico, mas, também, anteriormente à nossa língua, percorreremos as forças de pensamento e ação de cultura e de costumes que interferiram e forjaram a gramaticologia e a gramaticografia de todo o Ocidente.

Dizíamos o seguinte em nosso capítulo mencionado:

Este nosso texto cotejará os artigos do Antigo e do Novo Código de Processo Civil que versam sobre a utilização do idioma em que as peças processuais deverão ser redigidas. Procederemos, sempre que necessário, à hermenêutica que propicia o contraste entre os aludidos artigos e outros diplomas do ordenamento jurídico brasileiro que os aquilatem ou prejudiquem.

Consideramo-lo relevante porque, segundo nossas pesquisas, poder-se-iam ter criado problemas de base, até mesmo insolúveis, para os operadores de Justiça com o Código de 1973 no que tange à sua propositura legiferante acerca do meio de expressão reinante nos processos judiciais.

O artigo do revogado Código de Processo Civil que trata da língua em que se deve escrever todos os atos vinha assim redigido:

art. 156: Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. (Antigo CPC, Lei 5869/1973, sublinhamos.)

Este artigo tinha sua complementação e corroboração no artigo seguinte:

art. 157: Só poderá ser junto aos autos documento em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. (Antigo CPC, Lei 5869/1973, sublinhamos.)

Comparado ao atual Código de Processo Civil, temos a seguinte redação:

art. 192: Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único: O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado. (Novo CPC, Lei 13.105/2015, grifamos)

Perpassando ambos os artigos aqui comparados, sobreleva-se a vigência da atual Constituição Brasileira:

art. 13: A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil. (CRFB/1988, sublinhamos.)

E não podemos deixar de remeter à referência do Código Civil que também vige em nosso Ordenamento:

art. 224: Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País. (CC, Lei 10.406/2002, sublinhamos.)

Nossa discussão, portanto, se dará no uso terminológico dos conceitos “vernáculo” e “língua portuguesa”. Envolverá, também, conceitos de “idioma oficial” (inscrito na Constituição Federal de 1988) e seu veículo de expressão, a Gramática Normativa, cujo objeto ulterior é o domínio da norma-padrão do idioma oficial. (CHINI, CAETANO, 2021, p.131-132)

Partiremos, agora, para nossa empreitada em busca das raízes históricas da nossa tradição gramatical que, no caso do Brasil, arquitetou a língua portuguesa como elemento intrínseco ao nosso próprio ordenamento jurídico.

A PRESCRIÇÃO GRAMATICAL OCIDENTAL: LITERATURA (CULTURA LITERÁRIA) E FILOSOFIA

Em vez de julgar, sugiro que busquemos compreender a gramática normativa do Ocidente. Pela mesma razão, é necessário, em diversos outros momentos (que não presentes como pontos basilares neste artigo), que se pesquisem, com acuidade, aspectos do discurso. Envidemos atenção, portanto, ao estudo historiográfico da gramática normativa e, mesmo, dos estudos de língua e linguagem ocorridos no Ocidente.

Há, hodiernamente, um ramo da ciência denominado “Epistemologia Histórica”. Como a designação sugere, trata-se de um esforço multidisciplinar de se estudarem as Epistemologias (Filosofias da Ciência) ao longo da História, isto é, de perceberem-se quais eram as linhas-mestras que norteavam o pensamento do homem de ciência (sua metodologia, seus meios e finalidades, seus objetos, suas técnicas e tecnologias) no decurso do tempo. Não é à toa que, hoje, não há mais paradoxo em falar-se numa “Linguística Histórica”, sintagma que, como disséramos há pouco, foi brilhantemente intuído e aprofundado sob a campânula, por exemplo, de um Antenor Nascentes. Isso porque a preocupação descritiva, que os linguistas vertem cientificamente sobre os atos discursivos em suas manifestações pluralíssimas, pode (e deve, em alguns casos) aliar-se à ocupação diacrônica e mesmo prescritiva que soía ser exclusivamente atribuída ao mister da Filologia e da Gramaticologia.

A união desses dois labores e dessas duas perspectivas não é tarefa simples:

Se a linguística é o estudo da linguagem em todos os seus aspectos [...], então a história da linguística deve abranger todas as abordagens passadas do estudo da linguagem, quaisquer que tenham sido os métodos e os resultados obtidos. Esta nova postura impõe enormes exigências ao pesquisador individual, que idealmente teria de ser um poliglota versado em todos os ramos da história intelectual e cultural, bem como em todos os aspectos da linguística moderna. Na prática, a maioria dos estudiosos têm se concentrado numa área relativamente circunscrita, na doutrina ou na escola com a qual tem afinidade. (WEEDWOOD, 2002, p. 18-19, sublinhamos)

No que se refere à Epistemologia Histórica da gramática normativa, consideramos necessária a imersão sobre suas duas forças emergentes, que oscilaram ou se intercambiaram para a fatura dos compêndios gramaticais no Oeste.

Assim, antecipando uma das conclusões a que se pode chegar, à guisa de reflexão, ao contrário do que se apregoa como preconceito oriundo do que bem poderíamos chamar de eixo Norte-Sul (eixo representativo, respectivamente, das comunidades socioeconômicas hegemônica e não hegemônica), o eixo ou linha a que temos de nos referir, como cientistas da *langue* e da *parole*, e não como sociólogos, é antes um eixo Leste-Oeste.

Falemos, portanto, da tradição gramaticográfica do Oeste ou do Ocidente.

Os linguistas concordam que a análise gramatical no Ocidente crava suas raízes na filosofia grega dos anos 500 a.C., define-se como tema filológico no trabalho dos intelectuais alexandrinos e difunde-se na Europa medieval e moderna graças particularmente aos romanos. Platão dividira a unidade do discurso, que ele intuía no esforço de apreender os mecanismos de expressão do pensamento, em dois componentes: ónoma (nome) e rhéma (verbo). Aristóteles lhes acrescentou os syndesmoi (partículas). Os estoicos induziram à distinção entre classesvariáveis e classes invariáveis, até que, por volta dos fins do segundo século a.C., Dionísio Traco formulou uma teoria das partes do discurso, que ele distribuía em oito categorias: nome, verbo, pronome, particípio, artigo, advérbio, preposição e conjunção. (AZEREDO, 2010, p. 6)

Dispomo-nos a levantar ontologicamente as classes morfológicas das gramáticas contemporâneas de Língua Portuguesa em função de seus graus de gramaticalização efetiva. Com isso, vemos ainda outras classes que eram apontadas na Antiguidade, e como suas classificações se baseavam preponderantemente em significados extralinguísticos e intralinguísticos, e, mais ainda, como surgiu, com isso, o problema de se conciliar esse critério classificatório com um critério que fosse revestido de parâmetros formais.

Apenas a título de comentário parentético, parece-nos oportuna a denominação com que Said Ali caracteriza os “nomes” em sua Gramática Histórica da Língua Portuguesa:

NOMES EM GERAL

As palavras com que se designam os seres e seus atributos chamam-se simplesmente nomes. É o termo mais desprezioso e mais acertado de toda a nomenclatura gramatical. Fazendo-se, como se faz, distinção entre as denominações dos seres propriamente ditos e as denominações dos atributos de dimensão, tamanho, cor, consistência

etc., pelos quais os diferenciamos uns dos outros, torna-se necessário dividir os nomes em substantivos e adjetivos.

Os atributos, posto que sejam inerentes aos seres, são considerados muitas vezes como se existissem separados deles, como se fossem outras entidades. Os substantivos que os representam chamam-se abstratos; são concretos os nomes de referência direta aos seres. *Alegria, tristeza, formosura, probidade* são substantivos abstratos; *casa, mulher, jardim, homem* são nomes concretos. (ALI, 1964, p. 54)

Partimos desta perspectiva para, na *Gramática Reflexiva da Língua Portuguesa* (CAETANO, 2009) e em nossa já mencionada *Gramática Normativa da Língua Portuguesa: um guia completo do idioma* (CHINI; CAETANO, 2020), expormos os conceitos de cada classe gramatical, de acordo com visões que contemplam o aspecto histórico-filológico e também o descritivo-discursivo-linguístico, em consonância com o chamado parâmetro pancrônico, tão caro, por exemplo, a um estudioso como Fernando Tarallo.

Weedwood desdobra a questão seminal das reflexões sobre língua, pensamento e discurso, inter-relacionando-a à preocupação aristotélica com língua falada/língua escrita e as repercussões de suas reflexões nos seus pósteros:

Aristóteles (384-322 a.C.), discípulo de Platão, em seu *Peri hermeneías (De interpretatione)*, delineou um processo em três etapas: os signos escritos representam os signos falados; os signos falados representam impressões (*pathemata*) na alma, e as impressões na alma são a aparência das coisas reais. As impressões e as coisas, observa Aristóteles, são as mesmas para todos os homens, ao passo que diferem as palavras que representam as interpretações. Como seus comentadores logo apontaram, esse esquema levantava muitas dificuldades. Os estoicos (séculos III-II a.C.), e vários autores a seguir, preferiram acrescentar uma etapa entre a recepção passiva da impressão e a fala: o conceito, uma noção que pode ser verbalizada (grego: *lektón*; latim: *dicibile*). Assim, embora todos os homens possam receber as mesmas impressões das coisas que percebem, como sustentava Aristóteles, os conceitos que eles formam dessas impressões diferem, e são eles que estão representados na fala.

Segundo os estoicos, um conceito (*lektón*) era representado num enunciado significativo (= com significado), *lógos*. *Lógos* foi definido por Diógenes de Babilônia (um estoico do século II a.C., cujo pensamento é esboçado para nós por Diógenes Laércio em seu *Vidas dos filósofos*) como “um enunciado significativo dirigido pelo

pensamento racional". A substância física do *lógos* era *phoné*, "voz", o enunciado considerado como mero som, articulado ou inarticulado, sem referência a significado. Um enunciado (*phoné*) que pudesse ser representado na escrita – um enunciado articulado – era chamado de *léxis*. Um *léxis* diferia de um *lógos* porque, enquanto o significado era essencial para um *lógos*, um *léxis* não precisava obrigatoriamente ter significado. (WEEDWOOD, 2002, p. 27-28)

É de ressaltar que Aristóteles já preconizava uma distinção que viria a estabelecer os alicerces do conceito de gramaticalização e a clareza que esse conceito emprestaria à união entre Linguística e Filologia, pelo meio tecnológico construído na Gramaticologia, de cuja história ocidental tratamos, por isso mesmo, neste artigo. Isso porque ele já fundava uma dicotomia básica: de um lado, as "categorias da fala" (conceito análogo aos posteriores "partes da fala", "partes do discurso", "classes gramaticais", "classes morfológicas"), apresentadas sob as chancelas de vocábulos (semanticamente) independentes; de outro, os instrumentos gramaticais.

Aristóteles estabeleceu também uma fecunda distinção entre duas espécies de palavras: as que mantêm o seu significado mesmo quando isoladas, e as que são meros instrumentos gramaticais. Esta divisão é ainda largamente aceita pelos linguistas e também pelos filósofos. Finalmente devemos a Aristóteles uma classificação das metáforas, que, desenvolvida e aperfeiçoada por escritores subsequentes, especialmente por Quintiliano, desempenhou um papel primordial na tradição retórica e foi acolhida na semântica pelos pioneiros da nova ciência. (ULMANN, 1964, pp. 11-12)

Em seguida, a autora enveredará pelo que chamará, em eco com este nosso artigo, de "A tradição ocidental até 1900", perfilando concisa, conquanto importantíssima, anamnese da tradição gramatical do Ocidente, observando a epistemologia da gramática tradicional (de onde, como ela mesma defende, surgiu a própria Linguística, com a qual deveria haver diálogo, e não duelo), na Grécia, em Roma, na Idade Média, no Renascimento. Muitas contribuições do laborioso trabalho de Weedwood, como o de historiadores, antropólogos e linguistas, serviram-nos à confecção deste nosso artigo.

Os antigos gregos, voltamos a eles, iniciaram-se na tradição gramatical (a *nossa moderna* tradição gramatical) com análises provenientes da filosofia, como se colhe do trecho de Weedwood. Antes de Sócrates, Platão e Aristóteles, cujas primícias de contribuições foram esboçadas em trecho extraído acima de Azeredo e Ullmann,

os pré-socráticos e os retóricos (sobretudo os sofistas, como Protágoras, a quem Sócrates-Platão dedicaram um diálogo homônimo com intuito de refutar suas ideias) já pensavam filosoficamente (cognitivamente, inclusive) sobre a língua. Foi aí, com efeito, e não apenas na trilogia da Academia e do Liceu (respectivamente Sócrates-Platão e Aristóteles), que surgiu, como dito, nossa tradição gramatical.

Um contraponto crítico a ser acrescentado está nas seguintes palavras de Marcuschi:

[...] enquanto espécie, o *homo sapiens* data de cerca de um milhão de anos. A escrita surgiu pouco mais de 3.000 anos antes de Cristo, ou seja, há 5.000 anos. No Ocidente, ela entrou por volta de 600 a.C., chegando a pouco mais de 2.500 anos hoje. E a imprensa surgiu em 1450, tendo pouco mais de 500 anos. (MARCUSCHI, 2001, p. 23)

Apesar de, nesse trecho específico, Marcuschi sublinhar o que chamou várias vezes de “primazia cronológica da fala sobre a escrita”, ele próprio não renega a importância capital da escrita nas sociedades em que ela tenha adentrado.

Após a grande trilogia da Academia e do Liceu, houve o período dos estoicos, seguidos de perto pelos alexandrinos.

Sócrates-Platão dedicaram seus aparatos investigativos sobre as questões linguísticas, para falarmos dos dois que consideramos os mais preponderantes diálogos sobre língua, no *Crátilo* e no *Fedro*. O *Crátilo* busca a compreensão dialógica, maiêutica, dentro dos pressupostos da ironia socrática (em que o “tudo o que sei é que nada sei” é antes do mais um ato de ceticismo para parturir conhecimento castiço); busca estabelecer as reflexões sobre a arbitrariedade e a não arbitrariedade do signo linguístico, para usarmos uma expressão anacrônica, evidentemente. Por sua vez, o *Fedro* aborda a questão da língua escrita como mera subsidiária da língua falada, e suscita férteis reflexões sobre memória e esquecimento, “centro” e “periferia”, razão pela qual foi eleito por Derrida para embasar parte substantiva de sua desconstrução pós-estruturalista, que inverteu a tese do *Fedro* e colocou a primazia da linguagem na escrita, e não na fala.

Aristóteles, voltando a ele, entre outras obras, dedica a *Retórica*, a *Lógica* e a *Poética* a investigações de cunho linguístico, cognitivo, estético. O fundador do Liceu, embora discordasse do idealismo perempto de seu preceptor, Platão, fundou as bases da ciência moderna, que necessita de generalizações teóricas,

sumamente abstratas, olhadas com o arcabouço que as gerou, como vimos, ao deduzir, em sua famosa máxima lógica dedutiva, que “todos os homens são mortais; Sócrates é um homem; Sócrates é mortal”.

Desde os estoicos a língua passou a ser tratada em obras específicas que lhe eram dedicadas, embora não fosse encarada como um fim em si própria, mas como um meio pelo qual o pensamento se expressaria pela voz (phoné): remonta daí a “metafísica da presença” (o termo é de Derrida, para a formalização de seu pós-estruturalismo, há pouco aludido) ou uma “metafísica da fala” sobre a escrita, que insiste em tentar perenizar-se entre muitos linguistas.

Assim sendo, durante todo esse período, a língua era investigada como “pretexto” ou meio, cuja finalidade seria meramente a expressão vocal (fonética) do pensamento. Trata-se do primeiro círculo de estudos da tradição gramatical que herdamos: o círculo de bases filosóficas, lógicas, retóricas, matemáticas, cognitivas, psicológicas.

Em Alexandria (séculos III e II a.C.), o uso literário emerge como preceptor dos estudos de língua. Esse interesse, como se sabe, vinha do desejo de manter-se incorrupta a língua grega clássica, condensada em Homero. Aqui, a preocupação não vem tanto da fala, mas da escrita: “[...] o objetivo da gramática grega era a língua escrita, como indica a etimologia da palavra *gramática*, que deriva da forma utilizada para designar ‘a arte de escrever’” (LOBATO, 1986, p. 79).

O próprio Dionísio, que era alexandrino (o epíteto “da Trácia” deve-se à origem de seu pai), e que escreveu a gramática mais antiga que chegou a nós (no século II a.C.) definia a gramática como “o conhecimento prático dos usos gerais de poetas e escritores de prosa”. Semelhante definição encontra-se em Varrão, o mais antigo gramático romano que nos chegou (séc. I a.C.). Para ele, a gramática é “o conhecimento sistemático do uso da maioria dos poetas, historiadores e oradores”. Assim como a gramática grega descrevia o grego clássico, as gramáticas latinas descreviam a literatura do latim clássico, como de Cícero e Vergílio.

Cabe a Varrão, ainda, e exatamente pela razão exposta, uma preocupação em dividir-se a gramática de modo que sustentasse, espelhasse e explicasse as regras internas de funcionamento da língua com lastro em elementos da escrita.

Quando, no século I antes de Cristo, Varrão codificou a gramática latina, considerou a etimologia como uma das três principais divisões dos estudos linguísticos, ao lado da morfologia e da sintaxe. (ULMANN, 1964, p. 7, sublinhamos)

A Idade Média (sobretudo entre os chamados “gramáticos gerais”, nos séculos XIII e XIV) voltou a empenhar-se no estudo da língua como “modos” de significar (daí serem chamados de “modistas”), sendo isso compreendido como uma representação natural e até necessária entre o que viria a chamar-se “referente” e “significado”. Retornava, pois, à visão de Platão e dos pré-socráticos sobre língua, uma vez que a encaravam como meio de expressão do pensamento, da razão. Além de serem chamados de “modistas”, pelo motivo apresentado, eram também chamados de “especulativos”, por acreditarem, como se disse, que a língua é um espelho do pensamento e da razão, algo que será revisitado alguns séculos depois, pelas gramáticas filosóficas ou racionalistas, de que o próprio gerativismo de Noam Chomsky é herdeiro.

O ensino gramatical do latim na Idade Média [...], tal como o encontramos nos manuais clássicos (o *Doctrinale* de Alexandre de Villedieu, o *Graecismus* de Evrard de Béthune, ou o *Catholicon* de Jean de Gènes) é determinado por uma visão pedagógica, pelas técnicas de memorização (versificação) e pela preocupação do detalhe morfológico. Isto não significa que seja *elementar*, no sentido em que o ouviremos a partir do século XVII (isto é, do simples e do fácil para se compreender): os versos do *Doctrinale* são provavelmente incompreensíveis sem a ajuda das glosas.

[...]

A gramática teórica medieval [...], ainda que diga respeito unicamente ao latim, assim como à lógica, não tem a bem dizer a língua latina como objeto, mas o *enunciado* em geral.

É completamente diferente com a gramática geral. Nascida depois da gramatização e encontrando seu apogeu no século XVIII em torno dos enciclopedistas franceses, esta se propõe ser a ciência do que é comum a todas as línguas. Em um universo cultural em que a profunda mutação das ciências da natureza impõe a concepção da lei como a asserção verificável de uma relação constante entre os fenômenos, a gramática geral pretende ser a ciência das leis da linguagem às quais devem se submeter todas as línguas (AUROUX, 2009, p. 87-88)

Os escolásticos, antes disso (séculos XII e XIII), já haviam elevado essa forma de conceber a língua a importantes patamares. Como se percebe, não é à toa que Santo Agostinho, escolástico que ousou unir o então “pagão” Aristóteles à filosofia cristã (cabendo a São Gregório Magno e a São Tomás de Aquino a preferência pela união de Platão, um pouco “menos pagão”, à filosofia católica),

tenha delineado com grande clareza, em suas *Confissões*, o que viria a ser chamada de concepção “logocêntrica” da língua. Essa concepção foi, séculos depois, aceita como verdadeira por Wittgenstein (em seu *Tractatus Logico-philosophicus* – *Logische-Philosophische Abhandlung*), e, em seguida, refutada pelo mesmo Wittgenstein (em suas *Investigações Filosóficas* “*Philosophische Bemerkungen*” – publicadas postumamente em 1953).

Após essa reinserção dos estudos gramaticais sobre as bases filosóficas gregas, sobretudo a platônica e a aristotélica, a Renascença volta a buscar subsídios na Literatura, a fim de criar compêndios pedagógicos que privilegiassem o latim clássico. Não se propunha, sobre a gramática, o apanágio de compêndio vernacular, como se percebe.

Ao lado dessa importância atribuída ao latim, entretanto, as línguas vernáculos começaram a ser encarecidas também, muito como fruto da Reforma Protestante, da invenção da imprensa, das descobertas ultramarinas, da “união dos dois mundos”. Nesse período (séculos XV e XVI), pode-se dizer que surgiram as primeiras gramáticas ditas “científicas”, como a de Nebrija (1492), bem como as primeiras gramáticas da língua portuguesa (Fernão de Oliveira, de 1536, e João de Barros, de 1540).

O Renascimento europeu é o ponto de inflexão de um processo que conduz a produzir dicionários e gramáticas de todas as línguas do mundo (e não somente dos vernáculos europeus) na base da tradição greco-latina. Esse processo de “gramatização” mudou profundamente a ecologia da comunicação humana e deu ao ocidente um meio de conhecimento / dominação sobre as outras culturas do planeta. Trata-se propriamente de uma revolução tecnológica que não hesito em considerar tão importante para a história da humanidade quanto a revolução agrária do Neolítico ou a Revolução Industrial do século XIX (AUROUX, 2009, p. 8-9).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: FALA, ESCRITA, DESCRIÇÃO, PRESCRIÇÃO, IDENTIDADE, LINGUÍSTICA, FILOLOGIA, GRAMÁTICA

Numa linha sinóptica, remissiva e conclusiva, podemos dizer que a tradição gramatical se dividiu, como aliás predisséramos, na busca de subsídios empíricos na filosofia ou na literatura, e que ela foi, em grande parte, capacitadora da formação de identidades “imaginadas” (porém realizadas) em torno dos idiomas vernáculos, sobretudo quando recebiam o laço da escrita. A correlação

entre língua, filosofia e pensamento se processou nos pré-socráticos, nos retóricos e sofistas, em Sócrates, Platão e Aristóteles, nos estoicos, em grande parte nos escolásticos (séculos XII e XIII) e nos modistas/especulativos ou gramáticos gerais (séculos XIII e XIV), nos gramáticos filosóficos/racionalistas, como os de Port-Royal (séc. XVII) e Jerônimo Soares Barbosa, na Língua Portuguesa (séc. XVIII). Por outro lado, a busca da literatura como “uso correto” e “incorruto” dos idiomas, clássicos (grego e latim) ou vernáculos (gramáticas científicas) se deu entre os alexandrinos (como o próprio Dionísio da Trácia), Varrão, o período da Renascença e, enfim (mas não por fim), gramáticas como as de Nebrija, Fernão de Oliveira e João de Barros.

Em resumo, ao lado de conceber a língua como fenômeno que reflete o pensamento e o raciocínio, e as formas como eles devem ser comunicados, as gramáticas, em sua tradição ocidental, concebem a língua como necessariamente padronizada (balizada pela literatura) a fim de que o pensamento e o raciocínio aludidos possam, por um viés padronizado, ser comunicados. Essa remissão à tradição cultural de um povo, neste caso baseada em sua literatura, cria, de certa forma, a norma-padrão que baliza o próprio direito em seu ordenamento jurídico.

Não deveria, pois, haver conflito entre o que hoje se concebe como “descrição” (comunicação, interação, heterogeneidade, “fala”) – isto é, o que está focalizado pela Linguística – e “prescrição” (literatura, sistematização, homogeneidade, “escrita”) – isto é, o que preconizam a Filologia e a Gramaticologia, esta derivada daquela –, mas, sim, diálogo. No fundo, tudo é descrição.

Assim como ocorre no direito, a atualização dos elementos culturais e civilizatórios de um idioma não sendo patenteados nos códigos prescritivos que o corporificam em parte de sua expressão – nossas gramáticas escolares ou normativas, que são, como temos salientado, parte imanente do próprio ordenamento jurídico de um povo, com suas infinitas pluralidades gramaticais e culturais.

REFERÊNCIAS

- ALI, Manuel Said. [1921] *Gramática histórica da língua portuguesa*. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas*. Tradução de Denise Botmann. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

- AUROUX, Sylvain. *A revolução tecnológica da gramatização*. Tradução de Eni Puccinelli Orlandi. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2009.
- AZEREDO, José Carlos de. *Gramática Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Publifolha, 2010.
- CAETANO, Marcelo Moraes. *Gramática Reflexiva da Língua Portuguesa*. 2ª. Ed., Rio de Janeiro, Editora Ferreira, 2009.
- CHINI, Alexandre; CAETANO, Marcelo Moraes. *Argumentação jurídica: indo além das palavras*. 2. Edição. Brasília: OAB Editora, 2021.
- _____. *Gramática Normativa da Língua Portuguesa: um guia completo do idioma*. Brasília: OAB Editora, 2020.
- COUTINHO, Ismael de Lima. *Gramática Histórica*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1972.
- LOBATO, Lúcia Maria Pinheiro. *Sintaxe gerativa do português: da teoria padrão à teoria da regência e ligação*. Belo Horizonte, Ed. Vigília Ltda., 1986.
- LYONS, John. *Linguistique générale*. Introduction à la linguistique théorique. Traduction de F. Dubois-Charlier et D. Robinson. Paris: Librairie Larousse, 1970.
- MARCUSCHI, L.A. *Da fala para a escrita*. Atividades de retextualização. São Paulo: Cortez, 2001.
- NASCENTES, Antenor. *Elementos de Filologia Românica*. Rio de Janeiro: Botelho Editora, 2009.
- PRETI, Dino. *Sociolinguística*. Os níveis da fala. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.
- ULMANN, Stephen. *Semântica*. Uma introdução à ciência do significado. Tradução de J. A. Osório Mateus. 3. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- WEEDWOOD, Barbara. *História concisa da linguística*. São Paulo: Parábola Editorial, 2002.

A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF E DO STJ SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

Alexandre Pontieri¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo mostrar o atual posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. O artigo também apresentará a legislação correlata ao tema. E, ao final, buscaremos responder aos seguintes questionamentos: 1) É correto o atual posicionamento do STF e do STJ sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo? 2) É correta a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo? Esse o objeto do artigo que ora se apresenta.

Palavras-Chave: Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – legislação sobre o tema – jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar o atual posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de

¹ Advogado com atuação nos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE), e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Consultor da área tributária com foco principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília nos anos de 2018 e 2019. alexandrepontieri@gmail.com

Justiça (STJ) sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

O artigo também apresentará a legislação correlata ao tema.

E, ao final, buscaremos responder aos seguintes questionamentos:

1) É correto o atual posicionamento do STF e do STJ sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo?

2) É correta a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo?

Esse o objeto do artigo que ora se apresenta.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA

No Direito Penal Tributário a punibilidade é excluída, nos casos de pagamento de tributo, mesmo mediante parcelamento. Apresentamos a legislação correspondente – abaixo.

Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995

Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa,

sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 12.382, de 2011).

Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003

Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências.

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica

relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011

Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010.

Art. 6º O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

“Art. 83.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos

inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.” (NR)

3. JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

Apresentamos abaixo jurisprudências recentes do colendo Supremo Tribunal Federal sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

-(...) 2. A novel legislação penal, que de qualquer modo beneficie o réu – lex mitior –, tem incidência retroativa para alcançar os processos em curso, à vista do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, devendo o juiz, em face dos termos do artigo 61, caput, do Código de Processo Penal, aplicá-la em qualquer fase do processo e, se reconhecer extinta a punibilidade, há de declará-la e de deferir, ex officio, ordem de habeas corpus. 3. In casu, a Lei Federal nº 10.684/2003, ao se referir a casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, dispôs expressamente em seu parágrafo segundo sobre a extinção da punibilidade dos crimes acima referidos, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, razão pela qual o Tribunal Regional Federal, ante a comprovação do pagamento do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes, declarou a extinção da punibilidade, o que está em consonância com a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 81.828-0/RJ, redator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 27.02.2004, e Habeas Corpus nº 85.452, relator Ministro Eros Grau, julgado em 17.05.2005, iter alia. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 575071 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

Ementa: AÇÃO PENAL. EX-PREFEITO E ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA DE INFRAÇÃO AO DECRETO-LEI 201/1967, ART. 1º, III E IX. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EMENDATIO LIBELLI. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO A PARCELA DA APROPRIAÇÃO, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO, EM RELAÇÃO AO MAIS. 1. A apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) prevalece sobre o tipo previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/1967, quando a hipótese versa descumprimento de lei municipal atinente a recolhimento a autarquia previdenciária. 2. Ausência de descrição própria de desvio de

renda pública, independente da suposta apropriação indébita, leva à absolvição, sobretudo quando a prova dos autos evidencia não ter havido o suposto fato. Improcedência da denúncia, no ponto. 3. Incide, no caso, o entendimento de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Precedente.

(AP 450, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015)

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR QUANTO À VALIDADE CONSTITUCIONAL DA ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA CONFERIDA AO RELATOR PARA, MONOCRATICAMENTE, NEGAR TRÂNSITO A RECURSOS, PEDIDOS OU AÇÕES, QUANDO INCABÍVEIS, INVIÁVEIS OU CONTRÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INSUBSISTÊNCIA DA ARGUIÇÃO. QUESTÕES DE MÉRITO: CRIME TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO DO TRIBUTO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO REATROATIVA DA LEI FEDERAL Nº 10.684/2003. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 21, § 1º, do Regimento Interno, expressamente dispõe estar incluída, na esfera de atribuições do relator, a competência para negar, monocraticamente, trânsito a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, inviáveis, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarado a validade constitucional deste dispositivo legal por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 375 (AgRg), relator Ministro Carlos Velloso, e Mandado de Segurança nº 22.626 (AgRg), relator Ministro Celso de Mello, acórdãos publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência nºs 139, p. 53, e 168, p. 174-175, respectivamente. Preliminar rejeitada. 2. A novel legislação penal, que de qualquer modo beneficie o réu – *lex mitior* –, tem incidência retroativa para alcançar os processos em curso, à vista do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, devendo o juiz, em face dos termos do artigo 61, caput, do Código de Processo Penal, aplicá-la em qualquer fase do processo e, se reconhecer extinta a punibilidade, há de declará-la e de deferir, ex officio, ordem de habeas corpus. 3. In casu, a Lei Federal nº 10.684/2003, ao se referir a casos dos crimes descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, dispôs expressamente em seu parágrafo segundo sobre a extinção da punibilidade dos crimes acima referidos, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, razão pela qual o Tribunal Regional Federal, ante a comprovação do pagamento do débito tributário pela pessoa jurídica a qual vinculados os agentes, declarou a extinção da*

punibilidade, o que está em consonância com a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº 81.828-0/RJ, redator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 27.02.2004, e Habeas Corpus nº 85.452, relator Ministro Eros Grau, julgado em 17.05.2005, iter alia. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 575071 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

4. JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

Apresentamos abaixo jurisprudências recentes do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

(HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/20017)

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. É possível o reconhecimento da extinção de punibilidade, mesmo após o recebimento da denúncia, quando existe prova convergente e pré-constituída no sentido da ocorrência do pagamento integral dos tributos devidos. Precedentes.

2. No caso, as informações prestadas pelo Chefe do Núcleo Fiscal de Cobrança de Marília/SP indicam que, após a inscrição do débito em dívida ativa, foram realizados três recolhimentos, em 13/6/2016, 11/7/2016 e 22/7/2016, suficientes para liquidar integralmente o valor devido.

3. Recurso provido para trancar a ação penal na origem.

(RHC 98.508/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. NULIDADE. PLEITO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART.

34 DA LEI N. 9.249/1995 E ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003.

HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO DO PAGAMENTO DO TRIBUTO.

CRIME DO ART. 293, § 1º, III, "B", DO CP. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. SITUAÇÕES SEMELHANTES. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no

sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A discussão acerca da alegada “entrada ilegal em estabelecimento comercial sem devido mandado de busca e apreensão” e, portanto, do pleito anulatório, não foi debatida no Tribunal de origem.

3. Hipótese em que o ato alegado como coator não foi praticado pelo Tribunal a quo, motivo pelo qual não pode esta Corte Superior examinar a matéria sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

4. O delito previsto no art. 293, § 1º, III, “b”, do Código Penal - em que incorreram os pacientes, em razão da conduta de manter em depósito, no exercício de atividade comercial, garrafas de bebida alcoólica sem o selo obrigatório do IPI - está inserido no Capítulo II do Título X do Código Penal, que trata dos crimes contra a fé pública. Apesar disso, observa-se que o bem jurídico tutelado por esse crime não é a fé pública. Trata-se, na verdade, de crime praticado em detrimento apenas da ordem tributária, direcionado tão somente ao combate à sonegação.

5. Mesmo se tratando de crime exclusivamente praticado em detrimento da ordem tributária, o delito previsto no art. 293, § 1º, III, “b”, do Código Penal não está previsto nas hipóteses de extinção da punibilidade, em razão do pagamento do tributo, trazidas pelos arts.

34 da Lei n. 9.249/1995 e 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Aliás, não poderia ser diferente, já que o crime em apreço foi incluído no Código Penal pela Lei 11.035, de 22/12/2004, ou seja, em data posterior à vigência dos dispositivos anteriormente indicados.

6. Nada obstante, não é justo tratar situações semelhantes de modo distinto sem que exista motivo plausível para tanto. É que onde existir a mesma razão haverá o mesmo direito (ubi eadem ratio ibi idem jus). Assim, faz-se necessária a aplicação, ao caso em apreço, de analogia em favor do réu (in bonam partem).

7. Por um lado, quem, por suprimir ou reduzir tributo, incorre em pena prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas, a qualquer tempo, paga o tributo sonegado tem sua punibilidade extinta, por aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 ou do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Precedente.

8. Por outro lado, quem, por manter em depósito, no exercício de atividade comercial, garrafas de bebida alcoólica sem o selo obrigatório, responde

pelo crime descrito no art. 293, § 1º, III, “b”, do CP, mas, em seguida, paga o tributo que deveria ter sido recolhido - como ocorreu no caso aqui analisado - também deverá ter, por interpretação analógica, sua punibilidade extinta.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em relação ao delito previsto no art. 293, § 1º, III, “b”, do Código Penal.

(HC 414.879/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. CRIME TRIBUTÁRIO.

CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. JUSTA CAUSA. 3. DISCUSSÃO NA SEARA CÍVEL. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 4. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL.

POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO MESMO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Somente há justa causa para a persecução penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário. Nesse sentido, é o teor da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

3. Ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, eventual discussão na esfera cível não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal.

4. Não tendo havido o pagamento, não há se falar em extinção da punibilidade. Igualmente, mostra-se despicienda a suspensão

da ação penal, porquanto, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é possível a extinção da punibilidade pelo efetivo pagamento do tributo.

5. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 91.237/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.

PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para

declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

(HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017)

CONCLUSÃO

Diante do que se apresentou (legislação pátria e jurisprudências recentes do STF e do STJ) passamos a responder aos questionamentos formulados no início do presente artigo. Vejamos:

a) É correto o atual posicionamento do STF e do STJ sobre a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo?

Em nossa opinião é correto o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de **que “o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade”** (STJ - HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017), pois, se não fosse assim, o Estado estaria ingressando em esfera penal – penalizando pessoas – sendo que o objeto principal (recebimento do tributo) já estaria resolvido.

Das lições dos professores Pierpaolo Cruz Bottini e Heloisa Estellita em artigo publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico intitulado *“Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime”*, extraímos o seguinte pensamento:

“O não pagamento de impostos é reprovável e merece atenção do Estado por suas consequências sociais e econômicas. No entanto, é preciso diferenciar a conduta daquele que reconhece e declara a dívida – caso em discussão – daquele que sonega com fraude ou omissão de informações. São situações distintas, de gravidade distinta, e devem ser tratadas de forma diferente. Na primeira é cabível a execução fiscal, que deve e merece ser aprimorada. Na segunda é legítima a atuação do Direito Penal.”²

² Bottini, Pierpaolo Cruz; Estellita, Heloisa. “Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime”. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos>

Ora, se o interesse maior do Estado Fiscal é receber o tributo, e o recebe “a qualquer tempo”, em nossa opinião não há porque se penalizar na esfera criminal quem pagou o tributo – seja em que tempo for – pois a privação de bens e/ou da própria liberdade – esfera penal – deve ser a ultima ratio.

b) É correta a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo?

Em nossa opinião sim, é correta a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo.

E por quê?

Porque a legislação pátria dispõe nesse sentido (Leis Federais nºs 9.249, de 26.12.1995; 9.430, de 27.12.1996; 10.684, de 30.05.2003 e 12.382, de 25.02.2011 – princípio constitucional da legalidade – ainda mais em se tratando de sanções em matéria penal.

Além disso, pelos posicionamentos mais modernos dos Tribunais Superiores de nossos país – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – como indicado nos julgados acima, que são no seguinte sentido:

“(…) 3. Incide, no caso, o entendimento de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Precedente.

(STF - AP 450, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015)

“(…) 2. A novel legislação penal, que de qualquer modo beneficie o réu – lex mitior -, tem incidência retroativa para alcançar os processos em curso, à vista do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, devendo o juiz, em face dos termos do artigo 61, caput, do Código de Processo Penal, aplicá-la em qualquer fase do processo e, se reconhecer extinta a punibilidade, há de declará-la e de deferir, ex officio, ordem de habeas corpus.

(STF - RE 575071 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

Além disso, mesmo que não fosse esse o entendimento do STF e do STJ,

ousaríamos em manter nosso posicionamento em dizer que é correta a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo, pois, como já dito no item (A), se o interesse maior do Estado Fiscal é receber o tributo, e o recebe “a qualquer tempo”, em nossa opinião não há porque se penalizar na esfera criminal quem pagou o tributo – seja em que tempo for – pois a privação de bens e/ou da própria liberdade – esfera penal – deve ser a ultima ratio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.175, de 25 de outubro de 1966.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm

Portal do STF - Supremo Tribunal Federal - www.stf.jus.br

Portal do STJ - Superior Tribunal de Justiça - www.stj.jus.br

Bottini, Pierpaolo Cruz; Estellita, Heloisa. “Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime”. Revista Eletrônica Consultor jurídico. 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outras-tributos>

CONTRA O JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR, EM TEMPO DE PAZ

*André R. C. Fontes**

Resumo: O artigo trata de sistematizar os argumentos contrários à expansão da Justiça Militar e da competência para julgar civis em tempos de paz.

Palavras-chave: Polícia. Guarda. Nacional.

Abstract: The article attempts to systematize the arguments against the expansion of military justice and the competence to try civilians in peacetime.

Keywords: Police. Guard. National.

Consigne-se, inicialmente, que se reforça no âmbito acadêmico, o que é premissa de inúmeros acórdãos que a Justiça é única no Brasil, pelo princípio da unicidade da jurisdição. Por outro lado, isso se dá por conta da ideia de igualdade, ou seja, todo brasileiro tem direito de ser julgado pela mesma Justiça, pelo mesmo Tribunal. Só que percebemos ao longo da nossa história, da nossa tradição, que há situações tão peculiares que não permitem que fiquem nos casos comuns ou ordinários, e uma delas é a situação dos militares, que está a exigir uma tutela diferenciada. Querer que um militar, com as suas características mais específicas, com comandos que, na sua missão tradicional, podem mesmo ser contrários a princípios mais basilares do Direito, como o direito à vida, já que o militar recebe ordem para atirar em outra pessoa –, tal circunstância, num primeiro

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 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).

momento, não recomendaria o seu julgamento nas instâncias ordinárias. Com base nesse argumento, a Justiça, que é a mais antiga do Brasil – pelo menos assim reconhecida por boa parte da literatura, a Justiça Militar, ainda que não tenha originariamente sido órgão do Judiciário –, se justifica por uma peculiaridade: é difícil que o civil entenda a mecânica, o ritmo, os rituais, os procedimentos, as formas de condução do militar, enquanto militar na atividade de militar.

Dessa feita, e de um modo geral, há respeitabilidade quanto a tais características peculiares, que ocorreram também ao longo do tempo na Justiça Eleitoral e na Justiça do Trabalho; mas, de modo inquestionável, é na figura da Justiça Militar a que mais se justifique, ou seja, é impossível o pensamento de um brasileiro não militar compreender, exatamente, o que se passa dentro de uma instituição militar, com as suas peculiaridades. E, com isso, se manteve em caráter especial a Justiça Militar: tutela a organização militar. E como em todos os países onde ela existe, sua estruturação em tais moldes dá-se para os tempos de paz. Desde o início do século XIX, nos Estados Unidos da América, ou seja, menos de trinta anos depois da sua independência, uma lei proibiu que houvesse julgamentos militares, em época de paz, para civis; o que, curiosamente, acontece em todos os países democráticos do mundo: a Justiça Militar não julga civil, senão nos casos ou nos períodos que não sejam reputados períodos de paz, ou seja, períodos de guerra, porque todos poderão ser convocados para a defesa da pátria.

Também à exceção dos países democráticos, em alguns países que passaram por guerras terríveis, como Angola, também a Justiça Militar não julga civil. Eles têm claramente essa distinção, mesmo sendo um país com desafios democráticos ainda em construção e um país que acabou de desvencilhar-se de uma guerra e que nalgumas regiões, como amplamente divulgado nos veículos de comunicação, volta e meia há conturbações com conflitos militares.

A experiência brasileira, de seu turno, dá conta de uma justiça especializada, como é o caso da Justiça Militar, com números limitados de casos; uma Justiça em que a polícia não age, quem faz o inquérito não é a polícia, é a própria organização militar; uma instituição em que não há um Tribunal de Apelação, a apelação é interposta e dirigida ao Tribunal Superior e nem mesmo o Júri existe. Sempre houve a discussão e dúvida sobre o duplo grau de jurisdição, numa apreciação feita diretamente por um tribunal superior, com pretensão de ser tribunal superior, com competência de tribunal superior, com atitude de tribunal superior, portanto, mostrando as diferenças e as dificuldades que tem uma legislação tão específica para apreciar uma apelação.

Com essas considerações iniciais, verifica-se que a ampliação da competência da Justiça Castrense, na espécie, deu-se por meio de lei ordinária, a Lei 13.491-2017, que trouxe modificações sensíveis ao disposto no art. 9º, que rege os crimes militares em tempos de paz, que passou assim a vigorar:

Art. 9º. (omissis)

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.” (NR)

Dita ampliação mostrou-se clara especialmente pela nova disciplina do inciso II, que passou a alcançar, como crimes sujeitos à Justiça Militar, aqueles já tipificados na legislação ordinária, quando praticados por militares, mas não previstos no Código Penal Militar. Dessa feita, à Justiça Militar competirá o julgamento de crimes de tráfico de drogas, organização criminosa e lavagem de dinheiro, dentre várias outras figuras típicas estabelecidas na legislação extravagante, muito embora não traduzam lesão ou violação efetiva aos interesses diretos da Administração Militar. Ou seja, enquanto que a legislação

revogada restringia, adequadamente, a competência da Justiça Militar aos crimes inerentes aos interesses jurídicos tutelados pelo Código Penal Militar a novel previsão trazida pela Lei 13.491-2017 ampliou o seu leque para além das previsões inerentes à categoria dos militares.

Isso visto, também o § 2º do citado artigo 9º ampliou, de igual modo, a competência da Justiça Castrense para os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil para outros casos fora o previsto no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei 7.565-86, a saber, o controle do fluxo de aeronaves no espaço aéreo brasileiro, diretamente relacionado à segurança e soberania nacional.

Exsurge, então, o seguinte questionamento: pode o legislador, simplesmente por um ato do Congresso Nacional, pelo procedimento legislativo ordinário, ampliar a competência da Justiça Federal em tempo de paz, para incluir civis? Se é que os civis poderiam ser julgados pela Justiça Militar após a Constituição de 1988, dado a incompatibilidade com o antigo regime, não temos como imaginar que a Justiça Militar possa ter o padrão de julgamento que era exatamente aquele que foi alvo da nova ordem constitucional, da Nova República e, conseqüentemente, seria impraticável que a Justiça Militar julgasse civil em qualquer circunstância, em cláusula constitucional aberta. Há quem entenda tratar-se apenas de uma interpretação, uma forma de aplicação do Código Penal, do Processo Penal Militar, ou mera ampliação legislativa, mas assim não tem sido o espectro de competências dos tribunais superiores: a Constituição da República é que tem traçado as linhas mestras sobre o assunto.

Importante anotar que o projeto de lei que redundou na promulgação do referido diploma foi concebido, em essência, como uma lei temporária para incidir exclusivamente no período das Olimpíadas no Rio de Janeiro, diante da flagrante necessidade do emprego das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem e para realização de atividades de polícia administrativa, como o patrulhamento ostensivo no Município do Rio de Janeiro (art. 142, *in fine*, da CRFB, art. 15 da Lei Complementar 97-1999 e Decreto nº 3.807-2001), diante da notória insuficiência do efetivo militar estadual. Entretanto, esse ponto específico do projeto foi objeto de veto presidencial, tornando-a de cariz permanente, afastando a competência do Tribunal do Júri para os crimes de homicídio praticados pelos militares contra civis nas circunstâncias nela então previstas.

Entretanto, salta aos olhos que tais circunstâncias, estabelecidas de modo a afastar a regra ordinária do julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil pelo Tribunal do Júri, desrespeitaram de fato a lógica constitucional estabelecida no art. 124 no sentido do julgamento pela Justiça Castrense apenas quando diretamente ultrajado interesse relacionado à Administração Militar. De uma leitura atenta dos incisos do § 2º do art. 9º, acima citado, extrai-se uma amplitude de interesses que, de modo claro, fogem à função precípua da Administração Militar: o inciso I, que estabelece um interesse geral de Governo (*"I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;"*); o inciso II, que estabelece vigência institucional militar fora de guerra declarada, em flagrante ofensa ao disposto no art. 21, II, em interpretação conjunta com o art. 49, II e 84, XIX da Constituição da República (*"II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante;"*); e o inciso III que diz respeito à segurança interna para a lei e a ordem (*"III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais."*).

De ser rememorado aqui, como já destacado linhas atrás, que os crimes militares são aqueles definidos em lei, mas, sobretudo, congruentes com a própria razão de existência da Justiça Castrense, de modo a evitar que delitos que em nada atingem os interesses tutelados pela Administração Militar sejam por aquela julgados, numa verdadeira subtração arbitrária da competência da Justiça Ordinária. Nesse sentido é a definição do Mestre José Afonso da Silva:

"3. CRIMES MILITARES. São definidos em lei. Mas, como dissemos acima, há limites para essa definição. Tem que haver um núcleo de interesse militar, sob pena de a lei desbordar das balizas constitucionais. A lei será ilegítima se militarizar delitos não tipicamente militares. Assim, por exemplo, é exagero considerar militar um crime passional só porque o agente militar usou arma militar. Na consideração do que seja 'crime militar' a interpretação tem que ser restritiva, porque, se não, é um privilégio, é especial, e exceção ao que deve ser para todos".

(in, Comentário Contextual à Constituição. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 588)

Sob outra ótica, a conexão dos crimes militares com os bens e interesses jurídicos tipicamente Castrenses; ou em outros dizeres, a enumeração de crimes

de natureza militar em uma codificação especial e específica para a tutela dos interesses da atividade Castrense constitui, em essência, uma limitação material à margem de atuação do Poder Legislativo, diante da organização constitucional do Poder Judiciário. Dessarte, a ampliação da competência da Justiça Militar para todo e qualquer crime, ainda que não previsto no Código Penal Militar, transborda a lógica da especialidade que justificou, inclusive, a previsão constitucional da competência da Justiça Castrense, violando, por consequência direta, princípios norteadores da atividade jurisdicional, como o do juiz natural e o da igualdade. O do juiz natural, porquanto o desrespeito aos limites da tutela da Administração Militar acaba por reduzir, injustificadamente, a competência da Justiça Ordinária. O da igualdade, porquanto o julgamento de crimes não definidos em codificação específica passaria à competência da Justiça Militar tão somente pela condição de militar do agente.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em situação inversa – prática de crime por civil contra militar – já houvera atentado para a necessidade da lesão direta a interesse da Administração Militar para justificar a competência da Justiça Castrense, como se lê do seguinte julgado:

“HABEAS CORPUS” – IMPUTAÇÃO, AO PACIENTE, QUE É CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – SUPOSTO DELITO DE DESACATO A MILITAR (CPM, ART. 299) – OCORRÊNCIA DESSE FATO EM AMBIENTE ESTRANHO AO DA ADMINISTRAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS – MILITAR DO EXÉRCITO, SUPOSTAMENTE DESACATADO, QUE REALIZAVA ATIVIDADE DE POLICIAMENTO OSTENSIVO NO PROCESSO DE OCUPAÇÃO E PACIFICAÇÃO DAS COMUNIDADES DO COMPLEXO DO ALEMÃO E DA PENHA, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO – FUNÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO QUE TRADUZ TÍPICA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA – CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ – REGULAÇÃO DESSE TEMA NO PLANO DO DIREITO COMPARADO – OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM (CF, ART. 109, IV) PELO FATO DE A VÍTIMA, MILITAR DO EXÉRCITO, QUALIFICAR-SE COMO AGENTE PÚBLICO DA UNIÃO – PEDIDO DEFERIDO. FUNÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO EXERCIDA POR MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS – ENCARGO QUE SE QUALIFICA, CONCEITUALMENTE, COMO TÍPICA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA.

- Refoge à competência penal da Justiça Militar da União processar e julgar civis, em tempo de paz, por delitos supostamente cometidos

por estes em ambiente estranho ao da Administração Militar e alegadamente praticados contra militar das Forças Armadas no contexto do processo de ocupação e pacificação das Comunidades localizadas nos morros cariocas, pois a função de policiamento ostensivo traduz típica atividade de segurança pública. Precedentes.

(2ª Turma, HC 112936-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 05.02.2013)

Do referido julgado, retira-se o seguinte excerto do voto do Relator:

“Isso significa, portanto, que a Justiça Militar da União possui, excepcionalmente, em tema de delitos castrenses, jurisdição penal sobre civis, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra externa. A tentativa de o Estado pretender sujeitar, arbitrariamente, a Tribunais castrenses, em tempo de paz, réus civis, fazendo instaurar, contra eles, perante órgãos da Justiça Militar da União, fora das estritas hipóteses legais, procedimentos de persecução penal, por suposta prática de crime militar, representa clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII).

Não se pode deixar de acentuar, bem por isso, o caráter anômalo da submissão de civis, notadamente em tempo de paz, à jurisdição dos Tribunais e órgãos integrantes da Justiça Militar da União, por suposta prática de crime militar, especialmente se se tiver em consideração que tal situação – porque revestida de excepcionalidade – só se legitima se e quando configuradas, quanto a réus civis, as hipóteses delineadas em sede legal, cujo reconhecimento tem merecido, do Supremo Tribunal Federal, estrita interpretação.

É importante observar que, no plano do direito comparado, registra-se, modernamente, em diversos sistemas normativos vigentes em Estados impregnados de perfil democrático, clara tendência, quer no sentido da *extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz, permitindo-lhes, no entanto, a existência, embora circunstancialmente, apenas quando deflagrado estado de guerra, quer, ainda, no sentido da exclusão de civis da jurisdição penal militar, valendo destacar, sob tais aspectos, o ordenamento positivo de alguns países, como o de Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), o da Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), o da Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), o do Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), o do México (Constituição de 1917, art. 13) e o do Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28).*

De outro lado, cabe registrar importantíssima decisão proferida pela Corte

Interamericana de Direitos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", em que se determinou à República do Chile, dentre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse esta limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido, em casos como o ora em análise, que não se tem por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação eventualmente delituosa por eles praticada não afetar, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados.

(...)

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural.

Com efeito, o princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial.

(...)

A essencialidade do princípio do juiz natural impõe ao Estado o dever de respeitar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários investidos de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o princípio do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual ("ex parte subjecti"), tem,

por destinatário específico, o réu, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, “ex parte principis”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal, submetendo o Estado a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais.

Isso significa que o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional).

O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos “ad hoc” ou de criar tribunais de exceção) e assegura ao acusado, de outro, o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos “ex post facto”).

(...)

O exame da impetração revela que o ora paciente é civil, havendo sido denunciado, pelo Ministério Público Militar, como autor de suposta prática delituosa, de natureza castrense, tipificada no art. 299 do Código Penal Militar e que teria sido alegadamente cometida em ambiente estranho ao da Administração das Forças Armadas.

Sustenta-se que o delito atribuído ao ora paciente teria ocorrido “quando uma equipe de militares do Exército realizava genuína atividade de policiamento”, cuja natureza, por envolver típica atividade de segurança pública, afastaria o ilícito penal em questão da esfera de competência penal da Justiça Militar da União, fazendo instaurar, ao contrário, por efeito do que dispõe o art. 109, inciso IV, da Constituição, a competência penal da Justiça Federal comum.

Impende registrar, por necessário, que esta Suprema Corte, defrontando-se com situação assemelhada à exposta nesta sede processual, por não considerar a atividade de policiamento ostensivo função de natureza militar, reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Castrense para processar e julgar civis que, em tempo de paz, tivessem alegadamente cometido fatos que, embora em tese delituosos, não se subsumem à descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica dos tipos penais militares (CC 7.030/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 68.928/PA, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – HC 101.471/PA, Rel. Min. AYRES BRITTO, v.g.):“

De ser consignado, ainda, que no Brasil passamos a ter, no Segundo Reinado, a chamada Guarda Nacional. Em todos os países democráticos nos quais há dificuldade do Estado Federal com os seu nacionais, não é o militar – que tem sua missão institucional bem definida –, deslocado para lidar com o povo. Geralmente quem possui dita incumbência é uma outra instituição, a Guarda Nacional, tal como ocorre nos Estados Unidos da América e em Portugal. Temos ainda outros muitos peculiares: o México, há menos de cinco anos, criou uma Guarda Nacional, justamente para evitar esses conflitos entre os militares das forças armadas com o povo mexicano que, de igual modo, está dando provas claras, agora, de movimentação da população que chega da Guatemala, em direção aos Estados Unidos da América, por meio do território mexicano.

Também, pasmem, a Federação Russa criou uma Guarda Nacional, justamente para manter a autoridade da Federação diante da sua múltipla divisão interna. Ou seja, nós, por uma orientação ainda pouco explicada, não temos uma Guarda Nacional, que seria um órgão que lidaria com o brasileiro não militar. E o que temos feito no Brasil? Retira o militar da sua função institucional, da sua missão constitucional – como está escrito na Constituição, a defesa da pátria –, para transferir a direção do seu fuzil para os nacionais, para os brasileiros, para os concidadãos. Isso não é tarefa das Forças Armadas, mas de uma instituição de importância fundamental na atualidade: a Guarda Nacional.

Por tal motivo é que foram transferidas as funções da Marinha, do Exército, da Força Aérea, como, por exemplo, o uso dos fuzileiros navais, pertencentes à primeira Força, para essas funções. Se isso já foi um deslocamento pouco recomendável das funções nobres dos militares – que seria a defesa da pátria –, e agora se veem com a difícil tarefa de marcharem contra o próprio povo, o povo que mantém a República, que sustenta este País. Se já não bastasse esse desvio de finalidade constitucional de transferir indevidamente a função das Forças Armadas de externa para interna, está a se querer, agora, com essas alterações legislativas, ampliar a competência da Justiça Militar para incluir temas que não são atividades típicas e ordinárias das Forças Armadas, tal como está expressa na Constituição, nomeadamente a defesa da pátria, para então abranger essas outras atividades indevidamente endereçadas aos militares e que estavam excepcional e ocasionalmente a desempenhar.

Mas não se trata de defesa da pátria, porque cuidou-se de reduzir um militar a uma atividade que nem se chamaria de policial, pois ele não tem formação, não

tem curso para ser policial, não fez concurso para ser policial, não tem nenhum tipo de preparação para ser policial. São jovens, às vezes retirados do interior, com pouco conhecimento e pouca capacidade de comunicação, e às vezes com ordens e comandos muito pouco claros, é que vão atuar, geralmente em comunidades do Rio de Janeiro, as quais precisam sim, estar sob a ordem constitucional, legal e policial, mas não pela forma das Forças Armadas, deslocada de sua missão constitucional, mas sim, por uma instituição voltada para a segurança pública. Em verdade, está-se diante de um desvio constitucional de uso das Forças Armadas, de sua missão nobre de defesa do País, para uma missão interna, o que é algo muito discutível e questionável. Lembro que isso aconteceu quando tivemos uma intervenção no Rio de Janeiro – que foi dependente de uma decisão por circunstâncias extremas e necessárias –, e agora essa que quer transformar, em caráter permanente, em um Tribunal Militar para julgar civil ou quem agride civil por razões supostamente não institucionais, como é o caso do militar que é deslocado de sua missão para essa atividade.

Há de ser lembrado aqui que em todas as vezes que os países usaram os militares para tarefas fora de suas missões nobres, institucionais, isso gerou problemas internos no país. Isso aconteceu no Brasil, na Europa, na Ásia, aconteceu em todos os lugares do mundo: as deturpações e dificuldades geradas, porque o militar não é preparado para certas atividades, muito menos a de policiamento ostensivo, só trouxeram desgastes às Forças Armadas Brasileiras. Reduzir o militar a uma atividade policial é inverter valores, pois são formações completamente diversas. Ambas são muito nobres e difíceis de realizar, mas estamos querendo trocar isso por uma questão talvez de economia, ou de organização interna, ou pela estrutura hierárquica e disciplinar, mas isso não justifica a transferência de competência, ainda que com força de lei.

A lei ordinária não pode ampliar uma competência de uma Justiça Especial, transformando em Justiça ordinária, por mera disposição legal, na medida em que, pelo direito posto, tal ampliação deverá decorrer de emenda à Constituição da República, o que não ocorreu no caso vertente. É dizer: lei ordinária não pode ampliar a competência da Justiça Militar em qualquer circunstância, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, não apenas para atribuir competência para processar e condenar civis, como também para militares que, deslocados da sua nobre e necessária missão de defender a pátria, têm que servir em tarefas para as quais não foram, em hipótese alguma, educados, formados, que é lidar com o civil.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. Instituições de Direito Constitucional. 3a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ASSIS, Jorge Cesar de. Comentários ao código penal militar. 5a Ed. Curitiba: Juruá.
- CERVANTES, Javier de. La tradición jurídica de occidente. Mexico: UNAM, 1978.
- ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6a. Ed. J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1988.
- ESPINOLA, Eduardo. A nova constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Novas instituições do Direito Político Brasileiro. Rio de Janeiro; Borsoi, 1961.
- FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento e finalidade da sanção. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MIAILLE, Michel. Uma introdução crítica ao Direito. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1976.
- MOREIRA, Vital et alii. O tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004.
- RIBEIRO, Jorge Severiano. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Jacinto, 1945.
- SALAZAR, Alcino. Poder judiciário Bases para reorganização. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- STEFANI, Paolo de; SPEROTTO, Federico. Introduzione al diritto internazionale umanitario e penale. Pádua: CLEUP, 2011.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VEDEL, Georges. La despolitization. Trad. Pedro Jover Presa. Madri: Tecnologia, 1973.

DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA QUALIDADE EM DIREITO DO CONSUMIDOR (SISTEMATIZANDO A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ)

Cássio Benvenuti de Castro¹

Resumo: O vício do produto ou do serviço, em direito do consumidor, tradicionalmente, não resultava no dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial. O trabalho assinala recortes doutrinários que permitem dizer que o dano extrapatrimonial possui uma feição cultural, ou seja, os elementos psicológicos que outrora eram utilizados para justificar a indenização (como o abalo ou o experimento do sofrimento), atualmente, são meramente instrumentais à responsabilização. O foco de um juízo de valor que implica na responsabilização é a reprovação cultural de um fenômeno praticado pelo fornecedor no próprio dever de informação e zelo a respeito do produto ou serviço colocado no mercado. Essa premissa teórica é confirmada pela evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que está admitindo a indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e, em decorrência, acaba aproximando as categorias que estão contidas no gênero denominado Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço prevista no Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: responsabilidade; consumidor; ilícito; dano

¹ Bacharel, Especialista em Ciências Criminais, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor, Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Para falar com o autor: @cassiobenvenuti

OVER PATRIMONIAL DAMAGE POOL FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF QUALITY IN CONSUMER LAW (SYSTEMATIZING THE EVOLUTION OF THE STJ'S UNDERSTANDING)

Abstract: Historically, the seller of the good or service had no obligation to compensate the consumer for off-balance sheet harm. The study indicates that the extra-personal injury has a cultural component, i.e., the psychological elements that were previously used to support the responsibility (such as the concussion or the feeling experiment) are now merely tools for attribution of blame. The focus of a value judgment that affects responsibility is the cultural critique of a phenomenon that the provider is engaging in with regard to their own obligation to provide information and care about the good or service they have placed on the market. This theoretical premise is supported by the development of the Superior Tribunal of Justice's legal doctrine, which is now accepting the responsibility for off-balance sheet harm resulting from product damaged and, consequently, is approaching the categories contained in the category known as Theory of Quality in Consumer Law bound by Chapter IV of the Consumer Protection Code.

Keywords: responsibility, consumer, illegal activity, damage

INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial se trata de instituto atualmente consagrado na dogmática e na jurisprudência do contencioso do direito do consumidor. Situações como a inscrição indevida do nome do sujeito em cadastro de inadimplentes, acidentes que vitimam passageiros em transportes públicos, desfalque bancário mediante fraude, *overbooking* em transporte aéreo, dentre outros eventos, acarretam o dever de indenizar. De outro lado, algumas situações são limítrofes, tanto que a jurisprudência refere que não ocorre a responsabilização civil pela ausência do que se denomina “prova” do dano extrapatrimonial.

As linhas que seguem discutem se a questão da prova do dano extrapatrimonial está imbricada ao maior ou menor “grau” da ilicitude perpetrada. Em especial no trato da distinção entre responsabilidade pelo vício do produto ou serviço ou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a pesquisa analisa se o discurso judiciário cuida, em realidade, da “prova” do dano ou se os julgados estão se referindo epistemicamente a uma situação peculiar em que a ilicitude é tão desarrazoada que implica no dever de indenizar – com base no gênero Teoria da Qualidade dos Produtos e Serviços. Em um sentido clássico, pertinente ao século

XX, o dano indenizável poderia não ser admitido em situação de vício do produto ou do serviço, mas o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pelo dever de indenizar, em decorrência de uma “amplificação dos limites do dano”, com base na tutela da segurança. Vale dizer, a categoria da ilicitude assume significativa envergadura por intermédio da qual o perigo de dano equivale ao próprio dano extrapatrimonial (no contencioso referente ao direito do consumidor, que trata de causas repetitivas e massificação da demanda e oferta).

A metodologia de trabalho pontua os pressupostos da responsabilidade civil, identificando o dano como epicentro desse conjunto fatores. A análise de alguns achados doutrinários permite antever a tendência dogmática da episódica *aproximação entre ilícito e dano extrapatrimonial*, o que acaba se desenvolvendo ainda mais, em decorrência dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, em uma pesquisa qualitativa que recorta pares de acórdãos paradigmáticos.

Todo o dano extrapatrimonial deve ser provado? Não, tanto que isso já parece assentado na dogmática. Ocorre que um “vício do produto ou do serviço” pode ser equiparado a uma responsabilização pelo “fato do produto ou do serviço” – valendo o simples vício (contrariedade ao direito) como pressuposto da indenização. O ponto destaca a rotação paradigmática da figura do dano extrapatrimonial na Teoria da Qualidade do Produto ou do Serviço, em direito do consumidor, na medida em que a “moral” do dano é que ele deixa de ser algo metafísico que o juiz deve tentar buscar dentro do espírito ou da cabeça da vítima, mas se trata de uma reprovação cultural firmada em circunstâncias objetivas previstas pelo próprio ordenamento jurídico.

1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EM CRISE?). EM ESPECIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A dogmática tem discursado sobre a “crise dos pressupostos” da responsabilidade civil, tanto em vista da enumeração de novos danos outrora não previstos no ordenamento, como no tocante às novas fontes que ensejam o dever de indenizar. Não se trata de um fenômeno adstrito ao capítulo da responsabilidade civil, pelo contrário, o direito privado em sua totalidade se modificou em tempos de pós-modernidade.

Se existe uma “crise”, é para identificar os fatores que performam algumas

diretrizes do direito privado nos tempos atuais. Em primeiro lugar², ocorreu a modificação da matéria-prima economicamente mais relevante – na Idade Média, o bem imóvel consistia no epicentro do sistema; na Idade Moderna, o bem móvel material foi elevado ao sonho das relações privadas e, atualmente, na pós-modernidade, o que se verifica é a gigantesca proliferação, precificação e maior ascensão econômica do bem móvel imaterial. Ou seja, ocorreu uma desmaterialização do objeto do direito, com a hiperinflação quantitativa e qualitativa da comunicação, dos “softwares”, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do seguro, do crédito, enfim, todos eles configuram uma nova realidade social do terceiro milênio.

A “pessoa” do direito privado tampouco é a mesma dos tempos passados³. No século XIX, falava-se no *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado, em uma época em que a soberania tinha suas barreiras firmadas e insuscetíveis de relativização por Tribunais Internacionais e pelo avanço do mercado sobre as próprias delimitações geográficas que passaram a ser uma ilusão. Na primeira metade do século XX já se apresenta o *homo faber*, pessoa da revolução industrial, trabalhador que produz e comercializa seus produtos, sendo que a nacionalidade passa a ter uma menor importância. Atualmente, soberania, nacionalidade e outras intercorrências territoriais passaram a ser um espaço paralelo ao mundo digital, com o *homo economicus* assumindo um papel ativo que cria conteúdos facilmente transitáveis por todo o planeta e transforma as suas relações em *networking* para novos negócios cada vez mais alavancados, significativos e agregadores do grande público massificado do consumo.

A “crise” é da responsabilidade civil?

Evidente que a mudança é muito maior que adstrita a um capítulo do direito privado. A transformação remete a um novo paradigma do direito privado, que teve desmoronada a tríade “código-sistema-interpretação”, deveras presente desde o advento do individualismo codificado na França pós-revolucionária. Guido Alpa⁴ pontua que a clássica terminologia da fraternidade – entendida como fazer amizade, ter empatia e constituir um elemento político para reforçar

² MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20. Os autores citam a obra de Manuel Castells (*The rise of the network Society. The information age: economy, society and culture*. Blackwell: Massachusetts, 1996/1999, vol. 1, p. 14 e seguintes) para firmar a respectiva argumentação.

³ Idem, *ibidem*, p. 21/22.

⁴ ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 396-405.

o patrimônio patriótico – cede espaço para uma transição elegante para a solidariedade. Em outros termos, se a fraternidade simbolizava a soberania de um povo, a solidariedade⁵ abarca a consciência social para condicionar todas as relações privadas, independente das limitações geográficas, temporais e de alguma forma limitadas por individualismos operativos. Trata-se de um valor universal que ilustra o direito privado e não representa uma “crise”, mas uma necessária nova forma de abordagem de todos os institutos à luz dos valores constitucionais emplacados pelos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

O Estado, as instituições da sociedade civil, os contratos privados e a responsabilidade civil, em síntese, deparam-se com a transição da era da informação, para a era do conhecimento. Finalmente, chegou-se na época da sabedoria. A hecatombe pandêmica do ano de 2020 acelerou e misturou toda essa tecnologia, o que também se reflete nas novas necessidades sociais e no renascimento de um novo direito privado, que trabalha com as fontes jurídicas atualmente fragmentadas, com uma revalorização da “pessoa”, com uma realidade socioeconômica que ancora mais os bens imateriais e, sobretudo, está compromissada com a solidariedade enquanto perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista)

A suposta “crise” dos pressupostos da responsabilidade civil acaba sendo um *achado reducionista em direito do consumidor*. Na realidade, as estruturas do direito privado estão sendo culturalmente balançadas por uma nova abordagem dos fatores que convivem e fazem o direito privado aparelhar uma razão pública que empresta valores aos problemas sociais.

A clássica referência de que o dever de indenizar seguiria uma ortodoxa trilha “ação/omissão →nexo de causalidade →nexo de imputação → ilícito → dano” é *perfeitamente válida e útil para a questão do dano material*, pois está inserida em uma abordagem formalista que não se sustenta frente às transformações atuais imbricadas ao raciocínio jurídico.

⁵ A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a ideia basilar da dignidade da pessoa humana implica uma releitura crítica de todos os filtros tradicionais da responsabilidade civil. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005, p. 46.

O dano material pode ser reputado uma consequência que está “para fora” da abordagem do ilícito, pela singela constatação que ele pode ser avistado qualitativa e quantitativamente em seus próprios limites, pela sensibilidade de qualquer pessoa. No dano moral ou extrapatrimonial isso não acontece, porque ninguém consegue dizer se um sujeito ficou “pouco abalado”, “mais ou menos abalado” ou “muito abalado”, em decorrência de um acontecimento da vida. Isso se reflete no discurso da “prova” do dano moral. Quer dizer, a figura do ilícito é sincrética ao dano extrapatrimonial, considerando que existe uma diferença “de grau”, de intensidade, entre o mero ilícito e o dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial – *a diferença não é qualitativa*, porque ilícito e prejuízo extrapatrimonial são demarcados e arbitrados com base em previsões normativas culturalmente assentadas.

Dois exemplos de casos reais deflagram o problema.

Um casal matriculou o filho de tenra idade em uma creche, para que a criança permanecesse sob os cuidados das professoras e vigilantes do local, no período da manhã e da tarde. Por um lapso momentâneo da equipe de trabalho, o menino fugiu das cercanias da creche e saiu andando pelas ruas da cidade, somente sendo achado e devolvido ao lugar, quando passados uns vinte minutos e após a criança percorrer umas duas quadras para longe da escola – um menino sozinho à própria sorte nas ruas da cidade. O debate processual foi no seguinte sentido: os pais da criança alegaram a falta de zelo e dever de cuidado para manter a criança em local seguro, dentro da creche, postulando uma indenização por dano extrapatrimonial; de outro lado, o estabelecimento argumentou que não houve dano, porque a criança foi localizada logo após ao momento da fuga, nada tendo acontecido à incolumidade do menino, razão pela qual não ocorreu o dano (teria havido mero vício do serviço).

Em outra hipótese, uma consumidora adquiriu remédio psiquiátrico em uma farmácia. Quando abriu a caixa de remédios, embora não tivesse havido violação do lacre dos comprimidos, verificou-se que havia remédios “riscados por uma caneta colorida”. Foi efetuada a perícia no medicamento, que indicou que as propriedades químicas da medicação não teriam sido afetadas. A paciente ajuizou ação de indenização, considerando falha no acondicionamento do produto, até porque uma leiga não teria como saber se o remédio estaria apto à ingestão. Em contrapartida, o laboratório se apegou ao laudo pericial, sustentando que as propriedades químicas estavam preservadas, havendo somente um “risco de

caneta” que não comprometia a segurança do consumidor (havia mero vício aparente do produto).

A falha no dever de segurança é bastante para configurar o dever de indenizar por dano extrapatrimonial? Ou seria necessário que houvesse uma “prova” do dano real à pessoa – pelos exemplos, a criança deveria se machucar ou a paciente deveria ingerir o comprimido e ter complicações para, somente após esse evento, resultar na responsabilidade civil pelo fato do serviço ou do produto?

As linhas que seguem trazem a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em termos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que enseja a responsabilização por dano extrapatrimonial. O STJ mantinha entendimento bastante rígido para reputar presente o dever de indenizar, aparentemente conjugando a figura do dano à “prova do dano” – tratando-se de dano extrapatrimonial.

1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 747.396/DF (Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 22/03/2010), entendeu que a aquisição de um refrigerante, dentro do qual, havia um inseto, não configura o dever de indenizar por dano extrapatrimonial – na medida em que não houve o consumo do líquido contido no invólucro. O acórdão pontuou que “o dano moral não é pertinente, porquanto a descrição dos fatos para justificar o pedido, a simples aquisição de refrigerante contendo inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, encontra-se no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade”.

Na teoria do conhecimento “defrontam-se consciência e objeto, sujeito e objeto. O conhecimento aparece como uma relação entre esses dois elementos. Nessa relação, sujeito e objeto permanecem eternamente separados. O dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento”⁶. Respeitosamente, o acórdão proferido há mais de uma década se valeu dessa espécie de dogmatismo – a “apreensão do objeto pela consciência do sujeito”.

⁶ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

A noção de direito (sem falar em justiça) passa a ser o que está na *cabeça do juiz*, deixando em um segundo plano os indicativos culturais médios de uma comunidade sofrida e pobre, como a brasileira. A virada hermenêutica recondiciona esses fatores, confrontando os discursos entre os sujeitos (sujeito-sujeito), na medida em que o objeto possui a sua “verdade intrínseca”. Possível falar em ontologização do objeto da observação, tendo em vista que alguma conclusão sobre os eventos ocorre por intermédio da abordagem hermenêutica e argumentativa desenvolvida entre os debatedores.

Se o legislador positivou a proibição da violação desarrazoada da segurança dos serviços e produtos em consumo, fica *apequenada a discricção judiciária para dizer o que é dissabor ou o que configura um dano*. Na medida em que um julgador refere que a contrariedade às normas de ordem pública configura “mero dissabor”, a metodologia jurídica assume uma postura dogmática⁷, por intermédio da qual o sujeito se apropria do objeto. Com efeito, a figura do ilícito já abarca a noção do dano – que pode ser reputado um dano conglobante, na medida em que causar um dano pressupõe o cometimento de um ilícito (*neminem laedere*); em direito do consumidor, portanto, um ilícito caracteriza o dano que deve ser indenizado levando em conta a razoabilidade, ou não, da violação do padrão de segurança.

Quando se fala em “mero dissabor” ou em “prova do dano extrapatrimonial”, na perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, a análise é sobre a razoabilidade ou falta de razoabilidade no descumprimento das normas que tutelam a segurança do consumidor. O dano extrapatrimonial não pode ser aferido por uma apreciação meramente subjetivista, supostamente julgando a pessoa, julgando o que se entende pelo “sofrimento que alguém enfrentou”, ao invés de julgar o fato jurídico viciado na perspectiva da segurança do produto e do serviço (a verdadeira missão do Judiciário). Julgar o sofrimento de uma pessoa é manobra que somente pode ser efetuada por alguma entidade divina. Quer dizer, a conclusão pelo dano moral deve estar pautada em critérios – sendo que *eles são objetivos*.

Em julgado mais recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.395.647/SC (Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 18/11/2014),

⁷ Em teoria do conhecimento, dogmatismo significa que o sujeito “apreende o objeto”, ou seja, a consciência cognoscente tem vasto espaço de jogo para lidar com o evento em julgamento. Um ponto de vista sustentado por ampla confiança na razão humana, mas que não deixa de mitigar a própria dignidade de uma legislação que estabelece um sistema protetivo em benefício do consumidor. Ver Johannes Hessen, *Op. cit.*, p. 29.

o evento em julgamento era análogo – a existência de um corpo estranho no interior de uma embalagem de bebida que estava lacrada e não teria sido ingerida pelo consumidor –, tendo sido proferida a decisão pelo indeferimento da condenação por danos extrapatrimoniais.

Citando vasta jurisprudência do STJ, o acórdão consignou que “a embalagem de refrigerante vendida ao consumidor com uma mosca em seu interior estava lacrada, com a tampa inviolável, não tendo sido sequer aberta pelo autor, consoante demonstrado pela perícia, que afastou a possibilidade de ingestão do produto em questão”. A racionalidade do entendimento é a mesma anteriormente comentada, na medida em que adotada uma postura “subjetivista” na apreciação do fenômeno.

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça estava quase equiparando o dano material ao dano extrapatrimonial. Afinal de contas, subentendia que a responsabilização civil somente deveria ter provimento quando o sujeito ingerisse algo que efetivamente causasse malefícios à saúde.

Ocorre que a legislação de ordem pública que tutela o consumidor não se reporta somente a uma pessoa – àquele que comprou o refrigerante com um objeto impróprio dentro da embalagem. Pelo contrário, o sistema de tutela do consumidor em uma sociedade de massas explicita políticas públicas e normas de segurança que tendem a proteger “toda a sociedade” contra possíveis inseguranças na entrega dos serviços ou produtos. A compra de um produto, por apenas um consumidor, assume uma condição de representatividade social, tendo em vista o caráter repetitivo dos *players* e a larga escala das produções industriais ou comerciais que ficam difusamente em contato randômico.

Na perspectiva do dogmatismo que antigamente era adotado pelo STJ, os exemplos da criança que fugiu da creche e da paciente que comprou o remédio riscado teriam suas pretensões negadas. A concepção clássica reputa danoso um acontecimento quando ocorre um efetivo prejuízo a uma subjetividade – note-se que esse subjetivismo não está apenas no objeto em análise, mas na cabeça do julgador, o que parece bastante discricionário em virtude da força cogente das normas referentes às relações de consumo.

2 NOVAS NECESSIDADES DA SOCIEDADE DO CONSUMO E A TUTELA DO DIREITO

O século XX apresenta uma rotação epistêmica do direito privado, que pode ser resumida, muito cautelosamente, com base em três premissas: (a) a institucional, (b) a dogmática e (c) a operativa.

O pós-guerra firmou o Estado Social, atualmente, alavancado para o Estado Constitucional. Em termos de teoria do direito e de metodologia jurídica, houve a consagração dos direitos humanos enquanto direitos fundamentais nas cartas legislativas do ocidente. Logo, o direito privado não estava mais no centro do raciocínio jurídico, pois o ordenamento já não se tratava mais de um sistema “fechado” de dispositivos sujeitos e um arquétipo estritamente codificado, jusestatalista e pré-determinado pela exegese de textos. Conforme Zagrebelsky⁸, o direito como um todo assumiu a realidade sobre a fragmentação das fontes e a decorrente elaboração de um “projeto jurídico”, por intermédio do qual as normas são abertas, preveem conceitos indeterminados, dependem de uma interpretação lógico-argumentativa e uma abordagem hermenêutica, para, finalmente, fazer coexistir princípios e ideologias com fundamento na dignidade da pessoa humana e no pluralismo.

A premissa institucional – que reflete o Estado Constitucional e o modelo de supremacia de direito por ele estabelecido – resulta no que a dogmática denomina “direito privado solidário”⁹. O paradigma individualista e voluntarista vai cedendo espaços para a funcionalização dos institutos, ou seja, o direito privado assume um compromisso social, para além da mera defesa da liberdade e da igualdade formal. “Construir uma sociedade livre, justa e solidária” é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF).

A premissa dogmática poderia ser apresentada antes da institucional, porque reflete um verdadeiro “estado de coisas jurídico” em termos de direito – outrora, *dividido rigidamente entre direito privado e direito público*. A Constituição estabelece seus objetivos e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002¹⁰, por sua feita, firma-se na eticidade, na socialidade e na operabilidade. Quer dizer, o princípio da eticidade implica valores

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13-17.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

¹⁰ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 9, jan-mar/2002, p. 9.

nas relações jurídicas e o princípio da socialidade determina a superação do caráter individualista dos institutos. A operabilidade é um apanhado instrumental que visa a facilitar o emprego dos dispositivos.

Antes do advento do Código Civil, o próprio Código de Defesa do Consumidor já estava repleto dessas informações, conformando um microsistema de proteção do sujeito vulnerável em uma relação de consumo. Qual a “estratégia” normativa utilizada para proteger a vulnerabilidade? Não se trata de meramente estabelecer incansáveis regras de conduta. A nota marcante desse conjunto de dispositivos, inaugurados na transição do século XX para o século XXI, justamente, é a presença de normas programáticas que assinalam finalidades a serem alcançadas.

Ocorre uma mudança de paradigma, porque o direito privado atual se concentra não mais no ato de comércio ou de consumo, mas na atividade¹¹. Não existe uma preocupação estática na suposta vontade interna do indivíduo que declara algo, porém, o foco está nas circunstâncias objetivas que encerram um negócio jurídico, levando em conta o comportamento dos sujeitos. Não se protege a propriedade e a posse enquanto situações, existe uma preocupação no tocante ao atendimento da função social desses institutos. A família deixa de contemplar meros conceitos jurídico-formais, observando-se o afeto e o cuidado. Enfim, o direito privado assume a solidariedade em todos os capítulos de atuação.

A Constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), condicionando a aplicação de um “estado de coisas jurídicas”. A força normativa se polariza na busca de uma perspectiva, ao encontro de um paradigma, seja quando o legislador elabora uma lei, seja quando o administrador aplica a norma, ou mesmo quando o juiz efetua um julgamento. Logo, no confronto entre a posição jurídica do consumidor e a posição jurídica do fornecedor, a solução de sentidos que o ordenamento estabelece é pelo privilégio da defesa do consumidor¹².

Em outras palavras, a defesa do consumidor é um *leitmotiv* (motivo-guia) densificado como direito fundamental. Nesse sentido, Erik Jayme estabelece uma teoria metodológica na qual, observado o pluralismo e demais aspectos da pós-

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹² CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65/9.

modernidade, entre eles, a comunicação, a narratividade e a primazia dos direitos fundamentais, as normas jurídicas que aparentemente podem estar em conflito devem convergir para uma solução de continuidade que funcionaliza os objetivos predispostos pelo sistema jurídico.¹³ A proposta de Erik Jayme é um método (um caminho) e uma metodologia (um processo) de trabalho por intermédio da qual a coordenação das fontes é flexível¹⁴, sendo que todas as diretrizes se voltam, coerentemente, para os valores verticalizados pela Constituição. Trata-se de um autêntico “realismo” metódico, porque não apenas se restringe em regras de conduta, não apenas afirma critérios, antes fala em valores, que ficam muito evidentes quando explica o caráter narrativo dos dispositivos – normas narrativas são equivalentes ou mais do que normas programáticas, normas inspiradoras, na medida em que narram objetivos e finalidades.

O dispositivo narrativo basilar do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta; (...)

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122. JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa, *passim*.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29. Ver em especial JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan/1999.

170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

A aplicação do microsistema de proteção do consumidor deve atender esse *standard de proteção performática*. A premissa dogmática coordena a teoria e a filosofia do direito, repercutindo na prática da atividade legislativa e na concretização do direito por intermédio da jurisprudência. Assim, o dano extrapatrimonial não chega a ter uma diferenciação ontológica em relação ao ilícito¹⁵, considerando a comunicação das normas e o vetor da narratividade. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186 do Código Civil). O dispositivo central do ato ilícito não permite distinguir a contrariedade ao direito em relação ao dano extrapatrimonial – considerando que é um dispositivo que prestava tranquilamente para identificar o dano material.

A premissa operativa revela a inquietude dos juristas¹⁶ com relação a

¹⁵ A doutrina se vale da expressão “dano injusto” que congrega duas questões: (a) a função de o dano configurar um fenômeno contrário ao direito, ainda que seja decorrente de um ato aparentemente lícito (por exemplo, o dano praticado por legítima defesa de terceira pessoa ou por exercício regular de um direito, nos termos do art. 188 do Código Civil); (b) a peculiaridade de uma cláusula geral de “dano injusto” informa um modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, porque a diuturna evolução social sempre permite a abordagem de novas violações que, por si, podem implicar um dano. ALPA, Guido. *I principio generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 486.

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007, p. 45. A autora pontua a evolução epistêmica dos institutos da responsabilidade civil, em especial, com a maior significação do espaço do nexo de imputação objetivo. “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”. A culpa em sentido amplo e o risco

“dissociações absolutas” – por exemplo, a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, entre nexos de imputação objetivo e subjetivo, assim como a *separação ortodoxa entre o dano extrapatrimonial e a categoria do ilícito*.

Qual a “moral” do dano extrapatrimonial?

Em outros termos, por que a dicotomia entre dano material e o dano extrapatrimonial são nocivas à funcionalidade da responsabilidade civil?

O Código Civil de 1916 (elaborado por Clóvis Bevilacqua) trazia conceitos que remetiam para a “vontade interna” dos sujeitos (vide art. 85 do Código revogado). Pontes de Miranda¹⁷ comenta que se trata de uma “ingenuidade” essa utilização de fatores solipsistas, individualistas, porque ficam sujeitos à manipulação. O descuido em relação à fenomenologia e aos aspectos éticos e culturais se deve ao fato de Bevilacqua ser um teórico, um professor, sequer ser um advogado atuante em sua época. Ou seja, a “moral” do “dano moral” do século XX ficava na *cabeça do agente* – que deveria ser interpretado pela descrição do julgador, algo efetivamente impossível e correlacionado a decisionismos estamentais¹⁸.

A modificação que ocorre por intermédio de um novo direito privado *solidário* é que não importa conferir inúmeros predicados ao dano extrapatrimonial. Se os práticos falam em dano “presumido”, em dano “in re ipsa” ou em “aborrecimento significativo”, todos os qualificativos desencobrem uma experiência humana que é meramente instrumental a uma feição “cultural” do que se entende por danoso em determinada sociedade e em um certo lapso temporal. Com efeito, notável que certas atividades humanas passaram a serem consideradas eventos que desencadeiam a indenização por dano extrapatrimonial, porque foram cotejadas a um grau de ilicitude praticada, ou seja, existe uma reprovação social que decorre da compreensão do ordenamento jurídico¹⁹.

deixam de ocupar a posição de fundamentos da responsabilidade, passando a serem fontes que convivem no sistema, sem uma solução de exclusão de uma pela outra.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981, p. 87.

¹⁸ A noção psicológica da culpabilidade em direito privado foi abandonada em privilégio da análise de um “modelo de conduta ideal”, um *standard* de abarca as expectativas sociais dos atores em suas diversas relações na sociedade de consumo. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005, p. 51.

¹⁹ Na década de 1980 não se cogitava do dano à imagem – não quer dizer que as pessoas não pudessem se sentir lesadas, em sua intimidade, em seu psicológico, quando publicada uma notícia perversa a seu respeito. Ocorre que a cultura daquela época, demasiadamente individualista, não se importava com a exposição das pessoas perante a sociedade. Consequentemente, o ordenamento jurídico não tinha a previsão sobre a proteção do nome, da imagem, dentre outras facetas da personalidade. Atualmente, a tutela da imagem

Por isto que se fala em dano extrapatrimonial “por desvio de capacidade produtiva”, dano extrapatrimonial “por abalo estético”, dano “existencial”, dentre outras inúmeras categorizações não taxativas. *Todas essas espécies de danos extrapatrimoniais não são decorrentes do tamanho do sofrimento da vítima* – algo que leva ao decisionismo. Elas retratam a força normativa ou o significado jurídico que a contrariedade ao direito representa para determinada cultura na perspectiva axiológica atualmente implicada pela Constituição²⁰. Em decorrência, elas levam em conta circunstâncias objetivas do caso concreto para a precificação da indenização, que pode variar quantitativamente.

2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo)

A questão não é novidade nas ciências criminais²¹.

Notório que um acidente de trânsito é analisado por um juízo monocrático. Entretanto, a jurisprudência é tendente a considerar que um condutor de veículo *transcendeu a culpa consciente e avançou para o dolo eventual*, na hipótese de haver infração de diversas regras jurídicas para além do evento consumativo contra uma pessoa. Embora o resultado da tragédia seja somente um – o atropelamento ou a colisão de um veículo e o evento morte da pessoa –, os práticos consideram a contumaz violação do direito (ilícito) como algo que modifica a categorização do delito. A diferença entre os ilícitos é “de grau”, mas acaba levando o sujeito ao julgamento por um júri popular²².

respalda decisões conforme a seguinte: “Comprovado que a notícia veiculada pela demandada, muito embora não tenha distorcido os fatos, nem tecido comentários a respeito do assalto ocorrido, no qual o autor Paulo, policial à paisana, acabou atirando e matando um dos assaltantes, divulgou dados pessoais do apelado, violando a privacidade deste, expondo-o a um risco desnecessário, mormente porque um dos assaltantes logrou fugir do local dos fatos, resta caracterizado o abuso do direito de informação por parte da empresa jornalística e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.” (TJRS, Apelação Cível Nº 70021761473, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 24/04/2008).

²⁰ As estruturas jurídicas do direito privado retratam os valores culturais da sociedade contemporânea – o individualismo e o patrimonialismo de outrora cede espaços à dignidade do ser humano, o autêntico centro epistêmico do direito pós-moderno. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr/jun de 2002, p. 221.

²¹ *Não se defende a unidade metodológica entre direito privado e direito criminal* – porém, chama a atenção sobre a valoração das circunstâncias “internas” a um indivíduo. O juiz não consegue adentrar metafisicamente na cabeça de um sujeito e dizer se ele agiu com culpa ou com dolo, assim como não consegue quantificar o sofrimento de uma pessoa. Em contrapartida, a cultura e seu reflexo no ordenamento jurídico permitem justificar hermeneuticamente o “grau” de contrariedade ao direito.

²² Conforme respeitável doutrina, se um sujeito ingeriu bebida alcoólica e saiu dirigindo, já praticou o delito doloso previsto no art. 306 do CTB. Havendo uma colisão com evento morte, seria difícil pensar que o

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu sobre a pronúncia em situação análoga: “Caso em que o recorrente, sob o efeito de álcool e pilotando carro em alta velocidade, teria perdido o controle do veículo ao tentar vencer curva da estrada, vindo, com isso, a capotar diversas vezes e a causar a morte de um dos ocupantes do automotor por politraumatismo craniano. Somatório de elementos de prova que dão sustentação à tese acusatória de que o recorrente agiu com dolo eventual na produção do resultado, assumindo o risco de produzir a morte de alguém. Dúvida que, nesta fase do processo, resolve-se em prol da sociedade, devendo ser o acusado submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri” (Recurso em Sentido Estrito Nº 50010242020118210070, Terceira Câmara Criminal, Relator Desembargador Luciano Andre Losekann, DJ 23/06/2022).

O julgador não se vale de intuicionismos ou concepções voluntarísticas para tentar entender o que se passava na cabeça do condutor do veículo. O julgado fala em “somatório de elementos de prova” que, em realidade, refletem as tantas violações a diversas normas jurídicas praticadas pelo condutor do veículo. O magistrado coteja o fenômeno que provocou o evento em relação à inteireza dos ilícitos cometidos – conforme o exemplo, a embriaguez ao volante, a velocidade incompatível, dentre outros aspectos juridicamente reprováveis perante o ordenamento. Esses fatos são instrumentais a uma ressignificação “cultural” da diferença entre culpa consciente e o dolo eventual.

A “moral” do dano extrapatrimonial atende ao mesmo raciocínio. O fundamento da atual responsabilidade civil é a colocação do sujeito em risco (dispensando que seja um risco-proveito).

Giselda Hironaka²³ dialoga com respeitável doutrina europeia para assinalar a cláusula geral do “mise en danger”, que consiste em *colocar outrem em perigo de maneira qualificada*: isso depende de uma atividade arriscada com potencial capacidade de incorrer em dano, considerando a probabilidade da ocorrência do dano com base empírica ou científica. Adolfo di Majo²⁴ ressalta que, na sociedade do consumo, atividades socialmente úteis também podem ser perigosas em sua

dolo de perigo anteriormente praticado não subentende a probabilidade de um resultado que também deve ser doloso – do contrário, somente poderia resultar um crime culposo em decorrência de decisionismo que teoricamente intui aspectos internos do agente. NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, n. 129, mar/2013, p. 186/188.

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007, p. 56.

²⁴ MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003, p. 191.

essência. Em especial, porque os produtos ou serviços podem apresentar um defeito massificado, *acabando por fazer equivaler o defeito do produto ou serviço ao dano pelo fato do produto ou serviço.*

Novamente citando um julgado de natureza criminal, o Superior Tribunal de Justiça admite a exasperação da pena base, levando em conta o “grau” da ilicitude – como se houvesse patamares de contrariedade ao direito:

Em princípio, questões relativas à dosimetria da pena não são suscetíveis de apreciação em sede de habeas corpus, que depende da valoração de circunstâncias fáticas, o que é próprio de se fazer nas instâncias ordinárias. Apenas nos casos em que haja violação dos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena é possível corrigir-se a dosimetria por esta via especial.

Segundo a legislação em vigor (art. 306, § 1º, do CTB), a quantidade de álcool por litro de sangue (6 dg) ou por litro de ar alveolar (0,3 mg) é um dos meios pelo qual é possível inferir a potencial redução da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor.

Sendo assim, a quantidade de álcool ingerida pelo réu pode ser um modulador na fixação da pena-base, porquanto, como é de conhecimento comum, quanto maior o consumo de álcool, menor a capacidade motora e de entendimento do indivíduo, ou seja, o nível de embriaguez está proporcionalmente ligado ao potencial de perigo gerado pela conduta.

Na hipótese, constatado que o nível de álcool no organismo do réu (1,12 mg/L de ar alveolar) era três vezes superior ao limite previsto pela legislação (0,3 mg/L de ar alveolar) não há ilegalidade na exasperação da pena-base, pelas circunstâncias da ação delituosa (maior potencial de perigo).

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (HC 587.193/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ 18/08/2020)

A dogmática criminal é repleta de exemplos, justamente, porque trabalha com fatos humanos que causam resultados juridicamente reprováveis. Ou seja,

o magistrado não mergulha na consciência do sujeito para saber se ele foi “mais ou menos” criminoso, mas analisa a significação dos casos na perspectiva de um regime baseado na “ilicitude”²⁵ e na “culpabilidade” enquanto reprovação social.

O mesmo raciocínio levou o Superior Tribunal de Justiça a modificar o entendimento, no tocante às *espécies abarcadas pela Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços*. Anteriormente, havia uma cisão ortodoxa entre responsabilidade pelo defeito do produto ou serviço e responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Voltando aos exemplos da criança que fugiu da creche e do remédio que sequer foi retirado do invólucro, *não haveria dano indenizável*. Tudo ficaria restrito à verificação da individualidade do “consumidor que não consumiu o produto ou que não foi machucado pela falta de zelo da creche”. A maioria dos julgados certamente afirmaria que não “houve prova do dano”.

A jurisprudência evoluiu na perspectiva da própria implementação da ciência, em termos de industrialização e comercialização de produtos e serviços. Portanto, atualmente, naquelas hipóteses elencadas, existe uma zona de penumbra entre a ocorrência, ou não, do dano extrapatrimonial. A tendência é que os julgados admitam a responsabilização do fornecedor, quando o risco ou perigo identificado assumam um “grau de ilicitude” que transcende os limites do razoável para a cultura brasileira – ainda que a criança não tenha sofrido machucados físicos, ainda que a consumidora não tenha ingerido produto impróprio.

Chamando a atenção para a ilicitude e para o caráter dissuasório implicado pela indenização, *a fortiori*, pode ser lembrada a questão do dano social (art. 6, VI, do CDC). Esse prejuízo é decorrente de lesões à sociedade, quando abalado um estado de coisas comunitário, que acaba por rebaixar o patrimônio moral da coletividade. Antônio Junqueira de Azevedo²⁶ lembra que o valor da “segurança”

²⁵ No direito privado ocorre uma aproximação entre ilícito e dano injusto, que, pontualmente, denomina-se como “dano conglobante”. O fenômeno não retira a percepção analítica entre as espécies, tampouco afasta o caráter concreto do sujeito que é vítima – apenas salienta os padrões de conduta que o ordenamento jurídico reputa esperados, porque são reputados justos ou eticamente privilegiados. Em decorrência, a tipicidade do ato ilícito acaba refutada, permitindo uma leitura mais aberta em termos de responsabilização. FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, n. 397, nov/2010, *passim*.

²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul/set 2004, p. 215/6. A referência é somente para alertar o fundamento do dano com base no grau de ilicitude. Não é o caso de discutir para quem será a indenização, tampouco a diferença entre dano social e outros danos coletivos – distinção importante, mas que extrapola os limites do presente estudo. Para essa última finalidade, verificar FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos

foi desconstruído de diversos negócios jurídicos – contrato de transporte, de saúde, de ensino, de hospedagem –, viabilizando uma indenização “autônoma”, na hipótese em que verificada a contrariedade ao dever de garantir a confiança do sujeito (quebra da expectativa de segurança).

Ao conferir uma proteção autônoma à “segurança”, em determinados contratos ou estados de coisas jurídicas, fica muito evidente que a manutenção do mercado de consumo também depende disso. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça levou em conta o dever de “segurança”, expressamente previsto no art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, para aproximar a funcionalidade da responsabilização pelo vício do produto ou do serviço à responsabilização pelo fato do produto ou do serviço (uma leitura dialogal e coerencial dos dispositivos do CDC), conforme assinalado no item abaixo.

No REsp 1.221.756/RJ (3ª Turma, Relator Ministro Massani Uyeda, DJ 02/02/2012), o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

A ilicitude desarrazoada foi considerada o epicentro do raciocínio jurídico. Em contrapartida, aspectos contingentes ao dano propriamente dito foram circunstâncias que serviram de parâmetro para o arbitramento da indenização, ratificando a figura do dano conglobante em direito do consumidor.

morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp n. 598.281/MG). *RTDC*, vol. 28, out/dez /2006.

2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Em um caso no qual foi encontrado objeto estranho dentro de uma garrafa de bebida, ainda que não tenha havido a ingestão do líquido, tampouco a retirada do lacre, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.801.593/RS (Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 15/08/2019) entendeu que é devida a condenação por dano extrapatrimonial, ressaltando os julgamentos em contrário. Na oportunidade, a Ministra assinalou que a leitura do Código de Defesa do Consumidor deve observar a tutela do sujeito em um sentido amplo, ou seja, ainda que não aconteça um dano material ou sensível a quem não ingeriu a bebida que sequer foi destampada, a identificação de um corpo estranho dentro do recipiente expõe a coletividade a um perigo contrário ao ordenamento. Assim, conforme o voto, “uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto”.

O acórdão afasta a “incidência exclusiva do art. 18 do CDC” (responsabilidade pelo fato do produto). Muito além disso, o Tribunal elabora um raciocínio sistemático que abarca os artigos 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor, concluindo que os dispositivos devem ser coordenados para resultar na finalidade protetiva do vulnerável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada, quando havia o consumo de gênero alimentício em condições impróprias. Porém, a Terceira Turma passou a reconhecer o dano extrapatrimonial indenizável para a hipótese em que corpo estranho fosse encontrado no invólucro do produto alimentício, ainda que não houvesse a ingestão do produto – de outro lado, a Quarta Turma entendia que esse caso não ensejava o dever de indenizar por dano extrapatrimonial.

No julgamento do REsp 1.899.304/SP (Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 25/08/2021), as Turmas reunidas na Segunda Seção uniformizaram a jurisprudência. Na ocasião, havia corpos estranhos (fungos e ácaro) dentro de um pacote de arroz. Ainda que o consumidor não tivesse ingerido o alimento, o risco da atividade foi considerado suficiente para a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial. O Tribunal reputou

necessária a proteção da segurança alimentar correlacionada à qualidade dos alimentos para a garantia de controle dos riscos para a saúde das pessoas. O Código de Defesa do Consumidor trata da “Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, existindo uma zona de penumbra indissociável que teoricamente separa a responsabilidade pelo fato do consumo (art. 12 do CDC) e a responsabilidade pelo vício do consumo (art. 18). No voto condutor, alegou-se: “Não obstante, em que pese esses sentimentos negativos derivados da exposição ao alimento contaminado/violado realmente sejam aptos a causar abalo psicológico, é imperioso considerar que, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, tem cada vez mais reconhecido a possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor ou sofrimento, concluindo que o dano moral se traduz em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja alguns dos aspectos da dignidade do ser humano.”

Em voto-vista, o Ministro Marco Buzzi ressaltou alguns aspectos da fundamentação, alertando que o dano moral não poderia ser considerado independente de prova (“*in re ipsa*”), mas deveria ser aferido no caso concreto:

Nessa medida, estabelecem-se como parâmetros para a constatação do dano moral indenizável que: (i) o corpo estranho presente no alimento seja distinto da substância ou constituição natural do alimento; e (ii) capaz – por prova bastante – de causar risco à saúde ou incolumidade física do consumidor caso ingerido, manuseado ou utilizado.

Ressalta-se, portanto, que a ingestão do produto contaminado, embora constitua circunstância evidentemente agravante a influenciar nas dimensões do dano e, por conseguinte, de sua reparação, não pode servir como critério/requisito para a configuração do dano moral, pois tal imposição contraria a garantia de segurança alimentar e vem de encontro ao ordenamento jurídico normativo, voltado para a dignidade da pessoa humana e amparo ao consumidor.

Com esse norte hermenêutico, na hipótese ora em comento, a despeito de não ter havido o efetivo consumo do produto, ficou plenamente demonstrada a exposição do consumidor à efetiva e concreta lesão à sua saúde, consubstanciada na comprovação da existência de “(...) fungos filamentosos e esporos de fungos, insetos vivos e mortos e ácaros vivos e mortos” no produto alimentício adquirido.

Os respeitáveis argumentos lançados pelo Ministro devolvem à discussão a perspectiva por intermédio da qual se valora o dano extrapatrimonial: (a) trata-se de aferir o sofrimento da pessoa, tentando adentrar na esfera metafísica do sujeito ou (b) se parte da análise da categorização e aferição do “grau” do ilícito perpetrado.

Se uma pessoa portadora de deficiência visual comprasse um pacote de arroz? Se uma pessoa portadora de deficiência mental adquirisse um refrigerante e não se importasse com uma pedra dentro da garrafa?

Possível alegar que a “condição da pessoa”, do caso concreto, pode implicar na caracterização do dano. O problema é que um mesmo fenômeno – nocivo, em termos de perspectiva cultural – será tratado de maneira diferente para uma classe de pessoas, ainda que o CDC seja aplicável em uma sociedade de consumo em massa.

A moral do dano extrapatrimonial é o grau de intensidade da desconformidade ao direito que potencialmente causa risco à qualidade do produto ou serviço. O ponto nodal é a “qualidade do produto ou do serviço”, não a condição da pessoa ou a intensidade do sofrimento que ela enfrenta. Essas circunstâncias podem meramente agravar em termos de precificação da indenização (com todo respeito ao voto-vista elaborado pelo Eminentíssimo Ministro).

No atual quadrante constitucional não ocorre uma utilização axiomática e excludente dos critérios da hierarquia, anterioridade ou especialidade das fontes jurídicas. “Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadoras e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional”²⁷.

No AREsp 1246550/SP, julgado em 26/03/2018, a Ministra Assusete Magalhães pontuou:

Tem-se que as diferentes normas que tratam da mesma relação jurídica, ou de relações jurídicas convergentes, devem ser aplicadas

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 23.

simultaneamente ao caso concreto, de forma coordenada e dialógica, para que haja preservação da harmonia do sistema jurídico nacional.

Da mesma forma que a Constituição não pode ser interpretada “em tiras”, por força do Princípio da Unidade Constitucional, o sistema jurídico, globalmente considerado, também não pode ser analisado de forma compartimentada, norma a norma.

Ao contrário, a análise deve ser absolutamente sistemática, para que todas as normas jurídicas capazes de incidir no caso concreto possam ser aplicadas aos fatos, com maior ou menor intensidade, de modo que a coerência do ordenamento seja mantida, afastando-se antinomias indesejadas.

Os artigos 4º, 7º e 8º do Código de Defesa do Consumidor valem como normas de orientação lógica e funcional para a Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço. Nos casos examinados em exemplos e em julgados, a “moral do dano extrapatrimonial” enseja um diálogo sistemático entre os dispositivos, sobretudo, ocasiona uma aproximação coerencial entre os arts. 12, 14, 18 e 20, todos do CDC. Um produto ou serviço pode apresentar um vício tão desarrazoado, que acaba por resultar no dever de indenizar por ocasião do “dano conglobante”, um dano resultante da grave violação dos deveres previstos no próprio sistema jurídico.

3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NÃO PREJUDICA A TUTELA PREVENTIVA ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL

A interpretação sistemática e coerencial do artigo 4º e do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor aproxima as espécies da Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço – responsabilidade pelo “vício” e responsabilidade pelo “fato”. Respeitosamente, não é a prova de um sentimento “interno” do sujeito que emplaca o dano extrapatrimonial, porque se trata de categoria conglobante que abarca a ilicitude instrumentalizada para prevenir e compensar o prejuízo ocasionado ao consumidor.

Um objeto estranho dentro de um recipiente que sequer foi aberto implica o dever de reparação civil. Isso não arrefece a primazia da tutela específica prevista no art. 499 do CPC: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prática equivalente”. A tutela do direito continua podendo ser preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) e repressiva (ataca o dano propriamente

dito). Em termos de dano extrapatrimonial, contudo, essas linhas de atuação do processo civil ficam limítrofes, sendo que a desarrazoada contrariedade ao direito já permite identificar o dever de indenizar.

“A tutela específica foi definida em contraposição à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida, a forma de tutela típica ao processo de conhecimento do século XX. Tutela específica é a preordenada à conservação ad integridade do direito material, enquanto tutela pelo equivalente é a que se resolve em pecúnia, ou seja, a que substitui o direito por uma medida monetária. Nessa linha, a primeira das tutelas específicas é a tutela inibitória. Trata-se da tutela que visa a inibir a violação do direito. Na sequência, surge a tutela posterior à violação do direito, mas anterior à preocupação com o eventual dano”.²⁸ Na hipótese de um sujeito ter comprado um veículo que apresentou vício de fabricação, o Ministério Público ou os órgãos de proteção do consumidor podem provocar a empresa para um “recall”, ou para a retirada do automóvel do mercado. Agora, isso não afasta que as pessoas que comprara o carro e enfrentaram esse vício de fabricação postulem a indenização por dano extrapatrimonial pautado por uma ilicitude desarrazoada. Tudo está no plano pré-processual, no plano da tutela das normas de proteção ao consumidor, que convergem para cumprir as finalidades que o sistema jurídico encarrega aos fornecedores de produtos e serviços.

A dogmática do processo civil, ainda que visualizando esse tipo de caso no plano pré-processual, não afasta a questão do dano conglobante em se tratando da Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços – um dano extrapatrimonial caracterizado pelo ilícito culturalmente desarrazoado. O sistema jurídico protege o consumidor por intermédio de todos os remédios e técnicas previstas pelo ordenamento, sem, contudo, afastar o dever de indenizar nos casos assinalados²⁹.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016, p. 66. Adolfo di Majo pontua o mesmo raciocínio, no sentido de que um remédio processual não é excludente do outro.

²⁹ A jurisprudência chega a conferir um prazo decadencial de 30 dias para a concessionária resolver o vício de um automóvel que tenha apresentado problemas (art. 18, §1º, do CPC), sem afastar, contudo, a possibilidade da condenação do fornecedor ao pagamento do dano extrapatrimonial que se caracteriza pela ilicitude desarrazoada da própria conduta: “Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou de forma categórica a existência de vício no produto, tendo sido o veículo encaminhado diversas vezes para conserto e não sanado o defeito no prazo de 30 (trinta) dias. Rever essa conclusão esbarra no óbice supramencionado. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. O valor fixado a título de danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ” (REsp 1.632.762/AP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 14/03/2017).

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema legislado para cumprir a prestação constitucional imposta ao Estado. A Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços se reporta expressamente à prevenção e reparação de danos, ou seja, consiste em um gênero do qual são espécies a responsabilidade pelo “vício” e pelo “fato” dos produtos e serviços.

O conjunto de dispositivos deve ser compreendido no enfoque de garantir o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º do CDC). Por isso que o Superior Tribunal de Justiça se valeu do artigo 8º para ressaltar a tutela da segurança do consumidor e, na prática, aproximou a categoria do “vício” à categoria do “fato” do produto e serviço.

Em um mercado que consome de maneira massificada e que sinaliza a vulnerabilidade do consumidor, o dano extrapatrimonial conglobante suaviza a ortodoxa separação entre ilícito e dano. Afinal, o próprio sistema jurídico contempla o dever de responsabilização e também de prevenção em relação a todas as práticas que caracterizem um ilícito desarrazoado, independente da classificação que se imputar ao dano – dano “in re ipsa”, dano presumido, dano moral puro, dano estético, dano existencial, dano por perda de uma chance, dano por desvio de capacidade produtiva, dentre outros. Os predicados não se reportam estritamente ao dano, parecem enfatizar a necessidade da “prova do dano”. Em termos práticos, encerrados na Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços, o dano extrapatrimonial possui uma correlação axiológica com o grau de ilicitude praticado.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul/set 2004.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Tutela jurisdiccional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016.

- FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, n. 397, nov/2010.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr/jun de 2002.
- JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan/1999.
- MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981.
- NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, n. 129, mar/2013.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 9, jan-mar/2002.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE OU COMPANHEIRO: REQUISITOS E OBSTÁCULOS ENFRENTADOS

Cristiane Linhares de Souza¹

Resumo: Introduz-se os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor) para que o servidor público civil federal possa gozar o direito de licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, pontuando brevemente a diferença com o instituto do exercício provisório. Desenvolve-se a dicotomia traçada entre os posicionamentos consolidados do Poder Judiciário (na figura do Superior Tribunal de Justiça - STJ) e Poder Executivo Federal (na figura do Órgão Central da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal - SIPEC). Conclui-se com a análise das implicações do Poder Executivo Federal ter orientação própria e peculiar sobre o tema.

Palavras-chave: servidor público; licença; afastamento; cônjuge; companheiro.

Abstract: This study begins with an analysis of the Federal Law No. 8,112 of 1990 and its requirements for a federal civil servant to exercise their right of leave due to absence of their spouse or life partner, briefly highlighting the distinction from temporary work. Next, it explains the opposing positions from the Judicial (represented by the Superior Court of Justice) and the Executive (represented by the Human Resource Management and Development Central Office) Branches. Finally, the study concludes with a discussion about the consequences of the Federal Executive Branch having its own unique standing on this matter.

Keywords: civil servant; leave of absence; absence period; spouse; life partner.

¹ Advogada, servidora pública federal, graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes, Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público pela Faculdade Unyleya.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a debruçar sobre o direito do servidor público civil federal, estabelecido no artigo 84, *caput*, da Lei nº 8.112/1990, de acompanhar seu cônjuge ou companheiro, quando este se desloca, bem como analisar os seus requisitos previstos em lei, a posição jurisprudencial pacificada emanada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e os obstáculos enfrentados pelo servidor para ter o gozo pleno de seu direito, através da concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro.

2. LICENÇA POR MOTIVO DE AFASTAMENTO DO CÔNJUGE

O espírito da previsão legal da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro está na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu artigo 226, *caput*, onde consolida que *"a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"*.

Assim, o legislador infraconstitucional garantiu ao servidor público civil federal o direito de se afastar do seu exercício profissional, para que ele possa acompanhar o seu cônjuge ou companheiro, enquanto este estiver deslocado, com o intuito de ver resguardada a unidade familiar. Esse afastamento é não remunerado e foi consubstanciado na licença estipulada no artigo 84, *caput*, e parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/1990:

"Título III - Dos Direitos e Vantagens

(...)

Seção III - Da Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge

Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

§ 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração." (nosso grifo)

Essa licença está inserida no Título III do Estatuto do Servidor, que prevê direitos e vantagens dos servidores públicos civis da União, e nos próximos tópicos serão esmiuçados os requisitos legais e posições jurisprudenciais para

a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, bem como o entendimento da Administração Pública Federal sobre o tema.

2.1 . Requisitos para concessão da licença

Pode-se observar pela leitura fria do texto da lei que o requisito fundamental para a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro é apenas um: o efetivo deslocamento do consorte para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo.

Diversas são as decisões jurisprudenciais que corroboram para o entendimento posto, como a decisão do eminente Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, conforme paradigma estabelecido no Recurso Especial 422.437/ MG 2002/0033598-4, exposto abaixo:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE NO EXTERIOR. ARTIGO 84 DA LEI 8.112/90. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, FACE A AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS A LICENÇA DEVE SER CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - O requisito fulcral para a concessão da licença pleiteada é tão somente o deslocamento do cônjuge para outro ponto do território nacional ou exterior, ou ainda, para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

II - Ônus algum recai sobre o Erário, vez que o parágrafo 1º do dispositivo em discussão prevê a ausência de remuneração durante todo o período da licença. Assim, a interpretação dada ao art. 84 da Lei nº 8.112/90 não deve ser a mesma do art. 36 do Estatuto.

III - Ademais, o art. 84 do Estatuto dos Servidores está situado em seu Título III, qual seja “Dos Direitos e Vantagens”. A norma contida em todos os demais dispositivos que se encontram nesse mesmo título diz respeito a direitos dos servidores, sobre os quais a Administração possui pouco ou nenhum poder discricionário. O legislador, pelo menos no capítulo em que tratou de concessão de licenças, quando quis empregar caráter discricionário, o fez expressamente, como no art. 91 do mesmo Diploma Legal.

IV - O art. 84 da Lei nº 8.112/90 contém norma permissiva, cuja interpretação mais adequada é a de que carrega um poder-dever

por parte da Administração. Logo, preenchendo-se os requisitos, o requerente faz jus à licença requerida.

V - Recurso especial conhecido e desprovido.” (nosso grifo)

Com intuito de trazer maior clareza sobre os requisitos para o deferimento da referida licença, cumpre ressaltar trechos do voto do Relator no citado Recurso Especial:

“Da análise do artigo, extrai-se que o requisito fulcral para a concessão da licença pleiteada é tão somente o deslocamento do cônjuge para outro ponto do território nacional ou exterior, ou ainda, para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Ou seja, o simples exercício de atividade em localidade diversa por parte do cônjuge ou companheiro é o suficiente para a configuração do deslocamento.

Importa, tão-somente, que haja o afastamento do cônjuge ou companheiro, seja ele servidor público ou não. Também não se exige que o ato seja ex-officio, nem comprovação de relação de emprego, podendo ser o deslocamento decorrente de atividade profissional, inclusive, liberal, pois ao falar em “deslocado”, não diz “mandado servir”. Ademais, o prazo da licença é indeterminado, porquanto o deslocamento é do cônjuge ou do companheiro, e não do servidor que a requer.

Ora, está-se diante de uma norma permissiva, cuja interpretação mais adequada é a de que o dispositivo transcrito carrega um poder-dever por parte da Administração. Nesse sentido, observa-se que ônus algum recai sobre o Erário, vez que o parágrafo 1º do dispositivo em discussão prevê a ausência de remuneração durante todo o período da licença.

(...)

Por fim, cumpre esclarecer que não se está sobrepondo os interesses privados aos públicos, gerando a repudiada inversão de valores no âmbito do Direito Administrativo. Como anteriormente explicitado, na presente hipótese, o interesse público se vê esvaziado, ante a inexistência de ônus para a Administração face ao direito do servidor. Não há que se falar, também, em invasão do mérito administrativo, porquanto, a situação posta pelo art. 84 do Estatuto dos Servidores não deixou espaço para a discricionariedade administrativa.” (nosso grifo)

Ademais, é possível extrair uma característica relevante da supracitada licença, de acordo com aplicação da interpretação sistêmica do próprio Estatuto dos Servidores: a vinculação na decisão da Administração Pública, isto é, uma vez

preenchidos os requisitos legais, é obrigatória a concessão da licença. A propósito, o e. STJ já se manifestou a respeito, através do Recurso Especial 287.867/PE 2000/0119543-3:

“EMENTA. ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDORA PÚBLICA – CONCESSÃO DE LICENÇA PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE – ART. 84, §2º, DA LEI 8.112/90 - PREVISÃO LEGAL - ATO VINCULADO – AUSÊNCIA DO PODER DISCRICIONÁRIO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - MANUTENÇÃO DO DEFERIMENTO.

1 - Tendo a servidora, ora recorrida, preenchido os requisitos necessários à concessão da licença, não há porquê se falar infringência à lei federal, já que a norma contida no art. 84, da Lei nº 8.112/90 não se enquadra no poder discricionário da Administração, mas sim nos direitos elencados do servidor.

2 - As considerações feitas pelo v. acórdão a quo, são suficientes, por si só, à embasar a decisão.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.” (nosso grifo)

Desse modo, como é direito do servidor público o deferimento da licença para acompanhar o cônjuge ou o companheiro, quando este for deslocado, não cabe qualquer ato de ingerência do Poder Público, visto que a decisão não se enquadra como ato discricionário.

2.2 Não são requisitos para concessão da licença

Ultrapassada a discussão inicial sobre os requisitos legais, cumpre observar que outros requisitos são comumente trazidos à baila para o deferimento da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro. Os elementos mais frequentemente acrescentados pela Administração Pública são o motivo e a natureza do deslocamento do consorte.

Os Órgãos Públicos conferem interpretação restritiva sobre o termo “deslocamento”, sendo habitual a necessidade de se comprovar que o deslocamento foi realizado único e exclusivamente em decorrência de atividade profissional exercida anteriormente (para constatação de manutenção do vínculo empregatício), não tendo o cônjuge ou companheiro dado causa ao próprio deslocamento laboral.

No entanto, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual possui competência constitucional para uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país (com fulcro no artigo 105, III, c da CRFB/88), já proferiu jurisprudência pacificada sobre a matéria, ressaltando que o motivo e a natureza não são relevantes para o deferimento da citada licença, conforme o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.157.234/RS 2009/0028911-2:

“EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. LICENÇA ACOMPANHAMENTO CÔNJUGE PREVISTA NO ART. 84 DA LEI 8.112/90. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. PODER-DEVER POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que o artigo 84 do Estatuto do Servidor Público Federal tem caráter de direito subjetivo, uma vez que se encontra no título específico dos direitos e vantagens, não cabendo, assim, juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração.

2. Basta que o servidor comprove que seu cônjuge deslocou-se, seja em função de estudo, saúde, trabalho, inclusive na iniciativa privada, ou qualquer outro motivo, para que lhe seja concedido o direito à licença por motivo de afastamento de cônjuge.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (nosso grifo)

Inclusive a vontade própria do consorte em se movimentar para outra localidade também não deve ser alvo de análise. Então, caso o cônjuge ou companheiro do servidor público escolha se deslocar, seja por causa do trabalho, saúde, estudo ou qualquer outra justificativa, mesmo que de foro íntimo, não há razão para o Poder Público não conceder a licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro. Nesse diapasão, observa-se a ementa do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, através da Apelação Cível 317.836/SP, que posteriormente foi alvo de Recurso Especial e Agravo de Recurso Especial por parte da Administração Pública, sendo ambos negados o provimento, e conseqüentemente mantida a decisão ora exposta:

“EMENTA. ADMINISTRATIVO: MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA ACOMPANHAMENTO DO CÔNJUGE.

1 - O comando inserto na norma do artigo 84 da Lei 8.112/90 elege o simples deslocamento do cônjuge ou companheiro como fato gerador do direito, não fazendo nenhuma exceção no que tange à sua relação

empregatícia ou funcional, bem como no que tange em se saber se foi por vontade própria do servidor ou no interesse da Administração.

II - Ao contrário da licença para tratar de interesses particulares (artigo 91), que impõe taxativamente ser “a critério da Administração”, “não estar em estágio probatório” e por “prazo de até três anos consecutivos”, a licença para acompanhar o cônjuge não impõe restrição, mas sugere o exercício do direito quando implementado, no caso, com o deslocamento.

III - A norma do artigo 84 não traz em seu bojo nenhuma qualificadora ou condicionante, de forma que o legislador, ao se referir ao cônjuge ou companheiro que “foi deslocado para outro ponto do território nacional” ou “para o exterior”, não desejou dar outra aceção à proposição “foi deslocado” senão a de mudança de domicílio, cuja natureza pode ser funcional ou residencial.

IV - O fato de o cônjuge da impetrante manter vínculo funcional com empresa privada em nada descaracteriza o seu direito, eis que, repita-se, a lei não faz distinção no que tange à sua relação empregatícia ou funcional.

V - Apelação provida.” (nosso grifo)

Por conseguinte, o acréscimo de outros requisitos não previstos em lei, e em discordância com o posicionamento jurisprudencial, são meras ilações putativas realizadas pela Administração Pública, que ferem o princípio da separação de poderes.

2.3 Diferença com o exercício provisório

Embora o instituto do exercício provisório não tenha relação direta com a licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro ora debatida, se faz necessária breve distinção por estarem ambos inseridos no mesmo capítulo (Capítulo IV: Das Licenças) e na mesma seção (Seção III: Da Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge).

O exercício provisório tem amparo legal no parágrafo 2º do artigo 84 do Estatuto do Servidor:

“No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.” (nosso grifo)

O legislador infraconstitucional previu a possibilidade específica do servidor público ser lotado em Órgão ou Entidade Pública, integrante da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, se seu consorte também for servidor público (seja civil ou militar) e houver se deslocado.

Com intuito de preservar a unidade familiar, o cônjuge ou companheiro do servidor público, que também é servidor público, irá acompanhá-lo no deslocamento, e trabalhará na estrutura da Administração Pública Federal presente na localidade. No caso do exercício provisório, o servidor público não goza de licença sem vencimento, ele de fato labora e, portanto, recebe sua remuneração correspondente.

Para fins didáticos de distinção entre os institutos, cita-se extrato do acórdão prolatado em sede de Agravo Interno no Recurso Especial 1.565.070/MS pelo e. STJ:

“1. O art. 84 da Lei n. 8.112/90 admite duas hipóteses em que o servidor pode afastar-se de seu cargo efetivo. A licença prevista no caput do referido artigo constitui direito subjetivo do interessado, não importando o motivo do deslocamento de seu cônjuge, que sequer precisa ser servidor público. Nesses casos, o servidor público federal fica afastado do seu órgão, por prazo indeterminado e sem remuneração (§ 1º).

2. De outra parte, a licença remunerada, mediante exercício provisório, em outro órgão pressupõe, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, que o cônjuge seja servidor público civil ou militar, não sendo possível a concessão do benefício no caso de provimento originário do cônjuge no serviço público, quando a ruptura da união familiar decorre de ato voluntário.

3. É certo que esta Corte de Justiça vem decidindo no sentido de que a licença prevista no art. 84, § 2º, da Lei n. 8.112/90 também não está vinculada ao critério da Administração. Contudo, para se ver caracterizado o direito subjetivo do servidor é necessário o preenchimento de único requisito: o deslocamento de seu cônjuge.” (nosso grifo)

Assim, a diferença pertinente para este artigo entre a licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro e o exercício provisório, é o fato do consorte necessariamente ser servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes e vinculado a qualquer um dos entes da federação, para pleitear o exercício provisório, o que já não ocorre quando se trata da supracitada licença para acompanhar o cônjuge ou o companheiro.

2.4 Licença e a Administração Pública

Com posição jurisprudencial consolidada, inferir-se-ia que os Órgãos Públicos adotassem a mesma lógica da Corte Superior, no entanto, o Órgão Central da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal (SIPEC), que é o responsável por traçar orientações sobre pessoal para o Poder Executivo Federal, possui posição diametralmente antagônica.

O SIPEC é a entidade, atualmente vinculado ao Ministério da Economia, que tem como essência ser *“um sistema orgânico e estruturador de gestão de pessoas criado para dinamizar a atuação centralizada e organizada das áreas de pessoal em todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal”*, conforme previsto no sítio do Órgão.

Na Nota Técnica nº 164/2014/CGNOR/DENOP/SEGE/MP, o SIPEC considera que a licença para acompanhar o cônjuge ou companheiro é possível nos casos de deslocamento do consorte quando tiver motivação profissional, sendo oriundo de deliberação unilateral do empregador:

“19. Por tudo quanto se expôs, conclui-se que:

a) apesar de a licença para acompanhar cônjuge ou companheiro e o exercício provisório estarem visceralmente ligados à manutenção da unidade familiar, cuja proteção foi garantida pelo art. 226 da Carta Constitucional de 1988, não se pode entendê-la dissociadamente dos demais preceitos constitucionais e regramentos da Lei nº 8112, de 1990. Significa dizer que a licença e o exercício provisório apresentados pelo art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990 não se prestam a garantir a manutenção do vínculo com a União em quaisquer situações que levem à possibilidade de separação da unidade familiar, e sim nos deslocamentos de motivação profissional que não tenham sido causado por ação do próprio servidor ou de seu cônjuge ou companheiro;” (nosso grifo)

Outra Nota Técnica relevante é a nº 169/2014/CGNOR/DENOP/SEGE/MP, que corrobora com a nota exposta anteriormente ao acrescentar que motivação de foro íntimo não é válida para a concessão da referida licença, já que o Poder Público não foi responsável pelo desfazimento do seio familiar:

“21. Significa dizer que, quando o deslocamento é proveniente de situações advindas da própria vontade do servidor ou de seu cônjuge não é cabível ao Estado arcar indistintamente com as opções pessoais dos servidores, fazendo estremecer outros princípios constitucionais

vitais, quais sejam, a supremacia do interesse público, a eficiência e, em algum nível, a moralidade, uma vez que este não contribuiu para configurar o desfazimento ou a desconstituição, quanto à finalidade da proteção ao vínculo familiar.” (nosso grifo)

A Administração Pública considera que a proteção familiar, respaldada na Constituição Federal, não é um princípio absoluto e, portanto, a licença para acompanhar o cônjuge ou companheiro não é direito incondicional do servidor público. Assim, entre a aplicação do princípio da manutenção da família e do princípio da supremacia do interesse público, prevaleceria o último.

Apesar da retórica do SIPEC, a posição do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacificada, e em consonância com a jurisprudência paradigma da Corte, cita-se abaixo o Recurso em Mandado de Segurança nº 34.518/AC, que, mais uma vez, sacramenta que a natureza e o motivo do deslocamento são irrelevantes:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. NORMA MUNICIPAL SILENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DE NORMAS FEDERAIS. ADMISSIBILIDADE. NATUREZA DO “DESLOCADO”. IRRELEVÂNCIA IN CASU.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por servidora pública municipal em estágio probatório que teve indeferido seu pedido de afastamento sem ônus para acompanhar o cônjuge, representante comercial em cidade diversa. O Tribunal de origem denegou a Segurança em razão do silêncio da norma municipal.

2. A jurisprudência do STJ, em situações em tudo análogas à presente, admite a concessão de licença a servidor para acompanhar cônjuge deslocado para outro ponto do território nacional, por tempo indeterminado e sem remuneração, independentemente de aquele que for deslocado ser servidor público ou não, em homenagem à proteção da unidade familiar insculpida no art. 226 da CF. Cabível, na hipótese, a interpretação analógica da Lei 8.112/1990, na ausência de disposição em norma municipal.

3. Não se confundem os institutos da licença sem vencimentos (aplicável ao caso dos autos) com o da remoção (cujos requisitos não são aqui exigidos em razão da particularidade da ausência de ônus para a administração e desnecessidade de perquirir a recolocação do servidor removido).

4. Recurso Ordinário provido para conceder a Segurança.” (nosso grifo)

No entanto, a jurisprudência da Corte responsável por uniformizar e padronizar interpretação de lei federal não é suficiente para o SIPEC alterar seu posicionamento, ao contrário, na Nota Informativa nº 13/2015/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, o Órgão Público demonstra estar ciente das decisões firmadas pela Justiça, no entanto, defende que como a Administração Pública não é obrigada a seguir posições sem efeito *erga omnes*, não haveria razão para que este mude seu entendimento:

“2. Entende este Órgão Central pela impossibilidade de alteração do entendimento vigente, ainda que haja posicionamento jurisprudencial em sentido diverso emanado pelo Poder Judiciário, uma vez que, embora seja dever da União proteger a manutenção da unidade familiar, razão pela qual, inclusive, foram criados pelo legislador a licença para acompanhar cônjuge e o exercício provisório, ambos abarcados pelo art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990, essa garantia há que se conformar com os demais preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, de modo que inexistente direito subjetivo à licença para acompanhar cônjuge, na hipótese em que o deslocamento não tenha sido provocado por ato da Administração, raciocínio que se fortalece no caso em que os cônjuges, anteriormente ao afastamento de um deles, já vivam em localidades diversas.

(...)

9. Todavia, em razão da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, os quais, apesar de implícitos no ordenamento jurídico, são pilares do regime jurídico-administrativo, quando diante de questões cujo entendimento ou atuação possa significar sobrepor os interesses individuais aos da Administração, deve esta, por impositivo, sobrelevar os interesses públicos, àqueles. Esta é a razão pela qual a SEGEP, a despeito do que interpreta o Poder Judiciário quanto ao alcance do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990, o interpreta no sentido de que os afastamentos para cursar doutorado no exterior não ensejam a concessão de licença para acompanhar o cônjuge ou companheiro ou o exercício provisório, tendo em vista que o servidor foi afastado do exercício do seu cargo efetivo, e não deslocado por força de ato de ofício da Administração, para outro ponto do território nacional ou para o exterior para o exercício de atividade compatível com o seu cargo, nos termos do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990.

(...)

12. Nesta senda, esta Secretaria de Gestão Pública não vislumbra motivos suficientes para a modulação do entendimento firmado na

Nota Técnica nº 164/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, se posicionando pela impossibilidade da concessão da licença para acompanhar cônjuge quando o afastamento não advier de deslocamento originado de ato de ofício da Administração, ainda que se trate de cônjuge afastado para estudo em outro país. (nosso grifo)

A despeito do seu objetivo institucional de “*elaborar e implementar políticas e diretrizes de pessoal fortalecendo as competências normativas em todas as unidades de gestão de pessoas integrantes da rede*”, conforme objetivo estabelecido em sítio do Órgão, o SIPEC ultrapassa a tênue linha do debate jurídico, e, concretamente, acaba estipulando requisitos não previstos em lei, extrapolando seu poder de regulamentar, adentrando na competência privativa do Poder Legislativo. Ressalta-se que quando o legislador quis prever discricionariedade à Administração Pública o fez através da expressão “*a critério da Administração*”, como se vislumbra na licença para tratar de interesses particulares (com fulcro no art. 91, da Lei nº 8.112/90).

2.5 Licença e a atuação do Poder Judiciário

Diante de um cenário restritivo do Poder Público Federal, sobretudo ligado ao Executivo, e, conseqüentemente, desfavorável ao servidor, é usual que nem sempre o seu caso específico esteja abarcado no entendimento do Órgão Público para a concessão da citada licença, ensejando, assim, na propositura de ações no Poder Judiciário para resguardar o gozo do direito de acompanhar o cônjuge ou companheiro em face ao deslocamento e para a preservação da unidade familiar.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga os números do Poder Judiciário, através da plataforma Justiça em números, sendo possível filtrar por assunto para verificação de ingresso de novos casos. Deste modo, por meio dos filtros: (1º) ano: 2021, (2º) assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, (3º) assunto: servidor público civil, (4º) assunto: licenças / afastamentos, e (5º) assunto: acompanhamento de cônjuge ou companheiro, é possível verificar que no ano passado, o Poder Judiciário registrou o ingresso de 908 (novecentos e oito) novos processos com a temática de licença para acompanhamento de cônjuge ou companheiro, sendo, distribuídos conforme tabela abaixo:

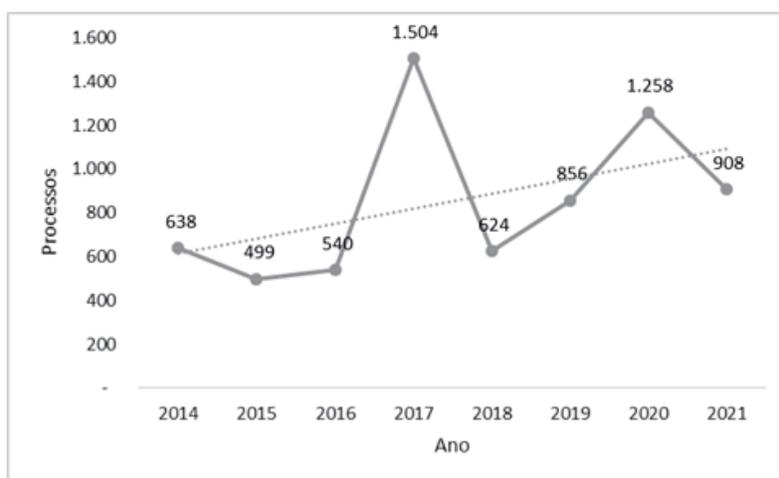
Tabela 1 – Casos novos em 2021

Instância / Tribunal	Quantidade
1º Grau	332
2º Grau	406
Juizado Especial	124
Turma Recursal	10
STJ	36
Total	908

Fonte: CNJ – Justiça em números

Para pesquisar a evolução histórica, utilizou-se os mesmos filtros sem a limitação de ano, percebendo-se que os processos de licença para acompanhamento de cônjuge ou companheiro registraram uma grande alta nos anos de 2017 e 2020, estando em ligeira queda atualmente, no entanto, exprimem tendência crescente desde o ano de 2014 (marco inicial registrado no banco de dados do CNJ), conforme gráfico a seguir:

Gráfico 1 - Histórico de casos novos de licenças para acompanhamento de cônjuge ou companheiro



Fonte: CNJ – Justiça em números

Não obstante a posição pacificada no colendo Superior Tribunal de Justiça, as decisões prolatadas pela Superior Corte não possuem efeito vinculante, uma vez que foram proferidas em ações singulares, sem edição de súmula ou qualquer outro mecanismo jurídico que obrigue sua aplicação desde a 1ª instância. Portanto, não é difícil encontrar decisões que são contrárias a aplicação do entendimento do STJ, e, por vezes, sendo necessário se valer de recursos, inclusive pleiteando junto ao colendo Tribunal Nacional de Uniformização ou ao próprio eminente Superior Tribunal de Justiça, para salvaguardar o direito do servidor público de usufruir de licença para acompanhar o cônjuge ou o companheiro em caso de deslocamento de seu consorte.

Ressalta-se que esses números representam gastos, arcados diretamente pelo Poder Público, e indiretamente por toda a sociedade que financia as despesas com o aparato estatal, através do pagamento de tributos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, no decorrer do presente artigo, foram abordados os requisitos legais para a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, bem como os obstáculos enfrentados pelo servidor público para o deferimento e gozo do seu direito.

Com intuito de trazer maior robustez para o debate, foram analisadas diversas jurisprudências do egrégio Superior Tribunal Federal, o qual tem a reserva legal para interpretar lei federal em consonância com a Constituição Federal, concluindo que o requisito essencial para a concessão da referida licença é o efetivo deslocamento do cônjuge ou companheiro para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo.

E apesar de posição pacificada pela Superior Corte sobre o tema, o SIPEC julga pertinente não seguir o entendimento do STJ em virtude de não ser obrigado a aplicar decisão não vinculante, acrescentando requisitos alheios ao estipulado na Lei nº 8.122/90, a saber: motivação profissional, proveniente de ato unilateral do empregador.

Por conta da divergência de posicionamentos, o servidor público, para resguardar a sua unidade familiar, se socorre ao Poder Judiciário. Dessa forma,

acarreta-se, anualmente, no ingresso de algumas centenas de processos na Justiça, onerando os cofres públicos, que, por natureza, possuem recursos limitados, e poderiam ser melhor utilizados se fossem empregados em políticas públicas mais efetivas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**: Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial: REsp 422.437/MG 2002/0033598-4**. Recorrente: Universidade Federal de Minas Gerais. Recorrida: Rosália Dutra. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ: 04/04/2005. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial: REsp 287.867/PE 2000/0119543-3**. Recorrente: Universidade Federal de Pernambuco. Recorrida: Márcia Andrade de Filgueiras Gomes. Relator: Ministro Jorge Scartezini. DJ: 13/10/2003. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AgRg no Ag 1.157.234/RS 2009/0028911-2**. Agravante: União. Agravado: Maria Aparecida Teixeira Vighi. Relator: Ministro Celso Limongi. DJ: 06/12/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2. Turma). **Apelação Cível: 317.836/SP 0001900-06.2008.4.03.6115**. Apelante: Aline Chulu Gonçalves Souza. Apelada: Fundação Universidade Federal de São Carlos. Relator: Desembargadora Federal Cecilia Mello. Disponível em: <<https://www.trf3.jus.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial: AgInt no Resp 1.565.070/MS 2015/0279278-1**. Recorrente: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Nelson Marisco. Relator: Ministro OG Fernandes. DJ: 07/03/2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- SIPEC. **O que é?** Disponível em: <<https://www.gov.br/servidor/pt-br/sipec>>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Nota Técnica nº 164/2014: Licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro**. Disponível em <<https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Nota Técnica nº 169/2014: Licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro com exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal.** Disponível em <<https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Nota Informativa nº 13/2015: Licença por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro.** Disponível em <<https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 34.518/AC 2011/0122875-2.** Recorrente: Adriana Maria Cláudia Rogério. Recorrido: Município de Senador Guiomard. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 13/11/2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Disponível em: <<https://paineis.cnj.jus.br/>> Acesso em: 11 ago. 2022.

INQUIETAÇÕES CONFESSADAS: COVID-19 NO BRASIL, A NATUREZA DOS CRIMES INTERNACIONAIS E A PRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS

José Alfredo dos Santos Júnior¹

Resumo: Este artigo discute inicialmente se a conduta de funcionários e demais atores estatais durante a pandemia de covid-19 poderia caracterizar crimes contra a humanidade. Nesse sentido, insiste no fato de que a reflexão sobre o direito penal internacional exige reconhecer-se como um discurso ainda fragmentado e marcado pela contingência dos casos e assumir a historicidade imanente de seus textos normativos. Quanto à natureza dos crimes internacionais, há intenso debate entre os defensores da ideia de proibição direta e proibição nacional. Por fim, o texto explora a perspectiva normativa da prática dos direitos humanos como limites à soberania de todos os Estados.

Palavras-chave: crimes contra a humanidade; natureza dos crimes internacionais; prática dos direitos humanos; soberania; Joseph Raz; John Rawls; Jacques Derrida.

CONCERNS CONFESSED: COVID-19 IN BRAZIL, THE NATURE OF INTERNATIONAL CRIMES AND THE PRACTICE OF HUMAN RIGHTS.

Abstract: Questo articolo discute inizialmente se la condotta dei “officials” e di altri attori statali durante la pandemia di covid-19 possa caratterizzare i crimini contro l’umanità. In

¹ Investigador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UCILeR). Membro do Jurisprudence Discussion Group da Universidade de Oxford. Investigador da Sapienza Università di Roma entre 2010 e 2012. Doutorando em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. LL.M em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Autor de “Do Transconstitucionalismo à Transjusfundamentalidade: verdade e memória na América Latina”, Editora Dialética.

questo senso insiste sul fatto che la riflessione sul diritto penale internazionale richiede di riconoscersi come discorso ancora frammentato e segnato dalla contingenza dei casi e di assumere la storicità immanente dei suoi testi normativi. Per quanto riguarda la natura dei crimini internazionali, c'è un intenso dibattito tra i sostenitori dell'idea di divieto diretto e divieto nazionale. Infine, il testo esplora la prospettiva normativa della pratica dei diritti umani come limiti alla sovranità di tutti gli Stati.

Keywords: crimini contro l'umanità; natura dei crimini internazionali; pratica dei diritti umani; sovranità; Joseph Raz; John Rawls; Jacques Derrida.

Perfeição

Vamos celebrar a estupidez humana
A estupidez de todas as nações
O meu país e sua corja de assassinos
Covardes, esturadores e ladrões
Vamos celebrar a estupidez do povo
Nossa polícia e televisão
Vamos celebrar nosso governo
E nosso Estado, que não é nação
Celebrar a juventude sem escola
As crianças mortas
Celebrar nossa desunião
Vamos celebrar Eros e Thanatos
Persephone e Hades
Vamos celebrar nossa tristeza
Vamos celebrar nossa vaidade
Vamos comemorar como idiotas
A cada fevereiro e feriado
Todos os mortos nas estradas
Os mortos por falta de hospitais
Vamos celebrar nossa justiça
A ganância e a difamação
Vamos celebrar os preconceitos
O voto dos analfabetos
Comemorar a água podre

E todos os impostos
Queimadas, mentiras e sequestros
Nosso castelo de cartas marcadas
O trabalho escravo
Nosso pequeno universo
Toda hipocrisia e toda afetação
Todo roubo e toda a indiferença
Vamos celebrar epidemias
É a festa da torcida campeã

Vamos celebrar a fome
Não ter a quem ouvir
Não se ter a quem amar
Vamos alimentar o que é maldade
Vamos machucar um coração
Vamos celebrar nossa bandeira
Nosso passado de absurdos gloriosos
Tudo o que é gratuito e feio
Tudo que é normal
Vamos cantar juntos o Hino Nacional
A lágrima é verdadeira
Vamos celebrar nossa saudade
E comemorar a nossa solidão

Vamos festejar a inveja
A intolerância e a incompreensão
Vamos festejar a violência
E esquecer a nossa gente
Que trabalhou honestamente a vida inteira
E agora não tem mais direito a nada
Vamos celebrar a aberração
De toda a nossa falta de bom senso
Nosso descaso por educação
Vamos celebrar o horror

De tudo isso com festa, velório e caixão
Está tudo morto e enterrado agora
Já que também podemos celebrar
A estupidez de quem cantou esta canção

Venha, meu coração está com pressa
Quando a esperança está dispersa
Só a verdade me liberta
Chega de maldade e ilusão
Venha, o amor tem sempre a porta aberta
E vem chegando a primavera
Nosso futuro recomeça
Venha, que o que vem é perfeição.

Dado Villa-Lobos, Marcelo Augusto Bonfa e Renato Russo

I - ITINERÁRIO E PERSPECTIVAS

O presente *paper* parte de uma *interrogação* explícita e das repercussões que lhe correspondem. Significa isto dizer que o propósito que o orienta não é o de refletir globalmente sobre a resposta do direito internacional à crise humanitária e sanitária que experimentamos. Como não é seguramente também o de investigar os problemas decorrentes da realização do direito penal no plano doméstico, mas simplesmente discutir as noções de condutas penalmente relevantes e a responsabilidade internacional penal do indivíduo no contexto da covid-19. Mas também o é ainda enfim o de discutir a natureza dos crimes internacionais e avaliar o papel dos órgãos da justiça internacional penal segundo o catálogo de direitos fundamentais ou humanos.

O direito penal não é, e não deve ser, a primeira *solução* no enfrentamento da crise humanitária e sanitária². Talvez a interação entre o direito penal internacional e a proteção da saúde pública não salte aos olhos. O cometimento de crimes contra a humanidade e a sua impunidade contribuem para a pandemia, ou

² GUARIGLIA, Fabricio, COVID-19 and International Criminal Law, in *Opinio Juris*, in association with the International Commission of Jurists, in <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-and-international-criminal-law/>

ao contrário, a prevenção de tais crimes contribui para a saúde pública local, nacional, comunitária e internacional? As condutas dos “officials” e de outros atores do estado durante a pandemia podem caracterizar crimes contra a humanidade? O “vazio normativo internacional” impede a preservação de vidas e a proteção de direitos? A efetividade do direito internacional penal segundo o catálogo de direitos fundamentais ou humanos influencia a conduta dos atores da governança quer no âmbito local, nacional, comunitário e internacional? Um novo recomeço exigirá uma resposta global com dimensões importantes da “*International Rule of Law*”, da Governança Global e da Accountability. O Preâmbulo do Estatuto de Roma, de viés cosmopolita e literário, estabeleceu que um novo recomeço exigirá a conscientização de que “*todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante*”. Um novo recomeço exigirá a conscientização de “*milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade*” e que “*crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade*”. Um novo recomeço exigirá que “*cada Estado exerça a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais*.”³. Mais do que reconhecer as dificuldades postas em causa pelas interrogações e pelo Preâmbulo do Estatuto de Roma, trata-se, com efeito, de singularizar o imenso contributo da justiça internacional penal segundo o catálogo de direitos fundamentais ou humanos como uma dimensão de uma compreensiva e possível resposta.

A realidade *interrogante* nos desafia constantemente com a conduta de atores envolvidos em crimes internacionais que compromete seriamente a capacidade de conter sérias crises sanitárias. Em 2017, *Médecins Sans Frontières* expressou preocupação a respeito do bem-estar de organizações humanitárias na região do Sahel em Mali, vítimas de grupos armados que inclusive foram processados e julgados pelo Tribunal Penal Internacional (caso *Al Mahdi*⁴ e caso *Al Hassan*⁵). Dentre as organizações humanitárias vitimizadas destacam-se aquelas preocupadas em conter o Ébola. Em 2018, *Human Rights Watch* requereu ao Tribunal Penal Internacional que processasse e julgasse os supostos autores de inúmeros homicídios ocorridos em Kivu, região da República Democrática

³ Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁴ *Al Mahdi* Case, The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15.

⁵ *Al Hassan* Case, The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz, ICC-01/12-01/18.

do Congo. Segundo a Organização Mundial da Saúde, para além dos milhares de mortes decorrentes das atrocidades cometidas, tais condutas teriam ainda comprometido todos os esforços de conter o Ébola, haja vista a impossibilidade de profissionais de saúde trabalharem na região.

Talvez haja uma relação mutuamente constitutiva entre o direito internacional penal, a atuação dos órgãos da justiça internacional penal e a decisão *in concreto*. Por agora convém apenas elencar de maneira não exaustiva as condutas passíveis de uma compreensiva investigação pelos órgãos persecutórios da justiça internacional penal no Brasil. Tais condutas foram perpetradas contra a população, de acordo com política de estado, a saber: α) a responsabilidade pela negação da letalidade do vírus da covid-19; β) a responsabilidade pela negação da importância das medidas preventivas (distanciamento social, uso de máscara e "lockdown") recomendadas pela Organização Mundial de Saúde e por toda comunidade científica internacional em fevereiro de 2020; γ) a responsabilidade pela formulação, planejamento e execução de uma política de saúde pública fundada exclusivamente em medicamentos ineficazes no enfrentamento da covid-19; δ) a responsabilidade pela aquisição, produção, recomendação e distribuição de fármacos ineficazes como a hidroxicloroquina; ε) a responsabilidade pela exposição da população a risco de morte em decorrência do curso terapêutico oficial recomendado pelo Ministério da Saúde; ζ) a responsabilidade pela não realização de testes em massa na população; η) a responsabilidade pela não aquisição de 70 milhões de doses de vacinas ofertadas pela Pfizer em julho de 2020; θ) a responsabilidade pela não aquisição de seringas destinadas a ministração de vacinas; ι) a responsabilidade pela redução de unidades de terapia intensiva em diversos estados da federação e a sua relação com maiores taxas de mortalidade específica; κ) a responsabilidade pelo não fornecimento de oxigênio pelo Ministério da Saúde para o estado do Amazonas quando instado a fazê-lo; λ) a responsabilidade pela não aquisição de ventiladores mecânicos e a sua relação com maiores taxas de mortalidade específica; μ) a responsabilidade pelo não fornecimento de sedativos e bloqueadores utilizados durante o procedimento de intubação orotraqueal no estado do Rio de Janeiro e a contenção física de diversos pacientes; ν) a responsabilidade pela não adoção de medidas de desencarceramento; ξ) a responsabilidade pela precária condição sanitária do sistema prisional e as suas maiores taxas de mortalidade específica; ο) a responsabilidade pela divulgação de informação ou notícia que sabe ser falsa e que possa modificar ou desvirtuar a verdade com relação à saúde pública; π) a responsabilidade pela maior taxa de mortalidade específica

entre os povos indígenas atendidos pela SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena); ρ) a responsabilidade pela falta de transparência dos dados da SESAI, que impede a identificação de muitas cidades onde os óbitos ocorreram; ç) a responsabilidade pela formulação, planejamento e execução da política de saúde pública baseada na imunidade da população através da contaminação pelo vírus da covid-19 (a denominada “*imunidade de rebanho*”); σ) a responsabilidade pela não aceitação da oferta de 46 milhões de doses de vacina Coronavac produzidas pelo Instituto Butantan em parceria com o laboratório Sinovac em Julho de 2020; τ) a responsabilidade pela demora irrazoável da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) em autorizar o uso emergencial das vacinas no Brasil; υ) a responsabilidade pela participação de atores comerciais que venderam substâncias comprovadamente ineficazes no enfrentamento da covid-19; φ) a responsabilidade pela participação de atores comerciais que celebraram contratos de veiculação de publicidade e propaganda na TV aberta e *on line* de tratamento precoce da covid-19.

As epidemias e os crimes internacionais são favorecidos pelos mesmos fatores, a saber: α) a extrema pobreza; β) a fragilidade do sistema educacional; γ) a ausência de serviços básicos; δ) a ausência de proteção do estado; ε) a ausência de respeito pelos direitos individuais, nomeadamente pelos mais simples direitos sociais⁶. Um problema que se impõe é se a interpretação dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e de genocídio devem levar em consideração as atuais exigências globais de segurança sanitária. Sem excluir a necessidade de se repensar algumas categorias e conceitos de crimes internacionais, como já ocorreu na decisão de confirmação da acusação no caso *Abu Garda*⁷ que reitera o alcance do art. 8^a, 2^a, “b”, III do Estatuto de Roma: “2. *Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”: b) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: iii) dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;”*. No limite, a realização destes tipos penais refletirá o alcance atribuído ao catálogo de direitos fundamentais ou humanos pelos órgãos da justiça internacional penal. Uma interpelação necessária a fim de delimitar o núcleo reflexivo comum da atuação da justiça internacional penal passará exemplarmente pela responsabilização de indivíduos que numa posição de poder (“*officials*”) deliberadamente se omitiram

⁶ GUARIGLIA, Fabricio, op. cit.

⁷ The Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09-243-Red, p. 68 – 74.

em adotar todas as medidas tendentes a conter a propagação do vírus mortal com consciência das consequências. O que exemplarmente envolverá também a responsabilização de indivíduos que numa posição de poder deliberadamente cometeram uma séria de condutas contra a população, de acordo com a política do Estado com consciência das consequências. Mas também investigações no intuito de reunir elementos probatórios que evidenciem a negligência em prover informações de saúde pública adequadas, equipamentos médico-hospitalares e insumos para as populações ameaçadas. O que, não menos decisivamente, os órgãos da justiça internacional penal deverão ainda processar e julgar quem se utilizou da pandemia para cometer ou assegurar a consumação de crimes contra a humanidade ou de guerra⁸.

II - A NATUREZA DO CRIME INTERNACIONAL

Porventura a reflexão de direito internacional penal não exigirá reconhecer-se como um discurso ainda fragmentado e marcado pela contingência dos casos e assumir desde já a imanente historicidade de seus textos normativos. Um vínculo de relevância possível talvez seja explorar as possibilidades de pensar o direito internacional penal no contexto do problema do direito como um *problema do mundo prático*, acompanhada da reconstituição da diversidade histórico-contextual das suas funções, sem excluir evidentemente a dimensão de validade e o fundamento que o sustenta⁹. Não podemos deixar de admitir, pois, o caráter elusivo dos crimes internacionais¹⁰ que subjaz conceitos igualmente vagos ou imprecisos tais como “valores comunitários” (“*that ‘international crimes may be held cumulatively to embrace [various features including] rules intended to protect values considered important by the whole international community [and] a universal interest in repressing these crimes’*”¹¹) ou interesses transnacionais¹².

⁸ GUARIGLIA, Fabricio, *Ibid*.

⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio, *Uma reflexão filosófica sobre o direito — o deserto está a crescer... ou a recuperação da filosofia do direito?*, **Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, Coimbra, Coimbra Editora, vol. 3º, 2008, p. 93 – 94.

¹⁰ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2020, p. 293.

¹¹ CASSESE, Antonio Cassese, **International Criminal Law**, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, p. 23–24.

¹² BASSIOUNI, M. Cherif, **International Crimes: The Ratione Materiae of International Criminal Law** in M. Cherif Bassiouni (ed), *International Criminal Law, Vol I: Sources, Subjects and Contents*, 3rd ed., M. Nijhoff, 2008, p.133.

Diríamos que há um certo consenso no que tange ao genocídio, ao crime de guerra, ao crime contra a humanidade e à agressão como crimes internacionais que integram a jurisdição *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional¹³. Para Antonio Cassese, o terrorismo e a tortura também seriam crimes internacionais¹⁴. Ainda não foi pacificada a inclusão do crime de terrorismo na jurisdição do Tribunal Penal Internacional¹⁵. Segundo Bassiouni, os crimes internacionais seriam obrigações do *jus cogens*¹⁶. Os elementos do tipo e a proibição de cometimento dos crimes internacionais estão previstos em normas de direito internacional. Para Roger O’Keefe, o conceito de crimes internacionais abrange os crimes da jurisdição universal, bem como um conjunto de condutas que o direito internacional impõe aos estados o dever de proibir, mas também ele identifica um grupo mais restrito de crimes cuja responsabilidade decorre diretamente do direito internacional¹⁷. A responsabilização penal do indivíduo pelo cometimento dos crimes internacionais não depende da previsão da responsabilização penal também no âmbito doméstico. Uma perspectivação pluralista do direito internacional penal acentua um *continuum* regulatório protetivo dos direitos humanos, quer pelas instituições internacionais, quer pelas nacionais¹⁸. A afirmação histórica do direito internacional penal não revela uma clara distinção entre os crimes internacionais e os crimes domésticos que vá além da ideia de um *continuum* regulatório protetivo da dignidade humana universal. Temos sérias dúvidas se tal distinção se faz realmente necessária, para além disso uma dogmática penal comprometida com os direitos fundamentais ou humanos será imprescindível à realização da *justiça material* no caso concreto, quer *realize* o direito internacional penal, quer *realize* o direito penal doméstico. A explicação corrente é de que o direito internacional diretamente proíbe crimes internacionais a fim de constituir uma resposta institucional notável para graves violações resistentes à persecução penal no âmbito doméstico. O problema a ter em conta neste juízo de relevância é que, independentemente das respostas que

¹³ O’KEEFE, Roger, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, p. 63 – 64.

¹⁴ CASSESE, *International Criminal Law*, p. 149 - 51, 177 – 78.

¹⁵ SAUL, Ben, *Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism*, 24(3) *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 677; CHRISTENSEN, Mikkel J., *Crafting and Promoting International Crimes: A Controversy among Legal Professionals of Core Crimes and Anti-Corruption*, 30(2) *Leiden Journal of International Law*, 2017, p. 501.

¹⁶ BASSIOUNI, *International Crimes: The Ratione Materiae of International Criminal Law*, p. 137 – 138; Idem, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 63.

¹⁷ O’KEEFE, Roger, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, p. 84.

¹⁸ GREENAWALT, Alexander, K. A., *What is an International Crime?* p. 295.

lhes vierem a ser dadas, permanece obscuro se o conceito de proibição direta é de facto necessário para a efetivação das respostas institucionais ostensivamente baseadas no direito internacional penal¹⁹.

A razão fundamental do direito internacional penal contemporâneo é a humanidade em si mesma e não a ordem internacional²⁰. Após a vitória dos Aliados durante a Segunda Guerra Mundial foram estabelecidos os tribunais especiais para o julgamento dos crimes de guerra, de agressão e dos crimes contra a humanidade. Os Estatutos dos Tribunais Internacionais Militares estabelecidos em Nuremberg e Tóquio autorizaram a persecução penal dos responsáveis. A regulamentação internacional dos conflitos armados foi durante muito tempo o centro dos esforços teóricos do direito internacional. Em 1989, o estado de Trinidad e Tobago resgatou a ideia de um tribunal internacional penal permanente na Assembleia Geral das Nações Unidas no intuito de complementar as medidas de enfrentamento ao tráfico internacional de drogas²¹. Entretanto, a criação do Tribunal Penal Internacional adotou o *modelo da atrocidade do crime*, independentemente de ser transnacional²². Após a Segunda Guerra Mundial houve a formulação da Declaração Universal de Direitos Humanos²³; a Convenção sobre Genocídio²⁴ e a extensão da responsabilização penal individual em tempo de paz; a rejeição do paradigma de conflito internacional armado para a responsabilização por crimes de guerra e por crimes contra a humanidade, que transcendem qualquer nexo de causalidade com o conflito armado²⁵. A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional é constituída maioritariamente de casos nos quais “officials” e outros atores do estado vitimizam seus próprios nacionais²⁶.

Segundo Kevin Jon Heller, “um crime internacional é um ato que o direito internacional obriga cada estado no mundo a criminalizar”²⁷. Heller rejeita

¹⁹ Ibid.

²⁰ Prosecutor v. Tadić (Judgment) IT-94-1-A, 15 July 1999, ICTY, at 97.

²¹ CRAWFORD, James, *The Making of the Rome Statute*, in Philippe Sands (ed), **From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice**, Cambridge University Press, 2003, p.109.

²² NOUWEN, Sarah, *International Criminal Law: Theory All Over the Place*, in Anne Orford, Florian Hoffmann, and Martin Clark (eds), **Oxford Handbook of the Theory of International Law**, Oxford University Press, 2016, p. 738.

²³ Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217A(III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810, 1948

²⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 102 US Stat 3045, 78 UNTS 277.

²⁵ Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1-I, 2 October 1995.

²⁶ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 297.

²⁷ HELLER, Kevin Jon, *What is an International Crime? A Revisionist History*, Harvard Journal of International Law, 2017, 58(2), p. 353 e 355.

a tese da *proibição direta*, na qual os crimes internacionais surgem da direta proibição levado a cabo pelas normas internacionais. Ele sustenta a tese da *proibição nacional* que entende como crimes internacionais as condutas que o direito internacional obriga cada estado a criminalizar e processar sob a sua própria legislação doméstica. O que segundo Heller reforçaria os fundamentos da jurisdição universal criminal extraterritorial²⁸. No limite corremos o risco de depender da boa vontade dos estados para a tipificação das condutas como crimes internacionais, sem prejuízo de sua eventual responsabilização pelo não cumprimento do direito internacional. Menos da metade dos estados-membros das Nações Unidas tipificaram os crimes contra a humanidade no âmbito legislativo doméstico. A Corte Suprema de Justiça da Colômbia no caso *Salvador Arana Sus*, condenou os responsáveis pelo cometimento de crimes contra a humanidade com fundamento nas proibições diretamente estabelecidas pelo direito internacional costumeiro codificadas no Estatuto de Roma, mesmo diante da inexistência de legislação doméstica a criminalizar tal conduta²⁹. Igualmente, a Corte de Jerusalém no caso *Adolf Eichmann* reconheceu à época que os repugnantes crimes cometidos não seriam crimes com base exclusivamente na legislação doméstica³⁰.

Portanto, a tese da *proibição nacional* não merece prosperar, pois a imposição de criminalizar o homicídio não se confunde com a criminalização do homicídio como crime internacional. O direito à vida não foi abandonado a própria sorte nas mãos dos estados. Como é sabido, os estados têm o dever jurídico de se abster de violações de direitos fundamentais ou humanos, mas também o dever de proteção das suas populações contra eventuais crimes, o que exige necessariamente a previsão de sanções³¹. O que transforma os crimes domésticos em crimes internacionais? Acentuação que nos ajuda de imediato a confessar a fragilidade do argumento da *especificidade* dos crimes internacionais, isto

²⁸ Ibid, p. 353 e 355. Ver ainda: CORACINI, Astrid Reisinger, **What is an International Crime?: A Response to Kevin Jon Heller**, in *HILJ Online Symposium*, 20 March 2018, consultado em 10 de Julho de 2018.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, 3 diciembre 2009, Decisión 32672, *Salvador Arana Sus* at 23 e 25.

³⁰ A-G of the Government of Israel v. Eichmann [1962] *Crim Case* 40/61, 36 *Intl L Rep* 5, para 12.

³¹ Ver: *Velasquez Rodríguez v. Honduras* (1988), Judgment, *Inter-Am Ct HR (Ser C)* No 4 at 178). Ver: *Osman and Osman v. United Kingdom* (Judgment, merits and just satisfaction) (1998), App no 23452/94, Case No 87/1997/871/1083, ECHR 1998-VIII, [1998] ECHR 101, (2000) 29 EHRR 245, at 115); *MC v. Bulgaria* (Merits and just satisfaction) (2003), App no 39272/98, (2005) 40 EHRR 20 [MC v Bulgaria] at para 153); Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, UNHRCOR, 88th Sess, 2187th Mtg, UN Doc CCPR/C/21Rev.1/Add.13 (2004) at 8).

é, os crimes internacionais são delitos cujos elementos estão previstos no direito internacional e os crimes domésticos são aqueles cujos elementos estão definidos no direito doméstico. Sem prejuízo da particular tipificação dos crimes internacionais³², a Carta de Londres para o Tribunal Internacional Militar em Nuremberg identificou os crimes contra a humanidade como o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos, mas não definiu os elementos constitutivos dos referidos crimes. Como se ao fim e ao cabo se tratasse apenas de reiterar a vinculatividade jurídica do direito costumeiro internacional. Muito claramente a perspectivação pluralista do direito internacional penal que acentua um *continuum* regulatório protetivo dos direitos humanos pôde ser inferido quando o Tribunal Internacional Penal para Iugoslávia reconheceu o crime de estupro como um crime de guerra e um crime contra a humanidade, na altura o tribunal explorou os seus elementos constitutivos a partir dos princípios criminais comuns aos sistemas jurídicos domésticos, pois fora incapaz de discernir o crime de estupro a partir de tratados internacionais, do costume internacional, dos princípios gerais do direito internacional penal e dos princípios gerais do direito internacional³³. Não estará o direito internacional penal a confessar a sua tendência à seletividade e parcialidade de suas definições³⁴.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional objetiva atribuir uma *especificidade* aos seus preceitos não verificável nos estatutos dos tribunais internacionais penais *ad hoc*. O que não significa desde logo estar em condições de a partir de uma experiência de *pluralidade* tão expressiva quanto concentrada e a partir de um tal conceito de crime podermos superar a textura aberta das normas e as fragilidades do método da subsunção. Basta invocarmos o tratamento contemplado à participação no art. 25^a do Estatuto de Roma, *in verbis*: “3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios, para a sua prática; d) contribuir de alguma outra forma

³² CASSESE, **International Criminal Law**, (n 1) *In verbis*: ‘it would seem that the difference between national criminal laws and international criminal rules lies in the still rudimentary character of the latter’ p. 135.

³³ Prosecutor v. Kunarac et al. (Judgment) IT-96-23-T & IT-96-21/1-T, (22 February 2001) (ICTY, Trial Chamber) at 437.

³⁴ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 302.

para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;"

O esforço tendente a atribuir *especificidade* aos preceitos do Estatuto de Roma pôde ser igualmente reconhecido em seu art. 33^a que disciplina uma excludente de culpabilidade, *in verbis*: "1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que: a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão; b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e c) a decisão não fosse manifestamente ilegal. 2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.". A textura aberta insita às normas jurídicas pode ser claramente percebida no art. 20^a que disciplina o princípio do *ne bis in idem*, *in verbis*: "O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6^a, 7^a, ou 8^a, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça."

Como se vê, o Estatuto de Roma reflete a própria evolução do direito internacional penal que se *realiza* cotidiana e *argumentativamente* nos casos concretos submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Mas também o direito internacional penal se *realiza* cotidiana e *argumentativamente* nos casos concretos decididos pelos órgãos da justiça internacional penal nos estados. E não se trata obviamente da defesa de qualquer funcionalização pragmática ou de um *continuum* prático irrefreável, mas a confissão da função interrogante, constitutiva e criativa ínsita aos casos concretos. O Estatuto de Roma prevê uma cláusula de abertura do direito internacional penal em seu art. 10^a, *in verbis*: "Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de

direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto. A atuação do Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais nacionais, se o estado “*não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer*”³⁵. O que permanece nebuloso é em que medida o resultado do processo e julgamento das condutas penalmente relevantes pelos órgãos da justiça internacional penal nos estados será diferente do eventual julgamento pelo Tribunal Penal Internacional³⁶. Ou ainda o que fazem os crimes internacionais puramente internacionais, ou que fazem os sérios crimes domésticos puramente domésticos³⁷.

A *distinção* corrente que se segue socorre-se do critério da *proibição direta* e assim, os crimes internacionais são condutas penalmente relevantes que o direito internacional prevê diretamente a responsabilidade individual, isto é, a culpabilidade individual. A responsabilização penal do indivíduo decorre diretamente da norma de direito internacional, independentemente da existência de qualquer proibição no âmbito legislativo doméstico³⁸. Na linha do pensamento clássico de Georg Schwarzenberger que entende o crime internacional como a conduta criminalizada pelo direito internacional que independe de qualquer proibição ou permissão nas legislações domésticas³⁹. Tal conceituação permitiria inclusive o processo e julgamento dos crimes internacionais por jurisdições que não guardam nenhum nexo tradicional com a conduta penalmente relevante, tais como território de cometimento das condutas, nacionalidade dos sujeitos ativos e das vítimas etc⁴⁰. Portanto, os crimes internacionais podem ser processados e julgados por tribunais internacionais, híbridos ou internacionalizados, como o Tribunal Especial para o Líbano e o Tribunal Especial para Serra Leoa considerados híbridos que possuíam jurisdição para apreciação de crimes domésticos, inclusive.

A *justificação* corriqueira é de que a diferença entre os crimes internacionais e os crimes domésticos reside tão-somente na *divisão de trabalho* entre as

³⁵ Cfr. Art. 17º 1 “a” do Estatuto de Roma.

³⁶ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 305. Prosecutor v. Saif Al-Islam Gadafi & Abdullah Al-Senussi (Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi) ICC-01/11–01/11, (11 October 2013) at 66(iv).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid, p. 305.

³⁹ SCHWARZENBERGER, Georg, **The Problem of an International Criminal Law** (1950) 3(1) Current Legal Problems, 1950, p. 263–96

⁴⁰ Ver CHEHTMAN, Alejandro, **The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment**, Oxford University Press, 2010, ch 4.

instituições internacionais e domésticas na defesa comum da humanidade⁴¹. A afirmação do direito internacional penal permite respostas institucionais que vão além do modelo do Direito Internacional dos Direitos Humanos fundado exclusivamente no “dever do estado”. Basta invocarmos o Relatório sobre a Responsabilidade de Proteger da Organização das Nações Unidas de 12 de janeiro de 2009, disciplinou que “*cada estado tem a responsabilidade de proteger suas populações contra o genocídio, crimes de guerra, «limpeza étnica» e crimes contra a humanidade*” e quando o estado manifestamente falhar na proteção de suas populações contra os quatro específicos crimes, a comunidade internacional está preparada para ação coletiva através do Conselho de Segurança e de acordo com a Carta das Nações Unidas⁴². Há uma crescente desconfiança na vontade-capacidade dos estados de processar e julgar tais crimes⁴³.

A ideia da *proibição direta* talvez seja um dos fundamentos do direito internacional penal que permitiu a constituição de tribunais internacionais penais *ad hoc* e o afastamento da legislação penal doméstica em alguns casos. O que não deixa de pôr em causa algumas dificuldades como bem salientou Antonio Cassese, “(...) parece ser indiscutível que a Carta de Londres de 1945 estabeleceu duas novas categorias de crimes: crimes contra a paz e crimes contra a humanidade” e que o Tribunal Internacional Militar “aplicou a lei *ex post facto*”⁴⁴ e ainda ele descreve que o Tribunal Internacional Penal para Iugoslávia, “*adaptou a lei existente*”, incluindo “*regras de direito internacional costumeiras que criminalizou certas condutas num conflito armado interno*”⁴⁵. No entanto, Roger O’Keefe salienta que “a jurisdição dos tribunais internacionais penais não decorre de preexistentes normas internacionais costumeiras proibitivas, haja vista que a jurisdição dos tribunais deve ser estritamente prospectiva se desejar realmente evitar a violação do princípio do *nullem crimen sine lege*”⁴⁶. Mas ele confessa que “*mesmo no caso de sua jurisdição ser retrospectiva, o tribunal continuará a ter jurisdição*”⁴⁷. Quais são as condutas diretamente proibidas pelas normas de direito internacional? O que

⁴¹ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 306.

⁴² UN Secretary-General, Implementing the Responsibility to Protect, UNGAOR, 63rd Sess, UN Doc A/63/677, 12 January 2009.

⁴³ ALTMAN, Andrew e WELLMAN, Christopher Heath, **A Defense of International Criminal Law**, 115 Ethics 35, 2004, p. 49.

⁴⁴ CASSESE, Antonio Cassese, **International Criminal Law**, 2nd ed, Oxford University Press, 2008, p. 43.

⁴⁵ Ibid, p. 46. Ver especialmente, LUBAN, David, **Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law**, in Samantha Besson and John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (OUP 2010) p. 666; p. 680 - 681.

⁴⁶ O’KEEFE, Roger, **International Criminal Law**, Oxford University Press, 2015, p. 55.

⁴⁷ Ibid, p. 34.

torna uma conduta diretamente proibida pelas normas de direito internacional? Talvez as considerações políticas que subjazem a *decisão* de conferir jurisdição aos órgãos da justiça internacional penal e não alguma característica preexistente particular do crime⁴⁸. Talvez o Direito Internacional dos Direitos Humanos cumpra um papel crucial na delimitação-interpretação do tipo penal internacional⁴⁹. A convergência entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos permitirá sustentar igualmente o *progressus* da disciplina como um todo e assegurar a sua *abertura*. Tal confluência atende às exigências do conceito de crime e de *justiça material* no caso concreto.

Os crimes contra a humanidade⁵⁰ ao mesmo tempo que estabelecem os “limites” do direito internacional penal festejam a sua própria *abertura*. O art. 7^a do Estatuto de Roma prevê diversas condutas como crimes contra a humanidade, a saber: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3^a, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*. Há ainda uma categoria confessadamente *residual* como outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. O que é decisivo nos crimes contra a humanidade é que tais condutas sejam cometidas no “quadro de

⁴⁸ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 312.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Ver LUBAN, David, **A Theory of Crimes against Humanity**, 29 *Yale Journal of International Law*, 2004, p. 85 - 167; MAY, Larry, **Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, 2005; ALTMAN, Andrew and WELLMAN, Christopher Heath, **A Liberal Theory of International Justice**, Oxford University Press, 2009, ch 4; VERNON, Richard, **What is a Crimes Against Humanity?** 10(3) *Journal of Political Philosophy*, 2002, p. 231-49; MAY, Larry, **War Crimes and Just War**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007; MAY, Larry, **Aggression and Crimes Against Peace**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008. The term ‘crime against humanity’ appears as early as the eighteenth century, notably in Voltaire’s *Dictionnaire Philosophique* (in the entry ‘Crimes and Offenses’), and was used in the context of war during the Second World War (in condemnation of Germany’s war of aggression, and of the Armenia genocide). See Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, chs. 2-3, and Schabas, *Unimaginable Atrocities*, 6-7, 51-2; Voltaire, *Philosophical Dictionary*. ed. J. Morley and T. Smollett, New York: E.R. DuMont, 1901 [1764].

um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.⁵¹ Numa interpretação autêntica o próprio Estatuto de Roma esclarece, *in verbis*: “Art. 7^a, 2. Para efeitos do parágrafo 1^a: a) por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1^a contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.”⁵² Mesmo um grupo de pessoas não pertencentes aos quadros do estado com capacidade de cometer uma violência organizada poderá ser responsabilizado pelo cometimento de crimes contra a humanidade. Fundamentalmente, a análise se orienta pela capacidade de o grupo realizar atos violadores de valores humanos básicos⁵³.

Os tribunais internacionais *ad hoc* adotaram *standards* de responsabilização penal mais amplos que o próprio Tribunal Penal Internacional a evidenciar a fragmentação do direito substantivo e uma leitura não-unitária do direito internacional penal, cujo conteúdo depende exemplarmente do contexto⁵⁴. Já o Tribunal Penal Internacional tem se orientado pela gravidade do crime e pela inexistência de adequada responsabilização penal pelos órgãos da justiça internacional penal nos estados. Portanto, o Tribunal Penal Internacional decide sobre a admissibilidade de um caso se: o caso for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal e se o caso não foi adequadamente processado e julgado pelos órgãos da justiça internacional penal nos estados⁵⁵. No contexto de uma ação humanitária outras considerações precisamente estarão presentes, tais como a dimensão das atrocidades, a possibilidade de preveni-las e de sucesso da empresa⁵⁶. Ao fim e ao cabo, uma *decisão* que subjaz considerações de ordem moral e política decidirá se o caso será processado e julgado pelo Tribunal Penal Internacional. Uma leitura pluralista, quer dizer, não-unitária do direito internacional penal evidencia a desnecessidade de concordância entre os estados a respeito de cada norma substantiva de direito

⁵¹ *Cfr.* Estatuto de Roma, art. 7^a, 1.

⁵² *Cfr.* Estatuto de Roma, art. 7^a, 2.

⁵³ Case Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute) ICC-01/09-02/11, (23 January 2012 at 112). Ver especialmente, KREß, Claus, **On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision**, 23 *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 855.

⁵⁴ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 315.

⁵⁵ *Cfr.* Estatuto de Roma, art. 17^a, 1, “d” e 20^a, 3, “a” e “b”.

⁵⁶ GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** p. 315.

penal e a compatibilidade com diferentes concepções de crime internacional a depender sempre do contexto⁵⁷. Talvez a confluência entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos exija tal abordagem pluralista a fim de reconhecer a *humanidade* como principal preocupação do direito internacional.

Para Alejandro Chehtman, a dimensão fundamental dos crimes internacionais seria a função que eles exercem como um problema da *prática jurídica* que invoca quer o costume quer os tratados internacionais, quer as decisões das cortes nacionais e internacionais⁵⁸. Qual o critério para a criminalização de uma conduta como um crime internacional? Qual o critério para a criminalização de novas condutas como crimes internacionais? O que *justifica* a punição dos crimes internacionais? A comunidade internacional possui autoridade para criminalizar, processar e punir os crimes internacionais, independentemente do posicionamento das autoridades dos estados? Há consenso de que os crimes internacionais são sérias violações dos direitos humanos ou fundamentais. A partir da *prática jurídica*, Chehtman aponta pelo menos três características relevantes para a conceituação dos crimes internacionais, a saber: α) o número de pessoas afetadas; β) o grau de organização dos sujeitos ativos; γ) a atrocidade das condutas⁵⁹. Todavia, recentemente tem surgido inúmeras vezes contrárias à criminalização internacional fundada nestas três considerações. Para Cécile Fabre cada ato de "*homicídio, tortura, perseguição, escravidão, e mesmo o severo e persistente abuso, bem como a deliberada falha em salvar vidas da cruel indiferença (...) que destrói a habilidade das vítimas de orientar moral e emocionalmente suas vidas de maneira apropriada.*"⁶⁰ deve ser considerado como crime internacional. O que englobaria também o tratamento desumanizante de combatentes por seus próprios líderes ou pelo inimigo⁶¹. A *desumanização* fundamentalmente caracterizaria os crimes contra a humanidade quer as vítimas sejam militares, quer sejam civis⁶². Ela rejeita categoricamente a exigência de que tais crimes somente podem ser cometidos por ou com aquiescência de organizações políticas, ou que constitua violações de direitos de grupos de indivíduos ou que

⁵⁷ Ibid, p. 316.

⁵⁸ CHEHTMAN, Alejandro, **A Theory of International Crimes, Conceptual and Normative Issues**, in The Oxford Handbook of International Criminal Law, Oxford University Press, 2020, p. 321, 328.

⁵⁹ Ibid, p. 331.

⁶⁰ FABRE, Cécile, **Cosmopolitan Peace**, Oxford University Press, 2016, p. 181.

⁶¹ Ibid, p. 181.

⁶² Ibid.

seja um ataque contra indivíduos com base em alguma característica do grupo⁶³. Portanto, os crimes contra a humanidade não são cometidos apenas contra as vítimas diretas, mas contra toda a humanidade⁶⁴. Temos sérias dúvidas se um único ato de homicídio, estupro, etc pode ser considerado um crime internacional a convocar a jurisdição de tribunais internacionais e *justificar* o afastamento dos órgãos da justiça penal nos estados e o interesse da comunidade política local em julgar os responsáveis⁶⁵.

Por sua vez, Margaret deGuzman rejeita o juízo de “atrocidade da conduta” nomeadamente quando se tratar de crime de guerra que envolva a pilhagem e a destruição de patrimônio cultural⁶⁶. O juízo de “atrocidade da conduta” permanece nebuloso na literatura e na jurisprudência, socorrendo-se quase sempre de recursos quantitativos como o número de vítimas e a extensão do “mal” e qualitativos como a natureza e o impacto dos danos⁶⁷. O problema reside precisamente no fato de que nem todos os crimes de guerra podem ser qualificados como “atrocidades”⁶⁸. O que faz com que uma conduta penalmente relevante seja julgada pelo Tribunal Penal Internacional? A responsabilização dos autores de crimes de menor extensão tem-se baseado em razões humanitárias globais relativas a todos os seres humanos e não a necessidade de se enfrentar as “atrocidades”⁶⁹. Os esforços de criação de um Tribunal Penal para a África, que para além de julgar os quatros específicos crimes internacionais teria ainda competência para apreciar várias formas de tráfico, terrorismo, corrupção e mudanças inconstitucionais de governo⁷⁰. Como se vê, pelo menos no âmbito regional o juízo de “atrocidade da conduta” não foi levado às últimas consequências⁷¹. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estabelece em seu art. 1^a 1, *in verbis*: “Para

⁶³ Ibid, p. 182.

⁶⁴ Ibid, p. 181.

⁶⁵ CHEHTMAN, Alejandro, *A Theory of International Crimes, Conceptual and Normative Issues*, p. 333.

⁶⁶ DEGUZMAN, Margaret M., *Justifying Extraterritorial War Crimes Trials* (August 17, 2016). Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-43, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2825294> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825294>

⁶⁷ SCHEFFER, David, *Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect*, 40 CASE W. RES. Journal. International Law, 111, 118 (2008). Ver também Andrew H. Kydd and Scott Straus, *The Road to Hell? Third-Party Intervention to Prevent Atrocities*, 57 AM. JOUR. POL. SCI. 673, 674 (2013).

⁶⁸ DEGUZMAN, Margaret M., *Justifying Extraterritorial War Crimes Trials*, p. 15.

⁶⁹ Ibid, p. 16.

⁷⁰ Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights art. 28A, available at https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf.

⁷¹ DEGUZMAN, Margaret M., *Justifying Extraterritorial War Crimes Trials*, p. 16.

os fins da presente Convenção, o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram."⁷² Como se vê, a Convenção sobre Tortura previu que tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa. Não se exige o cometimento de "atrocidades" para atrair a jurisdição universal nos casos de tortura, contentando-se com "dores ou sofrimentos agudos".

Em se tratando de crimes contra a humanidade o juízo de atrocidade integra a própria conceituação do crime que exige o cometimento "no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil"⁷³. O juízo de "atrocidade da conduta" tem sido intensamente convocado quando das considerações relativas à admissibilidade do caso. Se por um lado o juízo de atrocidade é uma exigência à criminalização internacional da conduta, por outro, não exclui a gravidade do elemento contextual⁷⁴. Talvez a gravidade do crime legitime a limitação da soberania do estado⁷⁵. Talvez não seja prudente adotar a gravidade do crime, critério complexo e elusivo, como fundamento de toda a teoria dos crimes internacionais⁷⁶. Por fim, a exigência de um grau de organização caminha para o reconhecimento de que grupos menores não formalmente estruturados com imensa capacidade de causar danos podem cometer crimes internacionais⁷⁷. Poderíamos ainda insistir numa "simbiose perversa" que dilui

⁷² Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Other Degrading Treatment or Punishment art. 1., U.N. Doc. A/RES/39/46 (1984), available at <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>. E Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

⁷³ Cfr. Estatuto de Roma, art. 7^a.

⁷⁴ CHEHTMAN, Alejandro, *A Theory of International Crimes, Conceptual and Normative Issues*, p. 336 - 337.

⁷⁵ Ibid, p. 338.

⁷⁶ MÉGRET, Frédéric, *The Unity of International Criminal Law: A Socio-Legal View*, in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2020, p. 826.

⁷⁷ CHEHTMAN, Alejandro, *A Theory of International Crimes, Conceptual and Normative Issues*, p. 340.

as fronteiras entre o público e o privado no cometimento de diversos crimes internacionais, quando: α) guerrilhas cometem sequestros e crimes de guerra e se autofinanciam através do tráfico internacional de drogas; β) empresas que corrompem agentes públicos no intuito de reprimir protestos políticos como parte de crimes contra a humanidade; γ) “terroristas” que pilham artefactos culturais para financiar suas campanhas; δ) estados que no enfrentamento do terrorismo e do tráfico de drogas cometem crimes de tortura e outros crimes contra a humanidade; ε) a corrupção de agentes públicos a fim de criar as condições para o cometimento de crimes internacionais⁷⁸. Assumindo desde já as *relações* entre o direito internacional penal e o processo de globalização e o sucesso das ideologias de controle do crime, Frédéric Mégret propõe uma leitura global e *transversal* dos crimes internacionais o que acaba por expor as fragilidades da “especificidade rarefeita” do direito internacional penal. Tal interpretação desnuda as *conexões* entre os diferentes níveis do projeto criminal globalmente, isto é, como as ideias circulam horizontal e verticalmente entre as jurisdições doméstica, transnacional e supranacional. O desenvolvimento do direito internacional penal porventura não exigirá levar a sério uma experiência de *autodiferenciação* e *interconexões* entre seus diferentes e multifacetados processos dinâmicos⁷⁹. Os desafios impostos pela *pluralidade* e pela *fragmentação* ao direito internacional penal exigem uma *razão de transições* capaz de explorar a *comunalidade* existente entre o direito penal supranacional e transnacional, bem como a dimensão extraterritorial do direito penal doméstico⁸⁰. Frédéric Mégret propõe abertamente uma interpretação holística, menos dogmática e mais jurídico-sociológica do fenômeno criminal com suas dimensões transnacional, global e supranacional⁸¹. O que não significa renunciar a normatividade do direito internacional penal e entregá-la a pura dinâmica da realidade ou uma qualquer *prática*, mas insistir num tratamento específico do *transnacional* e do *supranacional* como dimensões constitutivas do direito internacional penal⁸².

Recentemente, as dimensões econômicas das atrocidades em massa têm-se constituído um sério desafio ao direito internacional penal⁸³. As causas estruturais

⁷⁸ MÉGRET, Frédéric, *The Unity of International Criminal Law: A Socio-Legal View*, p. 828.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 831 – 832.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 837.

⁸¹ *Ibid.*, p. 838.

⁸² *Ibid.*

⁸³ SANDER, Barrie, *Addressing the Economic Dimensions of Mass Atrocities: International Criminal Law’s Business or Blind Spot?*, in *Justice in Conflict*, 8 June 2015, consultado em 10 de junho de 2021.

da violência não tem tido relevância para a ulterior responsabilização internacional penal do indivíduo, tais como a injusta distribuição de terra, a extrema pobreza, a extrema exclusão social, a generalizada ou sistemática injustiça econômica. As causas estruturais, portanto, seriam preexistentes às atrocidades em massa e simplesmente o resultado “legítimo” de uma economia globalizada. Segundo Louise Arbour, a *justiça de transição* deve reconhecer a inexistência de hierarquia entre os direitos humanos e promover a proteção de todos, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais. Somente a partir de uma estratégia compreensiva a *justiça de transição* estará em condições de enfrentar os desafios impostos pelas graves violações de direitos humanos durante os conflitos, bem com as graves violações de direitos econômicos, sociais e culturais que causaram ou contribuíram para o conflito em primeiro lugar⁸⁴. Ao seu turno, Evelyne Schmid explora a relação entre as violações de direitos econômicos, sociais e culturais e os crimes internacionais e procura demonstrar que uma conduta pode ser simultaneamente descrita como uma violação de direitos econômicos, sociais e culturais e como um crime internacional. Para ela, os crimes internacionais abrangem parcialmente violações de direitos econômicos, sociais e culturais⁸⁵. Se por um lado o direito internacional existente nos permite levar em consideração as graves violações de direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, temos sérias dúvidas se o direito internacional penal está em condições de fornecer respostas adequadas às violações *ancestrais* de direitos humanos. Talvez tenha razão Steven Ratner que entende que os atuais crimes internacionais abrangem uma vasta maioria de atrocidades cometidas pelos governos e pelas entidades não-governamentais contra suas populações⁸⁶. A qualificação das violações de direitos humanos como crimes internacionais cumpriria ainda uma importante *função simbólica* que vai além da caracterização das violações de direitos econômicos, sociais e culturais como crimes internacionais⁸⁷. Ao discutir uma teoria da responsabilidade, especificamente sobre a função da punição Joel Feinberg sugere que através da punição dos responsáveis de sérios crimes internacionais a comunidade internacional repudia e recusa simbolicamente tais

⁸⁴ ARBOUR, Louise, **Economic and Social Justice For Societies in Transition**, in Centre For Human Rights and Global Justice Working Paper Number 10, 2006, p. 15 – 16.

⁸⁵ SCHMID, Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2015.

⁸⁶ RATNER et al, **Accountability**, 3rd ed, Oxford University Press, 2009, p. 81.

⁸⁷ SCHMID, Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, ch 8.

crimes⁸⁸. A conceituação das violações de direitos econômicos, sociais e culturais como crimes internacionais relembra que o direito não tolera tais *abusos*⁸⁹. Talvez devamos dar maior atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais quando identificarmos os crimes internacionais. O que decerto contribuirá para a exposição de políticas abusivas referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais e sobretudo a superação do mito de que a *escassez* seja o resultado exclusivo da desfortuna de muitos⁹⁰. Porventura não será a responsabilização penal do indivíduo por tais violações uma resposta necessária e urgente ao restabelecimento da *confiança* e da *legitimidade* das instituições que outrora violaram tais direitos humanos⁹¹. Enfim, os crimes internacionais que abrangem violações de direitos econômicos, sociais e culturais merecem ser levados a sério pelas mesmas razões que os outros crimes internacionais.

O direito internacional penal enfrenta ainda a desafiadora questão se atores comerciais podem ser responsabilizados pelo cometimento de crimes internacionais tais como a exploração de mão de obra escrava na cadeia produtiva, pilhagem de recursos naturais, a participação de empresas de segurança na prática de tortura, o fornecimento de bens e serviços para grupos armados⁹². No caso *Argor-Heraeus S.A. and Hussar Limited*, a empresa foi acusada de refinar três toneladas de ouro pilhado no norte da República Democrática do Congo entre 2004 e 2005 por membros do grupo *Front des Nationalistes Intégrationnistes*, através de intermediários em Uganda e Ilhas Jersey. Após uma investigação de 18 meses, em 10 de março de 2015 o Procurador-Geral da Suíça determinou o arquivamento do caso por ausência de indícios de que empresa soubesse da origem ilícita do ouro. Entretanto, a empresa teria descumprido suas obrigações de antibranqueamento de capitais⁹³. Segundo James Stewart, o enfrentamento da pilhagem de recursos naturais permite aos procuradores se

⁸⁸ FEINBERG, Joel, **Doing & Deserving, Essays in the Theory of Responsibility**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970, p. 95 – 118.

⁸⁹ SCHMID, Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, p. 335.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 336.

⁹² SANDER, Barrie, **Addressing the Economic Dimensions of Mass Atrocities: International Criminal Law's Business or Blind Spot?**, in *Justice in Conflict*, 8 June 2015, p. 3.

⁹³ STEWART, James Graham, **The Turn to Corporate Criminal Liability for International Crimes: Transcending the Alien Tort Statute** (February 19, 2014). 47 *New York University Journal of International Law and Politics* (2014), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2354443> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2354443>

concentrar nas causas e motivação das atrocidades⁹⁴. No caso *Adrianus van Anraat*, o empresário holandês Frans Cornelius Adrianus van Anraat, entre 1984 e 1988, comprou uma imensa quantidade de tiodiglicol dos Estados Unidos e Japão. Esta substância química foi vendida através de diferentes empresas localizadas em diferentes países para o governo de Saddam Hussein. Tal substância é o componente principal na manufatura do denominado “gás mostarda” que foi posteriormente utilizado nos ataques contra militares e civis iranianos e contra a população curda no norte do Iraque. O caso foi julgado pelo Tribunal Distrital de Haia, que o inocentou de participação em genocídio diante da inexistência de indícios de que o réu soubesse que a substância seria usada para a destruição da população curda. Entretanto, Van Anraat foi condenado a quinze de anos de prisão por participação em crimes de guerra⁹⁵.

Grietje Baars investiga a responsabilização internacional penal dos atores comerciais a partir de uma análise crítica das ideias de “cidadania corporativa” e da “responsabilidade social corporativa”. Ela explora a “cidadania corporativa”, a “responsabilidade social corporativa” e a “*accountability* corporativa” como ferramentas ideológicas às reações negativas contra a legitimidade da forma corporativa e suas atividades⁹⁶. Após a Segunda Guerra Mundial surgiram ideias a respeito dos crimes corporativos cometidos por grandes corporações alemãs durante a guerra. O que culminou na perseguição de alguns indivíduos, mas não da corporação em si⁹⁷. O discurso de “responsabilidade social corporativa” se tornou um elemento essencial na construção da *legitimidade* corporativa⁹⁸. O esforço de *juridicização* da responsabilidade social corporativa tem sido acompanhado da defesa da extensão do direito internacional penal às corporações⁹⁹. Em 4 de Janeiro de 2017, o Grupo de Trabalho Intergovernamental sobre Corporações

⁹⁴ Peters, Anne and Gless, Sabine and Thomale, Chris and Weller, Marc-Philippe, **Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law** (March 26, 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-06, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3561482> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561482>;

⁹⁵ *Public Prosecutor v. Frans Cornelius Adrianus van Anraat*, District Court of The Hague, The Netherlands, Case number 09/751003-04 p. 10.

⁹⁶ BAARS, Grietje, **The Corporation, Law and Capitalism**, A Radical Perspective on the Role of Law in the Global Political Economy, BRILL, Leiden, Boston, vol. 188, 2019, p. 352.

⁹⁷ *Idem*, p. 353.

⁹⁸ *Idem*, p. 356.

⁹⁹ MCBARNET, D. 2007, **Corporate Social Responsibility beyond Law, through Law, for law: The New Corporate Accountability**, in McBarnet, Aurora, and Campbell, 2007. BERNAZ, N., **Business and Human Rights: History, Law and Policy – Bridging the Accountability Gap**, New York: Routledge, 2016. STOITCHKOVA, D., **Towards Corporate Liability in International Criminal Law**, Oxford: Intersentia, 2010.

Transnacionais a respeito de Direitos Humanos das Nações Unidas publicou o seu Segundo Relatório no qual defende a incidência do art. 25 do Estatuto de Roma às corporações¹⁰⁰. Devemos estar atentos até que ponto a defesa da “*accountability corporativa*” se traduz numa “comoditização” da moral com claros benefícios econômicos, tais como a legitimação da *forma corporativa* como mecanismo de extração e, naturalmente, do *bom cidadão corporativo*, isto é, como um ator da governança global com um mandato ainda por se definir¹⁰¹.

No caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Company*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, nigerianos residentes nos Estados Unidos propuseram a ação sob *Alien Tort Statute*, sustentando que certas corporações holandesas, inglesas e nigerianas teriam ajudado o Governo nigeriano no cometimento de graves violações de direitos humanos. O *Alien Tort Statute* integra o *Judiciary Act of 1789* que permite aos tribunais federais apreciarem petições individuais por violação de direito internacional sob a forma de *common law*. A Suprema Corte entendeu que o *Alien Tort Statute* não abrange condutas cometidas em território estrangeiro, não teria incidência extraterritorial, portanto. O *Alien Tort Statute* não seria a via adequada contra corporações estrangeiras quando as condutas relevantes ocorreram fora dos Estados Unidos. A Suprema Corte decidiu que haveria uma presunção contrária a incidência extraterritorial do ATS¹⁰². Mas também para alcançar condutas das corporações necessitaria uma norma específica a ser formulada pelo Congresso em respeito a separação de poderes¹⁰³. A Suprema Corte estabeleceu, pois, que o Congresso e não as cortes deve decidir se as corporações podem ser responsáveis por participação em ações criminosas perpetradas fora do território norte-americano. O Congresso formulou o *Torture Victim Protection Act of 1991*, que criou expressamente as hipóteses nas quais as vítimas de tortura e execuções extrajudiciais podem provocar a jurisdição sob o argumento de violação de direito internacional. Entretanto, tal norma alcança apenas as pessoas naturais e tais violações requerem a ação do estado. As condutas de um empregado de uma corporação exigem ainda que a corporação seja um instrumento da política internacional do estado ou de outra entidade soberana¹⁰⁴. O objetivo do ATS não parece ser responsabilizar corporações por

¹⁰⁰ UN Open-Ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights 2017 Report.

¹⁰¹ BAARS, Grietje, **The Corporation, Law and Capitalism**, p. 359.

¹⁰² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013), p. 124.

¹⁰³ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013), p. 17.

¹⁰⁴ *Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC*, p. 21.

graves violações de direitos humanos, mas não impede a responsabilização civil de empregados das corporações por violação de direito internacional¹⁰⁵. O *Alien Tort Statute* seria “estritamente jurisdicional”, isto é, a norma não prevê as hipóteses pelas quais os peticionários poderiam provocar a jurisdição sob o argumento de violação do direito internacional¹⁰⁶.

No caso *Jesner et al v. Arab Bank* também julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, os autores da ação igualmente invocaram o *Alien Tort Statute* para sustentar que pessoas foram lesionadas e mortas, vítimas de atos terroristas cometidos no exterior que teriam sido causados em parte ou facilitados pelo Arab Bank PLC, instituição financeira jordaniana com filial em New York. Os autores sustentam que a filial norte-americana teria sido usada para beneficiar terroristas por meio de “Clearing House Interbank Payments System” (CHIPS) e para branquear capitais para uma instituição de caridade localizada no Texas supostamente afiliada ao Hamas. A Suprema Corte enfrentou se o *Alien Tort Statute* atribui discricionariedade aos tribunais ou ao contrário exige que os órgãos políticos atribuam autoridade específica para a responsabilização das corporações¹⁰⁷. Os peticionários sustentam a violação da Convenção Internacional para a Supressão de Financiamento do Terrorismo, nomeadamente o art. 5^a ¹⁰⁸. Segundo o juiz Kennedy os Estados Unidos e a Jordânia cumprem as obrigações impostas pela Convenção com a adoção de regime regulatório das instituições financeiras. Mas também a Convenção não autorizaria aos tribunais a invocarem common law sob o *Alien Tort Statute*, sem uma autorização do Congresso. Portanto, os órgãos políticos teriam a responsabilidade e a capacidade institucional para deliberar e decidir a respeito de política internacional¹⁰⁹. A comunidade internacional não teria ainda *decidido* pela responsabilização das corporações pelo cometimento de graves violações de direitos humanos cometidas por seus agentes¹¹⁰.

Para Grietje Baars a sujeição das corporações ao direito internacional penal significaria a validação da *moralização do capital* e concluiria o processo de

¹⁰⁵ Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC, On Petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 16–499, p. 4.

¹⁰⁶ Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC, p. 8.

¹⁰⁷ Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC, p. 12.

¹⁰⁸ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Dec. 9, 1999, S. Treaty Doc. No. 106–49, 2178 U. N. T. S. 232.

¹⁰⁹ Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC, p. 19.

¹¹⁰ Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC, p. 17.

legitimação do discurso de “responsabilidade social corporativa”¹¹¹. Ela relaciona a “ideologia corporativa”, a “responsabilidade social corporativa” e o “direito internacional penal corporativo” como o resultado da discussão jurídica de algumas *causas* e *casos* bem como as propostas de *juridicização* da responsabilidade social corporativa¹¹². Ao que parece ela critica contundentemente o denominado “mercado da responsabilidade” no qual o “direito internacional penal corporativo”, a “responsabilidade social corporativa” e a discussão jurídica de *causas* e *casos* parecem legitimar¹¹³. Ela insiste que a existência de normas vinculativas da “responsabilidade social corporativa” e “direito internacional penal corporativo” conjuntamente com a “cultura da *compliance*” teriam o poder de reduzir as críticas à “impunidade corporativa”¹¹⁴. Os programas de “technical compliance” não devem ser *funcionalizados* a fim de se converterem em argumentos jurídicos num eventual caso ou simplesmente, instrumentos de “delegação” e de “diluição” da responsabilidade¹¹⁵. Os crimes internacionais constituem um problema da sociedade internacional e precisam ser enfrentados enquanto tal. Os acordos financeiros entre as vítimas e as corporações não modificam tal natureza e não constituem um mero gesto de boa vontade do *bom cidadão corporativo*¹¹⁶. No caso *Jesner et al v. Arab Bank* a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a responsabilização de corporações estrangeiras sob a incidência do *Alien Tort Statute* teria como efeito a possibilidade de tribunais de outros países julgarem as corporações norte-americanas por supostas violações da “law of nations”. A aceitação acrítica da “doutrina do mandato judicial” poderia submeter as corporações norte-americanas ao constante risco de ações a pleitearem uma ampla responsabilização por supostas condutas de seus agentes e subsidiárias. O que poderia desencorajar corporações norte-americanas de investirem em economias em desenvolvimento. A Suprema Corte sublinhou ainda que tal precedente poderia influenciar negativamente a tomada de decisão de *investimentos corporativos* nas economias em desenvolvimento¹¹⁷. O pleno gozo de direitos econômicos, sociais e culturais é sem dúvida uma dimensão importante dos direitos humanos. Enfim quais são os critérios que orientam o exercício da discricionariedade dos Procuradores durante a escolha dos casos

¹¹¹ BAARS, Grietje, *The Corporation, Law and Capitalism*, p. 365.

¹¹² *Ibid*, p. 365 – 366.

¹¹³ *Ibid*, p. 366.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 366 – 368.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 373.

¹¹⁷ *Joseph Jesner et al. v. Arab Bank PLC*, p. 24.

que serão submetidos ao Tribunal Penal Internacional? O que subjaz, em última análise, a *decisão* de submeter um caso ao Tribunal Penal Internacional?

III - A PERSPECTIVAÇÃO NORMATIVA DA PRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES À SOBERANIA DE TODOS ESTADOS.

A *justificação* dos direitos humanos que se segue integra um percurso diverso daqueles que se originam da ideia de *personhood*, isto é, direitos que decorreriam da natureza humana, da singela e vulnerável condição de *ser humano*. O que não significa rejeitar os contributos deste *front* com suas extensões, suas dinâmicas e seus recursos próprios para o debate dos direitos humanos. O ponto de partida é... “*Where there is no possibility of fair and reliable enforcement, there is no human right.*”¹¹⁸ Que confessa a toda a gente a sua *pretensão de efetividade* (ou a significação performativa dos direitos humanos como condição de sua própria existência). O que não se confunde com a tese de graus que parece se contentar com a ideia da *jouissance* de direitos no seu “patamar mínimo”. O que é em si uma contradição. Preferimos imaginar a transgressora e subversiva *jouissance* em ação a informar a prática de direitos humanos. Insistir na ficção de uma libertária *jouissance* exige a confissão incondicional do nosso sentimento de perdimento, de desconforto... que confronta as nossas “crenças” culturais, históricas, psicológicas... que põe em xeque a consistência dos nossos gostos, valores, memórias... enfim que assume a *crise na nossa relação existencial* ¹¹⁹. A *jouissance* em ação ataca as estruturas canônicas dos discursos polidos de direitos humanos, a *jouissance* reivindica uma nova significação da prática de direitos humanos, que só pode ser *performativa* e comprometida com as exigências impostas pela economia do conhecimento e pela desigualdade estrutural. Isto é um problema de efetividade... que impõe uma “transmutação nuclear” da prática de direitos humanos para além da origem, da linguagem e da comunicação. Não se trata apenas de transformação, de destruição, mas

¹¹⁸ RAZ, Joseph, **Human Rights in the Emerging World Order**, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, Edited by Rowan Cruft, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo, Oxford University Press, 2015, p. 228.

¹¹⁹ Livrentemente inspirado na ideia de “*texte de jouissance*” de Roland Barthes, em **Le plaisir du texte**, Éditions du Seuil, 1973. *In verbis*: “*Texte de plaisir: celui qui contente, emplit, donne de l’euphorie; celui qui vient de la culture, ne rompt pas avec elle, est lié à une pratique confortable de la lecture. Texte de jouissance: celui qui met en état de perte, celui qui déconforte (peut-être jusqu’à un certain ennui), fait vaciller les assises historiques, culturelles, psychologiques, du lecteur, la consistance de ses goûts, de ses valeurs et de ses souvenirs, met en crise son rapport au langage* »

de sutil subversão¹²⁰. A *jouissance* em ação, enquanto significação-realização performativa da prática de direitos humanos não se reduz a luta entre duas ideologias rivais, mas a subversão de todas as ideologias é o que está em causa (“*La lutte sociale ne peut se réduire à la lutte de deux idéologies rivales: c’est la subversion de toute idéologie qui est en cause.*”). Para a *jouissance* a oposição não está necessariamente entre o consagrado e o profano, mas através da exceção e da regra (“*La règle, c’est l’abus, l’exception, c’est la jouissance.*”¹²¹). A sistemática violação de direitos humanos é o abuso, revela a regra, portanto. A *jouissance* denuncia a “gramática de direitos humanos” insistentemente repetida sem qualquer magia, sem qualquer entusiasmo, como se fosse natural ou por um milagre a recorrente cartilha-catecismo fosse adequada para cada ocasião por diferentes razões¹²². Será a “verdade” da prática de direitos humanos a insistente repetição e a solidificação de velhas metáforas? ¹²³. A “verdade” da prática de direitos humanos não decorrerá de sua natureza “realizanda” e “a realizar”?¹²⁴ A história dramática dos direitos humanos está sendo escrita e ainda está por ser escrita: nova a cada instante (“*L’arbre est à chaque instant une chose neuve; nous affirmons la forme parce que nous ne saisissons pas la subtilité d’un mouvement absolu*” Nietzsche)¹²⁵. Roland Barthes se socorreu do termo *jouissance* para indicar talvez o êxtase que é possível extrair do texto.

A partir deste momento exploraremos os possíveis contributos de Joseph Raz a partir de seus estudos sobre a prática de direitos humanos, que reuniria as características da evolução da *common law*, isto é, orientada pela analogia e por um senso moral errante¹²⁶. Para ele, os direitos humanos são direitos individuais

¹²⁰ Livrentemente inspirado na seguinte passagem: “*Enfin, le texte peut, s’il en a envie, s’attaquer aux structures canoniques de la langue elle-même (Sollers) : le lexique (néologismes exubérants, mots-tiroirs, translittérations), la syntaxe (plus de cellule logique, plus de phrase). Il s’agit, par transmutation (et non plus seulement par transformation), de faire apparaître un nouvel état philosophal de la matière langagière ; cet état inouï, ce métal incandescent, hors origine et hors communication, c’est alors du langage, et non un langage, fût-il décroché, mimé, ironisé.* » em **Le plaisir du texte**.

¹²¹ Livrentemente inspirado em Roland Barthes, em **Le plaisir du texte**, Éditions du Seuil, 1973.

¹²² Livrentemente inspirado na seguinte passagem: “*Le stéréotype, c’est le mot répété, hors de toute magie, de tout enthousiasme, comme s’il était naturel, comme si par miracle ce mot qui revient était à chaque fois adéquat pour des raisons différentes, comme si imiter pouvait ne plus être senti comme une imitation: mot sans-gêne, qui prétend à la consistance et ignore sa propre insistance.* »

¹²³ Livrentemente inspirado em Friedrich Nietzsche.

¹²⁴ Livrentemente inspirado no Jurisprudencialismo de António Castanheira Neves.

¹²⁵ BARTHES, Roland, **Le plaisir du texte**, Éditions du Seuil, 1973.

¹²⁶ RAZ, Joseph, **On Waldron’s Critique of Raz on Human Rights**, Oxford Legal Studies Research Paper No. 80/2013, August 8, 2013; Columbia Public Law Research Paper No. 13-359, p. 3 Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2307471>

que instituem limites à soberania. A violação de direitos humanos é *razão para ação*, portanto. Na identificação-demarkação do problema, ele questiona, a saber: α) Quais são as considerações normativas que orientam tal prática? β) A nossa humanidade funda as considerações que normativamente governam tal prática? γ) Qual o lugar dos direitos humanos no domínio normativo? δ) A dependência histórica dos direitos explica que muitos direitos entendidos como direitos humanos, em verdade, não são? ε) A “verdade” ou a “ficção” das teorias filosóficas sobre direitos humanos são relevantes para o julgamento normativo da referida prática? ζ) As teorias sobre direitos humanos constituem o *standard* adequado para o julgamento desta prática? η) Os direitos, mesmo os que não são direitos humanos, continuam a ser direitos que justificam proteção e *realização* por meios legais? θ) Quais *razões* justificam a prática de direitos humanos? ι) Quais são as características identificadoras da prática de direitos humanos? κ) A *jouissance* de direitos humanos se baseia exclusivamente na nossa humanidade ou depende de razões contingentes relativas às circunstâncias de tempo e lugar e aos mecanismos de implementação existentes? λ) Todos os direitos titularizados pelo ser humano é, por definição, um direito humano? μ) “Não são *peessoas* aquelas cujos direitos humanos são sistematicamente negados”?¹²⁷ ν) Por que a prática de direitos humanos deve conformar-se com as teorias filosóficas sobre direitos humanos fundadas na ideia de *personhood*? ξ) Por que os direitos humanos privilegiam dimensões do *indivíduo* em detrimento de condições de vida que são essencialmente *sociais*? ο) Por que as teorias sobre direitos humanos não distinguem as condições essenciais para se *alcançar* uma vida boa da “bondade cruel”¹²⁸ da retórica de direitos”? π) Por que a prática de direitos humanos deve se contentar com a frágil ideia de que os direitos humanos estabelecem os *standards* mínimos? ρ) Por que limitar os direitos humanos a ter direito à liberdades? Por que confinar a prática de direitos humanos a análise de fatores relevantes para a “moralidade da ação”? ς) A única teoria geral dos direitos humanos possível é aquela que os consideram “moral rights”? σ) Por que da hesitação em reconhecer os direitos humanos como “moral rights”? τ) Como identificar-testar os *standards* no seu grau mínimo ou máximo na convicção que os direitos humanos instituem os *standards* mínimos? υ) O que distingue os direitos humanos dos princípios morais de política internacional? φ) O que diferencia os direitos humanos das

¹²⁷ RAZ, Joseph, **Human Rights Without Foundations**, Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2007, March 2007, p. 5. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>

¹²⁸ A expressão “bondade cruel” foi livremente inspirada na letra do samba-enredo do Paraíso do Tuiuti, **Meu Deus, Meu Deus, Está Extinta A Escravidão?** ano de 2018.

teorias de justiça social contemporâneas? χ) Pode a prática de direitos humanos constituir os *standards* de justiça internacional? ψ) O que separa a prática de direitos humanos da *ordem de finalidade da política* das relações internacionais que reconhece direitos individuais? ω) Por que todos ou somente alguns direitos humanos estabelecem limites à soberania? ù) Por que o *direito humano à saúde* apenas existe na sociedade em que a organização social e política é apropriada para submeter o estado à responsabilidade de prover saúde? ó) A prática de direitos humanos depende de consensos sobre problemas morais fundamentais ou simplesmente de *justificativas racionais*? ú) Quais direitos individuais exibem *razões aceitáveis* para serem reconhecidos como direitos humanos? ô) Quais são os limites precisos impostos à soberania pelos direitos humanos? ξ) O *significado moral* dos direitos humanos é uma ameaça à autonomia do direito? ô) O *significado moral* dos direitos humanos confronta as condições de emergência da juridicidade do direito? θ) Os direitos humanos são “moral rights” titularizados por pessoas? Υ) Os direitos individuais contêm o mesmo conteúdo dos “moral rights”, independentemente do *reconhecimento* pelo direito ou por outras razões? ϒ) As pessoas titularizam “moral rights” independentemente do direito e esta é a razão pela qual o direito deve reconhecê-los, protegê-los e realizá-los? Ξ) A prática de direitos humanos constitui simples mecanismo de *ação política pretensamente corretiva* da concentração de poder nas mãos de governos e corporações? φ) A prática de direitos humanos como limites à soberania se restringe à *responsabilização* de estados, indivíduos e organizações além de suas fronteiras? τ) A prática de direitos humanos como “rights” imputa responsabilidades?

Joseph Raz sugere que a tarefa inicial exige a perspectivação normativa e compreensiva apta a julgar a prática de direitos humanos no presente e no futuro. Antes para que ela tenha futuro! Ele identifica como traço distintivo desta prática o seu papel crucial nas relações internacionais - possivelmente as relações internacionais nunca foram tão radicalmente subvertidas por qualquer compreensão moral das relações entre os indivíduos ou entre eles e as corporações ou os estados – que a proporcionada pela prática de direitos humanos. Portanto, a sua decisiva contribuição foi a erosão das ideias atinentes aos objetivos da soberania. Comparativamente, os direitos fundamentais se desenvolveram graças a uma melhor compreensão do papel, da função e sobretudo dos limites impostos ao governo, diga-se de passagem, independentemente das teorias filosóficas sobre direitos humanos¹²⁹. Não se trata de reduzir a prática de direitos

¹²⁹ RAZ, Joseph, *On Waldron's Critique of Raz on Human Rights*, p. 4 – 5.

humanos a pura institucionalidade ou aos imperativos de política internacional ou mesmo as teorias sobre as relações internacionais. Mas reconhecer que a *ação* tendente à efetividade dos direitos humanos talvez perpassasse a compreensão dos princípios normativos que governam a prática de direitos humanos ao longo dos fundamentos normativos do estado soberano e os seus objetivos. Haveria uma relação fundamental entre a prática de direitos humanos e soberania. Para Raz, os direitos humanos são direitos individuais que estabelecem limites à soberania, portanto, a transgressão de direitos humanos é *razão para ação*: sua violação num estado é razão suficiente para atores e outros estados *intervirem*¹³⁰. Uma teoria que se pretenda normativa da prática de direitos humanos necessita estabelecer o *critério normativo* apto a julgar tal prática. Sem excluir a possibilidade de diferentes práticas serem governadas por diferentes critérios normativos¹³¹. A compreensão da moralidade segundo Joseph Raz exorbitaria (e muito!) os estreitos limites deste *paper*.

A *fundamentação* dos direitos humanos que se origina da ideia de *personhood*, isto é, direitos que decorreriam da natureza humana, da simples condição de *ser humano* talvez reflita uma peculiar compreensão da função dos direitos na moralidade e na justificação das instituições políticas e jurídicas¹³². Isto sem falar numa equivocada compreensão entre *valor* e *direitos* ou num vazio explicativo como *valor* estabelece *direitos* ou a diferença entre ter valor e ter direito a isto. Joseph Raz enfatiza que certas condições são essenciais para a nossa vida e que nós devemos envidar todos os esforços para assegurá-las, mesmo sem demandar ou titularizar o direito a tais condições¹³³. Como já vimos, a transgressão de direitos humanos é *razão para ação*: sua violação num estado é razão suficiente para atores e outros estados *intervirem*. Qual a natureza e a extensão desta intervenção? Para Joseph Raz, os direitos humanos são os direitos cuja transgressão pode justificar *ação internacional* contra os responsáveis, desde *trade boycotts*, condenação pública das violações, julgamento pelos tribunais internacionais etc. Se por um lado a transgressão de direitos humanos é *razão para ação*, por outro a *ação* contra os responsáveis por tais violações se dará, sobretudo, na arena internacional. Os direitos humanos são direitos cuja transgressão é *razão para ação* contra o estado

¹³⁰ Ibid., p. 6.

¹³¹ Ibid., p. 7.

¹³² RAZ, Joseph, **Human Rights Without Foundations**, Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2007, March 2007. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>

¹³³ Ibid., p. 2 – 8.

e indivíduos no plano internacional. O que não significa renunciar o papel dos órgãos persecutórios e jurisdicionais nacionais no exercício da competência da jurisdição universal, segundo a prática de direitos humanos.

Por sua vez os contributos de Raz não se confundem com a perspectivação dos direitos humanos proposta por Rawls como “uma classe de direitos que desempenha um papel especial e urgente... eles restringem as ‘razões justificadoras’ da guerra e a sua condução, eles especificam limites à autonomia interna”¹³⁴. Não são simples aspirações liberais ou pressupõe a existência de instituições específicas¹³⁵. Como se vê, Rawls distingue os direitos humanos dos direitos constitucionalmente garantidos em regimes democráticos de perfil liberal. Para ele, a violação de tais direitos seria igualmente condenável tanto por liberais quanto por decentes sociedades hierárquicas, a exemplo da liberdade contra a escravidão e a servidão; a liberdade (mas não *igual* liberdade) de consciência, a segurança de grupos étnicos contra assassinatos em massa e genocídio¹³⁶. Rawls identifica, portanto, a existência de decentes sociedades hierárquicas que não tratam os seus membros como livres e iguais cidadãos, mas que devem ser toleradas e aceitas pelas liberais¹³⁷. Não restam dúvidas que Raz e Rawls convergem no tange ao reconhecimento de mudanças sobre a ideia de soberania desde a Segunda Guerra Mundial. Para Raz, a soberania não justificaria ações do estado violadoras de direitos humanos e no horizonte de tais transgressões a soberania não poderia ser invocada para proteger o estado de interferências externas¹³⁸. Ele acentua ainda que as medidas tendentes à limitação da soberania seriam moralmente justificadas, portanto, legítimas no quadro de violação de direitos humanos¹³⁹. Consequentemente, a transgressão de tais direitos é *razão para ação*: sua violação num estado é razão suficiente para atores e outros estados *intervirem legitimamente*. Ao seu turno, Rawls defende abertamente que graves violações de direitos humanos justificaria a intervenção armada¹⁴⁰ e “uma das funções dos direitos humanos seria precisamente

¹³⁴ RAWLS, John, **The Law of Peoples** with The Idea of Public Reason Revisited, Harvard University Press, 2000, p. 79.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 78 – 79.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹³⁸ RAZ, Joseph, **Human Rights Without Foundations**, p. 9.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁰ RAWLS, John, **The Law of Peoples** with The Idea of Public Reason Revisited, Harvard University Press, 2000, p. 80.

especificar limites à soberania¹⁴¹. Portanto, a “realização de direitos humanos seria condição necessária de *decência* das instituições sociais e políticas e sua ordem jurídica. Tal realização seria suficiente para excluir ‘intervenção forçada’, desde sanções econômicas e políticas à armada. Sem excluir que os direitos humanos estabeleceriam um limite ao pluralismo entre as pessoas¹⁴². Os direitos humanos seriam *direitos universais* intrínsecos ao “Law of Peoples” e teriam um impacto político e moral local, quer dizer, sua força política e moral alcançaria todas as sociedades e vincularia normativamente todas as pessoas e sociedades, inclusive os estados fora da lei¹⁴³. Rawls confessa que *liberais* e *decentes* titularizam o direito de não tolerar estados fora da lei por serem agressivos e perigosos. O que no limite *justificaria* uma intervenção armada a fim de modificar o curso de suas ações¹⁴⁴. Como se vê, a proposta de John Rawls põe em causa sérios problemas, nomeadamente no que tange aos atributos da soberania dos estados.

O que significa exatamente a consideração de que os direitos humanos seriam *direitos* intrínsecos ao “Law of Peoples” (*ius gentium* e *ius gentium intra se*)? Trata-se de uma concepção política do direito e da justiça que se realiza nas normas de direito internacional e na sua prática¹⁴⁵. A gramática de Rawls nasce da, já assaz conhecida, convocação da ideia de um procedimento razoável de construção no qual agentes racionais ou sociedades elegem princípios de justiça sobre temas relevantes guiados por razões apropriadas¹⁴⁶. Uma *justiça*, portanto, que se constrói sobre uma concepção política de justiça... E não a partir de doutrinas religiosas, filosóficas ou morais compreensivas¹⁴⁷. Tal gramática confessa uma particular concepção de contrato social na qual “pessoas a partir de práticas cooperativas reconhecem e atuam conforme suas responsabilidades morais e obrigações em benefício mútuo. Sem excluir que a imposição das responsabilidades e obrigações decorrentes da cartilha de direitos humanos compreende ainda uma concepção comum de justiça e a boa-fé dos “officials” nas suas ações explicativas e justificadoras da ordem jurídica¹⁴⁸. O argumento

¹⁴¹ RAWLS, John, **The Law of Peoples** (1993), in *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999, p. 554.

¹⁴² RAWLS, John, **The Law of Peoples** with *The Idea of Public Reason Revisited*, Harvard University Press, 2000, p. 80.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 80 - 81.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 81.

¹⁴⁵ RAWLS, John, **The Law of Peoples** (1993), in *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999, p. 529.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 551.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 564.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 552.

central de Rawls é relativamente simples: até mesmo as sociedades hierárquicas devem respeitar os direitos humanos que é parte do “Law of Peoples”¹⁴⁹. Segundo esta análise, as sociedades hierárquicas não são expansionistas e são guiadas por uma concepção de justiça comprometida com o respeito dos direitos humanos¹⁵⁰. Para não pecar pela generalidade, a *construção* do “Law of Peoples” requer ainda uma efetiva igualdade de oportunidades entre os cidadãos (“...*three egalitarian features of the fair value of the political liberties, of fair equality of opportunity, and of the difference principle.*”)¹⁵¹. Se por um lado a *realização* dos direitos humanos confrontará a natureza da cultura política, as tradições religiosa e filosófica que alicerçam as instituições; os governos opressivos e as elites corruptas em determinadas sociedades¹⁵². Por outro, o desenvolvimento do “Law of Peoples” que exceda uma concepção liberal de justiça incrementaria a sua universalidade para além dos limites culturais, econômicos e políticos conhecidos¹⁵³.

A etiqueta etnocêntrica Rawls acredita superar a partir da ideia de que a objetividade do direito não dependeria do tempo, lugar ou origem cultural, mas apenas se satisfaz o critério de reciprocidade e se pertence à razão pública da sociedade liberal e de decentes sociedades hierárquicas. O “Law of Peoples” não subjugaria outras sociedades, nem requereria que as decentes sociedades hierárquicas abandonem ou modifiquem suas instituições religiosas¹⁵⁴. Acresce-se ainda que o princípio da tolerância requer relações de respeito mútuo entre as pessoas e constitui uma parte fundamental da “Society of Peoples”¹⁵⁵. Raz é um crítico perspicaz sobre a maneira pela qual Rawls relaciona as condições de cooperação social com os limites à soberania dos estados¹⁵⁶. As condições de cooperação exigem a capacidade de discernir o sentido de justo, nomeadamente os termos desta cooperação, que afinal especificará o conteúdo da concepção política e social de justiça. Significa isto, desde logo, reconhecer *iguais* dispostos a cooperar de boa-fé. Portanto, a unidade social no plano doméstico decorreria do partilhar de uma concepção de justiça por *livres e iguais* pessoas¹⁵⁷. Ao fim e

¹⁴⁹ Ibid., p. 530.

¹⁵⁰ Ibid., p. 550.

¹⁵¹ Ibid., p. 537.

¹⁵² Ibid., p. 559.

¹⁵³ Ibid., p. 561.

¹⁵⁴ RAWLS, John, **The Law of Peoples** with The Idea of Public Reason Revisited, Harvard University Press, 2000, p. 121.

¹⁵⁵ Ibid., p. 122.

¹⁵⁶ RAZ, Joseph, **Human Rights Without Foundations**, p. 11.

¹⁵⁷ Idem, § 3. Conceptions of Person and Social Cooperation, in **Political Liberalism**, Expanded Edition,

ao cabo, a construção do “Law of Peoples” parece depender das condições de cooperação social caracterizada pelas incertezas e pelo dissenso¹⁵⁸. Para além disso, Raz exemplarmente sublinha que os limites morais impostos à soberania não dependeria exclusivamente das condições de cooperação social de uma determinada sociedade. Nitidamente subjaz cá que “o conteúdo dos princípios morais que orientam as relações sociais e a estrutura da organização social seria determinado por *práticas contingentes* de sociedades diferentes. Os princípios, portanto, a informar as relações internacionais não podem ser a simples generalização dos princípios de justiça que governam uma específica sociedade. Como se vê, o respeito pela soberania e autonomia dos estados há uma imensa relevância moral¹⁵⁹. As perguntas pertinentes seriam *quem (imparcialidade) e como (instituições imparciais, procedimentos justos e confiáveis)*, isto é, quem teria autoridade para limitar a soberania e de que maneira seriam as ações. Raz distingue os *limites morais à soberania* dos *limites morais à legitimidade da autoridade* que depende da moralidade da ação da autoridade. Não seriam, pois, todas ações que excedam a legitimidade da autoridade do estado *razão* para a intervenção de outros estados¹⁶⁰. Os princípios morais que restringem à soberania devem refletir não tão-somente os limites à autoridade dos estados, mas *parâmetros independentes e fixos* relativos à possibilidade de interferência justificada de atores internacionais e estados¹⁶¹. A tese da moralidade da ação da autoridade explora o que as autoridades têm a responsabilidade de fazer; as razões que *normativamente* vinculam a ação; na autoridade política a habilidade de resolver problemas de maneira coordenada, isto é, a aptidão de trabalhar juntos de maneira eficiente e organizada; o *reconhecimento* como uma condição aquisitiva da legitimidade da autoridade; as razões que *justificam* a ação e superam as contrarrazões; e finalmente as razões contingentes¹⁶². Pedimos sinceras desculpas, mas o aprofundamento da moralidade da ação da autoridade exorbitaria (e muito!) os estreitos limites deste *paper*.

Enfim, as condições de cooperação social talvez sejam relevantes para forjar a autoridade do estado, mas jamais para determinar limites à soberania no sentido

Columbia University Press, New York, 1995.

¹⁵⁸ RAZ, **Human Rights Without Foundations**, p. 10.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 12 – 13.

¹⁶² RAZ, Joseph, The Justification of Authority, in **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, 1986, p. 53 – 57.

utilizado por Rawls. As críticas de Raz se fundamentam na distinção das relações entre *valor* e *direitos* e no fato de que nem todos os limites impostos à autoridade do estado ou soberania decorrem de *rights*¹⁶³. É verosímil afirmar que o objetivo de Raz é caracterizar em termos abstratos os *standards morais* que julgam a prática de direitos humanos. Se por um lado tais práticas instituem limites à soberania, por outro não constitui *razão* para quaisquer medidas. A insistência numa perspectivação normativa dos direitos humanos se põe à vista... os direitos são estabelecidos por meio de *argumentos* relativos à importância (valor) de tê-los que no limite sujeita outras pessoas à *responsabilidade* de proteção, de promoção e de realização desses direitos. Neste sentido, a universalidade da moralidade se harmoniza com a perspectivação política da prática de direitos humanos, nomeadamente aquela que transcende à moralidade privada¹⁶⁴. Portanto, “os direitos humanos são ‘moral rights’ titularizados por pessoas, mas estes somente *existirão* quando as condições são apropriadas para os governos que têm a responsabilidade de proteger os interesses que o direito garante.”¹⁶⁵ Para Raz, a existência dos direitos humanos depende da presença dos argumentos, a saber: α) interesses individuais que requerem apropriadas condições sociais para a sua fruição como individual “moral right”; β) sob certas condições os estados são responsáveis pelo respeito, pela promoção e pela realização desses interesses individuais (direitos); γ) os estados não gozam de imunidade em face de interferências neste tema¹⁶⁶. Como se vê, na presença destes argumentos os direitos humanos ganham vida e desfrutam de uma *justificativa racional*. Sem excluir evidentemente as *contingências* do atual sistema de relações internacionais. Isto não significa eleger a *razão contingente* como prius instituinte da juridicidade ou critério racionalmente autossuficiente ou pia batismal da validade fundamentante da prática de direitos humanos. Em tom de desfecho parcial, os direitos humanos ao limitarem à soberania dos estados exibem um incomensurável significado moral¹⁶⁷. Não podemos ser complacentes com as recorrentes violações de direitos humanos, definitivamente.

¹⁶³ Idem., *Human Rights Without Foundations*, p. 13.

¹⁶⁴ Ibid., p. 14 – 17.

¹⁶⁵ Ibid., p. 18.

¹⁶⁶ Ibid., p. 18.

¹⁶⁷ Ibid., p. 19.

IV - LA BÊTE ET LE SOUVERAIN

"*La raison du plus fort est toujours la meilleure.*"¹⁶⁸. "*The strong are always best at proving they are right.*" (Rogues: Two Essays on Reason). A fim de investigar os contributos de Jacques Derrida elegemos como ponto de partida o texto intitulado "The Beast and the Sovereign", o seu último seminário ministrado na *École des hautes études en sciences sociales* em Paris entre o outono de 2001 e a primavera de 2003, ao enfrentar os problemas postos pela pena capital ele explora as *razões* subjacentes a submissão da *bêtise* e dos seres viventes ao soberano e uma fecunda analogia entre *bestia* e soberania política relativa à sua suposta exterioridade: origem, fundação e superioridade ao direito¹⁶⁹. Ignorância e suspensão do direito convergem soberanamente numa *decisão*. A feição insensível do soberano ou a sua ausência é a mesma quer ordene a guerra, quer ordene silenciosa, discreta e veladamente a paz. A sua *ausência* sugere força e poder! Derrida questiona por meio da analogia as representações problemáticas da *bêtise* e da soberania, em suas origens antropto-teológicas e as suas conceptualizações política ou social ou individual. Isto não significa silenciar as dificuldades impostas pela analogia como *razão míope à diferença* na qual identidade e diferença coexistem. Mas também não significa recusar a fragilidade dos limites antagônicos entre *natureza* e *cultura*, *physis* e *nomos* (natureza e direito); e *physis* e *thesis* (natureza e convenção). Ele fala com altivez e combate o uso retórico, hipócrita, estratégico, pernicioso, perverso e cínico da ideia de "État voyou", "Rogue state", "Estado fora da lei" para justificar o uso da força em sua suprema desumana brutalidade. A partir da representação do "*humanus* político superior à animalidade e ao mesmo tempo *bestial*" ele denuncia essa contradição manifesta. Não se trata simplesmente de reconstituir os vestígios supostamente ontológicos da soberania política, do soberano, do estado. Mas asseverar que a soberania é um artefacto humano, contratual, convencional, institucional, histórico, sujeito à transformação que está em curso, portanto¹⁷⁰. Em relação à suposta *soberania dos direitos humanos*, Derrida, sem subscrever suas ideias, convoca o pessimismo de Schmitt, identificado com o nazismo e o antisemitismo, nomeadamente a sua clássica compreensão de soberania que vê a *humanidade* naquela retórica ou no conceito de crime contra a humanidade

¹⁶⁸ LA FONTAINE, Jean de, *Le loup e l'agneau*, Les Plus Belles Fables de La Fontaine, Verlag Moritz Diesterweg, p. 21.

¹⁶⁹ DERRIDA, Jacques, *The Beast & the Sovereign*, Vol. I, Edited by Michel Lisse, Marie-Louise Mallet, and Ginette Michaud, The University of Chicago Press, 2009, Editorial note, XIII.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 1 – 31.

invocada pelo direito internacional ou direito internacional penal talvez culmine numa outra soberania, na *ipse soberania do ser humano*: acima, além, anterior à soberania do estado. A inquietação schmitiana parece residir na *estratégica despolitização*, que excede-supera a soberania do estado, a serviço de uma soberania ou da hegemonia de um determinado estado¹⁷¹. Ao seu turno, Derrida expõe as bases da clássica e performativa (“Oath”; “fidelity”) conceptualização da soberania a fim de afirmar a necessidade de *repolitização da política* ou do próprio conceito de política ou de uma soberania que não pressupõe a determinação de um inimigo ou inimigo em nome da humanidade ou põe o *outro* no lugar de fora da lei ou fora da cristandade ou indigno da dignidade humana ou diferente¹⁷².

As nossas preocupações residem precisamente, a saber: α) A repercussão de graves violações de direitos humanos não pode ficar condicionada à riqueza e ao grau de desenvolvimento do estado; aos impactos político e econômico da situação. Nem mesmo submetida ao poder significativo da mídia que numa ativa e seletiva interpretação dos fatos formula *narrativas*¹⁷³; β) O risco permanente de narrativas falaciosas sobre o fato se converterem em “justificativa moral” de ações políticas, operações militares, bombardeios, mortes e sofrimento de militares e civis; γ) A violação de direitos humanos é *razão para ação* no plano internacional. A intensidade e a extensão da ação não podem ficar à mercê da importância geopolítica e econômica do estado; o credo, a etnia e a cor da pele das vítimas; δ) A convocação de *parâmetros independentes e fixos* relativos à possibilidade de interferência justificada de atores internacionais e estados precisará confrontar as *narrativas fabulares*, instrumento de trauma, medo e terror que lucram todos os *fronts* e que é uma parte importante do próprio evento desde a sua origem. O que significa *retestemunhar* a funcionalização do *medo* como violência psicológica presente e futura, portanto¹⁷⁴; ε) As *razões normativas* que orientam a prática de direitos humanos não se confundem com as teorias políticas, embora possa discutir *transversalmente* a relação mutuamente constitutiva das ideias de *proteção* e *obediência* presentes na base da teoria política, na confederação, na federação, no protetorado, no direito internacional, nos tratados internacionais¹⁷⁵; ζ) A prática de direitos humanos como limites à soberania - diga-se de passagem na sua radicalização expropriatória da “ecstasy” da irresponsabilidade do *soberano* - não endossa qualquer esforço

¹⁷¹ Livremente inspirado em Jacques Derrida, **The Beast & the Sovereign**, Vol. I, p. 71.

¹⁷² DERRIDA, *Ibid.*, p. 77 - 98.

¹⁷³ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 37.

¹⁷⁴ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁵ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 44

de *despolitização da política* em nome da divina transcendência, das super-humana e metapolítica responsabilidades ou a “expertise” de especialistas que, paradoxalmente, culmine numa *hiperpolitização*... na intensificação da política estadual a serviço de determinados interesses¹⁷⁶; η) A prática de direitos humanos como limites à soberania rejeita, terminantemente, quaisquer ações em nome dos direitos humanos e da humanidade que *exclui* os seres humanos e a sua humanidade e impõe tratamentos desumanos...

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa esclarecer que talvez não estejamos em condições de atender à necessidade de *definição* e ao desejo de concluir. A razão desta investigação não é resgatar o *sujeito* da filosofia do sujeito ou questionar o *discurso* como condição da subjetividade e da responsabilidade ou referir o significado da *bêtise* (“*Dummheit*”) ao *jus* ou explorar os diferentes significados da *bêtise* de acordo com a sua pragmática singularidade ou interrogar se a *bêtise* pressupõe *liberdade* e *vontade* ou ainda se arriscar perspectivar a *bêtise* sócio-pré-política-histórica-valorativamente ou revelar se a *bêtise* pertence ao âmbito da ética, dos argumentos, do julgamento ou da ‘irreparável facticidade da existência’¹⁷⁷ ou se as investigações teórico-científicas culminam num impuro, não objetivo, não rigoroso, *indeciso* e incompleto não conhecimento ou revisar as *nuances* entre humanidade e animalidade ou demonstrar a concepção de arte através de recentes experiências vividas ou discutir se ínsita à concepção de direito estão as *razões para compelir* ou os equívocos entre o *ser* e o *dever ser* ou desvelar a soberania como um artefacto histórico *hiperbolicamente* forjado ou contestar se o direito internacional penal será *realizado* pelos estados mais poderosos e influentes. Igualmente não é investigar se a *essência* da força política e do poder têm raízes fabulares, ficcionais e performativa... Francisco Rodrigues Lobo, descreve a língua portuguesa: “... *branda para deleitar, grave para engrandecer, eficaz para mover, doce para pronunciar, breve para resolver e acomodada às matérias mais importantes da prática e escritura*...”. O objetivo deste *paper* também não é informar, mas simplesmente *evocar*... rebeldia, paixão, sentimentos, memórias, imagens, chamar a si o conhecimento de uma causa na esperança da resposta, a seu tempo, do *outro*... vulnerável, irrepetível, igual e partícipe, sem as ilusões da totalidade, sem a soberania do *outro* (“What is human being?”)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 52.

¹⁷⁷ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 172.

¹⁷⁸ Livremente inspirado em Derrida, *Ibid.*, p. 118, p. 193, p. 244,

REFERÊNCIAS:

- ALTMAN, Andrew e WELLMAN, Christopher Heath, **A Defense of International Criminal Law**, 115 *Ethics* 35, 2004, p. 49.
- ALTMAN, Andrew and WELLMAN, Christopher Heath, **A Liberal Theory of International Justice**, Oxford University Press, 2009, ch 4.
- ARBOUR, Louise, **Economic and Social Justice For Societies in Transition**, in Centre For Human Rights and Global Justice Working Paper Number 10, 2006, p. 15 – 16.
- BAARS, Grietje, **The Corporation, Law and Capitalism**, A Radical Perspective on the Role of Law in the Global Political Economy, BRILL, Leiden, Boston, vol. 188, 2019, p. 352.
- BARTHES, Roland, **Le plaisir du texte**, Éditions du Seuil, 1973.
- BERNAZ, N., **Business and Human Rights: History, Law and Policy – Bridging the Accountability Gap**, New York: Routledge, 2016.
- BASSIOUNI, M. Cherif, **International Crimes: The Ratione Materiae of International Criminal Law** in M. Cherif Bassiouni (ed), *International Criminal Law, Vol I: Sources, Subjects and Contents*, 3rd ed., M. Nijhoff, 2008, p.133.
- CASSESE, Antonio Cassese, **International Criminal Law**, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, p. 23–24.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio, *Uma reflexão filosófica sobre o direito — o deserto está a crescer... ou a recuperação da filosofia do direito?*, **Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, Coimbra, Coimbra Editora, vol. 3º, 2008, p. 93 – 94.
- CHEHTMAN, Alejandro, **The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment**, Oxford University Press, 2010, ch 4.
- CHEHTMAN, Alejandro, **A Theory of International Crimes, Conceptual and Normative Issues**, in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2020, p. 321, 328.
- CHRISTENSEN, Mikkel J., **Crafting and Promoting International Crimes: A Controversy among Legal Professionals of Core Crimes and Anti-Corruption**, 30(2) *Leiden Journal of International Law*, 2017, p. 501.
- CORACINI, Astrid Reisinger, **What is an International Crime?: A Response to Kevin Jon Heller**, in *HILJ Online Symposium*, 20 March 2018, consultado em 10 de Julho de 2018.
- CRAWFORD, James, *The Making of the Rome Statute*, in Philippe Sands (ed), **From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice**, Cambridge University Press, 2003, p.109.
- DEGUZMAN, Margaret M., **Justifying Extraterritorial War Crimes Trials** (August 17, 2016). Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-43, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2825294> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825294>

- DERRIDA, Jacques, **The Beast & the Sovereign**, Vol. I, Edited by Michel Lisse, Marie-Louise Mallet, and Ginette Michaud, The University of Chicago Press, 2009.
- FABRE, Cécile, **Cosmopolitan Peace**, Oxford University Press, 2016, p. 181.
- FEINBERG, Joel, **Doing & Deserving, Essays in the Theory of Responsibility**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970, p. 95 – 118.
- GREENAWALT, Alexander, K. A., **What is an International Crime?** in The Oxford Handbook of International Criminal Law, Oxford University Press, 2020, p. 293.
- GUARIGLIA, Fabricio, **COVID-19 and International Criminal Law**, in *Opinio Juris*, in association with the International Commission of Jurists, in <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-and-international-criminal-law/>
- HELLER, Kevin Jon, **What is an International Crime? A Revisionist History**, *Harvard Journal of International Law*, 2017, 58(2), p. 353 e 355.
- LA FONTAINE, Jean de, **Le loup e l'agneau**, Les Plus Belles Fables de La Fontaine, Verlag Moritz Diesterweg, p. 21.
- LUBAN, David, **Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law**, in Samantha Besson and John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (OUP 2010) p. 666; p. 680 - 681.
- KREß, Claus, **On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision**, *23 Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 855.
- LUBAN, David, **A Theory of Crimes against Humanity**, *29 Yale Journal of International Law*, 2004, p. 85 – 167.
- MAY, Larry, **Crimes Against Humanity**, Cambridge University Press, 2005.
- MAY, Larry, **War Crimes and Just War**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MAY, Larry, **Aggression and Crimes Against Peace**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- MCBARNET, D. 2007, **Corporate Social Responsibility beyond Law, through Law, for law: The New Corporate Accountability**, in *McBarnet, Aurora, and Campbell*, 2007.
- MÉGRET, Frédéric, **The Unity of International Criminal Law: A Socio-Legal View**, in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2020, p. 826.
- NOUWEN, Sarah, **International Criminal Law: Theory All Over the Place**, in Anne Orford, Florian Hoffmann, and Martin Clark (eds), *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, 2016, p. 738.
- O'KEEFE, Roger, **International Criminal Law**, Oxford University Press, 2015, p. 63 – 64.
- PETERS, Anne and Gless, Sabine and Thomale, Chris and Weller, Marc-Philippe, **Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law** (March 26, 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-06, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3561482> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561482>;

- RATNER et al, **Accountability**, 3rd ed, Oxford University Press, 2009, p. 81.
- RAWLS, John, **The Law of Peoples with The Idea of Public Reason Revisited**, Harvard University Press, 2000, p. 79.
- RAWLS, John, **The Law of Peoples** (1993), in *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, 1999, p. 529.
- RAZ, Joseph, **Human Rights in the Emerging World Order**, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, Edited by Rowan Cruft, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo, Oxford University Press, 2015, p. 228.
- RAZ, Joseph, **On Waldron's Critique of Raz on Human Rights**, Oxford Legal Studies Research Paper No. 80/2013, August 8, 2013; Columbia Public Law Research Paper No. 13-359, p. 3 Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2307471>
- RAZ, Joseph, **Human Rights Without Foundations**, Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2007, March 2007, p. 5. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>
- RAZ, Joseph, **Political Liberalism**, Expanded Edition, Columbia University Press, New York, 1995.
- RAZ, Joseph, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, 1986, p. 53 – 57.
- SANDER, Barrie, **Addressing the Economic Dimensions of Mass Atrocities: International Criminal Law's Business or Blind Spot?**, in *Justice in Conflict*, 8 June 2015, consultado em 10 de junho de 2021.
- SAUL, Ben, **Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism**, 24(3) *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 677.
- SCHEFFER, David, **Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect**, 40 *CASE W. RES. Journal. International Law*, 111, 118 (2008).
- SCHMID, Evelyne, **Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2015.
- SCHWARZENBERGER, Georg, **The Problem of an International Criminal Law** (1950) 3(1) *Current Legal Problems*, 1950, p. 263–96.
- STEWART, James Graham, **The Turn to Corporate Criminal Liability for International Crimes: Transcending the Alien Tort Statute** (February 19, 2014). 47 *New York University Journal of International Law and Politics* (2014), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2354443> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2354443>
- STOITCHKOVA, D., **Towards Corporate Liability in International Criminal Law**, Oxford: Intersentia, 2010.
- VERNON, Richard, **What is a Crimes Against Humanity?** 10(3) *Journal of Political Philosophy*, 2002, p. 231–49.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO, EQUIDADE, E A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Luiz Elesbão da Silva Maciel¹

(aequitas): jus est ars boni et aequi

Resumo: Este é um Ensaio do Bacharelado em Direito, que foi continuado na pós-graduação em Direito Constitucional. Mas, que segue paulatinamente em busca de respostas, pelo viés epistemológico. Provocamos um diálogo sobre Mandado de Injunção ad hoc, que constitui dispositivo ou remédio constitucional pelo qual uma omissão legal ordinária compromete o exercício de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Regulado pela Lei 13.300 de 2016. Muito embora não previsto expressamente na Constituição, o STF já admitia o Mandado de Injunção coletivo, à semelhança do Mandado de Segurança coletivo, pela analogia que o MS é residual, havendo agora, previsão explícita na lei para pacificar o entendimento. Até porque segundo nos ensina o professor Dr. Lenza estamos diante da síndrome da inefetividade que decorre da omissão legislativa em regulamentar direitos constitucionalmente previstos. Pois, neste condão é certo que a corte vem adotando, na sua maioria, a teoria concretista em sede de MI-mandado de injunção. Entretanto, há controvérsias, vez que o legislador afirma que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes, todavia, é bem verdade que inovou, ampliando, e prescrevendo, também, a eficácia ultra partes ou erga omnes. Ademais,

¹ Doutor em Ciência da Educação, UNISALPY; Mestre em Ed. Física, UERJ/UNISAL; Especializado ADM, Eng. Mkt Desportivo, UGF; Especializado em Direito Constitucional Famart, MG ; Graduado em Ed.Fis.(LP), UGF, Filosofia (B/L), UFRJ; Direito, UGF/UNESA. Advogado OAB 234578/RJ. Membro da CDAP OAB-RJ e CDHAJ OAB-Cabo Frio; Prof. Subst. Didática e Prática de Ensino. EF, UFRJ, Prof.(EF e Filosofia) D1 Ref. 8 e 9, Seeduc-RJ; aprovado em 1º lugar (PcD) Analista J.- Educador Laboral do TRT23 e 1º(PcD) Procurador Municipal da Prefeitura de Mendes -RJ. Palestrante na UNITO, Itália.

no Brasil, porém, o mandado atingiu definição própria e bastante abrangente, atingindo o nível do próprio princípio de equidade, que remonta ao direito romano (aequitas): jus est ars boni et aequi. Explico: segundo os romanos, o direito, enquanto “ars” (arte) tem em vista o estabelecimento de uma justiça universal, expressa nos termos “bono” e “aequi”, que remontam ao princípio de justiça da aequitas (a equidade). Portanto, o direito é a arte do bom e do equitativo. Todavia, atraímos síntese na comparação do entorno do MI, à praxes da greve, pela práxis da justiça do trabalho.

Palavras-Chave: Mandado de Injunção, Justiça, Equidade, Justiça do Trabalho, STF, Síndrome da Inefetividade da Omissão Legislativa, Inércia legislativa, Garantias Constitucionais, Greve.

Astratto: Riassunto: Si tratta di un saggio del Bachelor of Laws, proseguito nel corso di specializzazione in Diritto Costituzionale. Ma, che segue gradualmente alla ricerca di risposte, per pregiudizio epistemologico. Abbiamo provocato un dialogo sull'atto di ingiunzione ad hoc, che costituisce un dispositivo o rimedio costituzionale mediante il quale un'ordinaria omissione legale compromette l'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione federale. Regolamentato dalla Legge 13.300 del 2016. Pur non essendo espressamente previsto in Costituzione, la STF ha già ammesso il Precetto Collettivo di Ingiunzione, analogamente al Precetto Collettivo di Mandamus, per analogia che il MS è residuale, ed ora vi è una previsione esplicita in la legge per pacificare l'intelletto. Anche perché, secondo il prof. dott. Lenza, siamo di fronte alla sindrome di inefficacia che deriva dall'omissione legislativa di disciplinare i diritti costituzionalmente previsti. Infatti, a questo proposito, è certo che la corte ha adottato, per la maggior parte, la teoria concretista nel contesto di un'ingiunzione. Tuttavia, ci sono polemiche, poiché il legislatore afferma che la decisione avrà efficacia soggettiva limitata alle parti, è vero però che essa ha innovato, ampliando, e prescrivendo anche l'efficacia ultra partes o erga omnes. Inoltre, in Brasile, però, il precetto ha raggiunto una propria definizione abbastanza esaustiva, raggiungendo il livello dello stesso principio di equità, che risale al diritto romano (aequitas): jus est ars boni et aequi. Mi spiego: secondo i Romani il diritto, in quanto “ars” (arte) mira a stabilire una giustizia universale, espressa nei termini “bono” e “aequi”, che risalgono al principio di giustizia di aequitas (equità) . Pertanto, la legge è l'arte del bene e dell'equità. Tuttavia, ne traiamo sintesi nel confronto dell'ambiente della MI, con la prassi (nonnismo) dello sciopero, con la prassi della giustizia del lavoro.

Parole chiave: Ingiunzione, Giustizia, Equità, Giustizia del Lavoro, STF, Sindrome di Inefficacia dell' Omissione Legislativa, Inerzia Legislativa, Garanzie Costituzionali, Sciopero.

INTRODUÇÃO

O Mandado de Injunção é definido pela Constituição Federal, no seu art. 5º, como concessão feita, supostamente ao judiciário, para a integração de normas particulares em casos em que a lei se mostra omissa diante da necessidade de garantias de direitos fundamentais definidos pela própria Constituição.

O dispositivo constitucional, no referido inciso do art.5º, estabelece o seguinte: LXXI – conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania.

Nos ensina Lenza (2017), trata-se portanto de normas constitucionais de eficácia limitada, de aplicabilidade mediata e reduzida, que se divide em normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos que têm por finalidade criar órgãos como podemos perceber nos artigos 91, 125 e parágrafos.

Muito embora não previsto expressamente na Constituição, o STF já admitia o Mandado de Injunção coletivo, à semelhança do Mandado de Segurança coletivo, havendo agora, previsão explícita na lei. Pois é certo que o STF vem adotando a teoria concretista em sede de mandado de injunção. Todavia, o legislador afirma que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes, é bem verdade que inovou, ampliando, e prescrevendo, também, a eficácia ultra partes ou *erga omnes* seu parágrafo terceiro, 131.

Já as normas, ditas, declaratórias de princípios programáticos têm por finalidade vincular programas a serem implantados pelo Estado como podemos ver nos artigos 196, 215, 218, caput. No que disciplina o artigo segundo da Lei 13.300 de 2016, a omissão pode ser total (art. 37, VII da CF/88) quando a inércia é absoluta; ou parcial (art.7.º IV, da Lei) quando a regulamentação deixa a desejar em relação às normas, ditas insuficientes, pelo órgão legislador que a compete. Todavia, portanto, a leitura da LMI (Lei 13.300/2016) nos permite rever interpretação de certos artigos da Constituição, que conferem o instituto a órgãos judiciários, bem como artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos erige elementos para tecermos interpretações e questionamentos sobre nosso problema ad hoc- que tange injunção, equidade e justiça do trabalho, inclusive,

buscar proposições com respaldo na própria lei seca, e assim chegarmos alguns entendimentos à luz desta sistemática jurídica.

Colaborando neste sentido; Pedro Lenza (2017, p.1231) alerta que o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença”, traduzida como “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, que na condição de hipótese do art.5º, parágrafo 3º, segundo o autor, não tem o poder sobrenatural de produzir todos os efeitos, necessitando, assim do ato normativo e infraconstitucional.

Para tal, temos o mandado de injunção individual e o coletivo, certo que o individual deve ter como legítimos impetrantes, pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ademais, não podemos perder de vista que a controvérsia em relação a capacidade de que uma pessoa jurídica de direito público, possa impetrar o MI, estaremos diante de uma distinção da do MI coletivo, vez que a pessoa jurídica do direito público impetraria o MI em seu próprio nome, estando fundamentado numa norma constitucional de eficácia limitada que inviabilizasse, para tal entidade, o exercício do direito em si, liberdade e/ou prerrogativas inerentes a tal exercício. Já no mandado de injunção coletivo, se definem com impetrantes: o parquet, quando a tutela, for relevante para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e ou dos interesses sociais, ou até individuais, sendo estes traduzidos como indispensáveis; partidos políticos, vez que tenha representação no Congresso Nacional, que têm por meta assegurar estes direitos, visto antes porém, neste o exercício foca nos seus integrantes ou relacionados à finalidade partidária.

Já as organizações sindicais, entidades de classe, ou associação legal (funcionando por mais de um ano), visam assegurar iguais (semelhantes) direitos, porém objetivando a totalidade ou parte de seus membros, na forma de seus estatutos, desde que pertinentes aos princípios estatutários, não precisando autorização especial para isso.

E por fim, a Defensoria Pública, sendo a tutela relevante para os direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, como disciplinado no artigo quinto, inciso LXXIV da Constituição da República. Não podemos perder de vista que a nova lei (LMI) em seu artigo 12, I a IV, amplia a visão

de legitimados ativos para promoção do MIC (mandado de injunção coletivo), em relação a legislação específica (art.21 da lei 12016/2009) no que tange uma comparação as prerrogativas do parquet e a defensoria. Por legitimidade passiva, ambos deverão ser impetrados contra o Poder, o órgão ou autoridade com estas atribuições (editar normas reguladoras). Sendo que a petição inicial segue o trâmite processual do NCPC, indicando, além disso, o órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado, como vigora no artigo quarto da LMI.

Como competência, está prevista na própria Carta da República nos artigos 102, I “q”, 102, II, “a”, 105, I “h”, 121, parágrafo 4º, V, e 125, parágrafo primeiro. Ante o exposto, estabelecerei como problema científico: a) Em que medida é possível a aplicabilidade do mandado de injunção no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro?; b) O mandado de injunção tem efetividade na justiça trabalhista brasileira? Questões norteadoras: c) O que significa o mandado de injunção na justiça trabalhista do Brasil?; d) O que significa o instituto mandado de injunção? Como objetivo geral: Demonstrar a aplicabilidade do instituto do mandado de injunção, em face do ordenamento jurídico trabalhista. Como objetivos específicos: e) Analisar as especificidades do Mandado de injunção; f) Definir como o instituto mandado de injunção se dá no ordenamento pátrio; g) Identificar as especificidades do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro; h) Analisar a teoria do remédio constitucional, sua aplicabilidade na justiça do trabalho.

DESENVOLVIMENTO

Ressalta-se, a priori, que a petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente. Ademais, são legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas prejudicados pela omissão, defeso e inconstitucional, vez que estão referidos no art. 2º do diploma legal, e, como impetrado, o poder, o órgão ou a autoridade com atribuição, formal e material, para editar a norma regulamentadora, conforme artigo 3º da Lei 13.300/2016, admitido na forma coletiva; subsidiariamente aplicam-se as normas do mandado de segurança. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, o mandado de injunção tem a natureza de uma

ação civil, de caráter essencialmente mandamental e procedimento específico, destinado a combater a essa omissão titulada de “síndrome da inefetividade das constituições”.

O procedimento especial tem início com o ajuizamento da ação, cuja petição inicial deverá preencher os requisitos formais estabelecidos no art. 319 e seguintes do “Novo” Código de Processo Civil e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado. O Mandado de Injunção é uma ação, um remédio constitucional de caráter civil e de procedimento especial que visa a garantia da efetividade, aplicabilidade e eficácia das normas contidas no texto constitucional.

A lei. 13.300/2016, que é recente comparado a previsão em 88, disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção, tanto individual, quanto coletivo, no entanto inovou ao incluir a locução “falta total ou parcial de norma regulamentadora”, ausente no texto constitucional. Isso quer dizer que o Mandado de Injunção também pode ser utilizado quando, apesar da existência de regulamentação, esta for insuficiente, nos termos do art. 2º, caput, e parágrafo único. Logo, o presente remédio é vocacionado a suprimir omissões legislativas capazes de obstar direitos e liberdades dos cidadãos, pelo viés das normas constitucionais, aliás, de eficácia limitada, onde o exercício pleno dos direitos nelas previstos depende necessariamente de edição normativa posterior.

Em suma, o direito foi garantido pela Constituição, mas o seu exercício encontra-se condicionado à edição de lei ou norma regulamentadora ulterior; é cristalino no caso concreto do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII. , onde ele está garantido, mas, abre uma lacuna, uma vez que carece de regulamentação, não obstante a aplicação subsidiária da Lei de Greve dos empregados privados.

No entanto, a questão que se erige numa condição de hipótese, estar em evitar que a desídia do legislador, transforme algumas partes do texto constitucional, em “letra morta”, combatendo assim a “síndrome de inefetividade” das normas constitucionais que se desenha numa eficácia limitada. Jocosidade à parte, não esconde a seriedade deste instituto, uma vez que, o próprio Mandado de Injunção foi vítima daquilo que desejou combater.

Dessarte, 27 anos para que tivéssemos um procedimento claro e preciso,

isto é, uma lei para regular o próprio MI, restando ao Poder Judiciária a tarefa de fixar entendimentos não unânimes ao longo dos anos, principalmente quanto ao alcance das decisões. Sem Prejuízo para utilizar por analogia, entendimentos a lei do MS, Lei 12.016/2009, por ser ela residual.

Desta forma, Luciana Teixeira de Silva Pinto (2010), nos desenha posições acerca dos efeitos do mandado de injunção, que ao entender que por Teoria “*não-concretista*”, predominou, majoritariamente, por muitos anos no âmbito da Supremo(STF), estabelecendo-se que ao Poder Judiciário caberia apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa e, conseqüente comunicação ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado, visto pelos ministros de lá. Entendia-se que a adoção de posição diversa feriria a separação dos Poderes, art. 2º, Constituição Federal.

Face a este entendimento, a Teoria concretista- geral, aceita o desafio, adotada recentemente em algumas decisões *ad hoc*, prolatadas pela corte, *in casu* os MI 670, 708 e 712, preconiza que, diante da ausência de norma regulamentadora, caberia ao Poder Judiciário o suprimento desta lacuna.

Deste modo, o Judiciário, em provocação, regularia a omissão em caráter geral, ou seja, além de viabilizar o exercício do direito pelo impetrante do MI, também estenderia os efeitos a todos aqueles em idêntica situação, isto é, com efeito para todos, erga omnes. Já a teoria concretista – individual, igualmente adotada pelo Supremo, em algumas situações como o MI 721.

Segundo este entendimento, diante da lacuna, o Poder Judiciário deve sim, criar a regulamentação para o caso específico, em particular. Ou seja, tal decisão viabilizaria o exercício do direito somente pelo impetrado, vez que, a decisão teria efeitos “*inter partes*”. Já a teoria “concretista intermediária” traduz-se na fusão da teoria “*não-concretista*” com a teoria concretista individual, vez que, preconiza o dever do Poder Judiciário, em um primeiro momento, de limitar-se a declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento desta lacuna.

Todavia, expirado o prazo assinalado pelo Poder Judiciário, ficaria este autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente para o impetrante. Aliás, Pedro Lenza (2017, p 1236), traz um desenho parecido,

quando leciona sobre os efeitos dessa decisão, onde houve várias sustentações tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, e ainda sim, inovando, visto que recentemente nos termos da lei nova, Lei 13.300 de 2016; ressalta três dimensões; concretista direta - que se subdivide em Geral, Coletiva e Individual; concretista intermediária - que se subdivide em Geral, Coletiva e Individual e a *não-concretista*, a qual foi a dominante do Supremo por muito tempo vista na sentença MI 107 e MI 20.

Corroborando neste sentido, Luciana Pinto, em sua obra “Mandado de injunção: novo entendimento do STF”, nos ensina que o mandado de Injunção pela competência do Supremo Tribunal Federal – CF. art. 102, I, q – e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – CF. art. 102, I, a –, trata-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetada pela lacuna normativa ou pela existência de ato normativo ou administrativo insatisfatório ou inexistente. Nota-se tratar-se de espécie de ação direta de inconstitucionalidade, que tem por legitimidade ativa vigorada no art. 103, caput, da Constituição da República são os mesmos legitimados ativos para a propositura da ADI disciplinada no Art. 12-A da Lei 9.868/1999, com redação dada pela Lei 12.063/2009. Cujo objeto se encontra no art. 103, parágrafo segundo da nossa Constituição, onde são incluídos atos normativos primários.

Dessarte, possui objeto mais amplo, uma vez que, estão presentes atos normativos secundários, atos materialmente administrativos e mesmo atos próprios dos órgãos judiciais. Ocorre perda do objeto no caso de revogação da norma constitucional que necessitava de regulamentação para sua efetividade. Ademais, existe o precedente na Questão de Ordem, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO número 1836:

“Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de seu objeto. Essa orientação, por identidade de razão, se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de ato normativo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional, sendo que, neste último caso, isso ocorrerá quando a norma revogada for a que necessitava de regulamentação para a sua efetividade. Procedimento: Lei 9.868/1999, com redação dada pela Lei 12.063/2009. Arts. 12-A a 12-H.; art. 12-B. A petição indicará: I - a

omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; II - o pedido, com suas especificações. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão. Art. 12-C.”

Cabendo dizer, que sendo a petição inicial tida como inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente, serão liminarmente indeferidas pelo relator; entretanto, pelo rito processual, caberá agravo da decisão que indeferir a inicial. Convém ressaltar, que este, foca numa direção mais simples, direcionada: a Justiça do Trabalho inserida com o MI, inobstante correntes jurídicas contrárias, que são “somente acessórias”, neste momento.

Contudo, Celso Ribeiro (Pacheco, 2015, p. 23) preleciona que a medida não encontra precedente, quer no direito nacional, quer no direito estrangeiro. Entendimento não compartilhado pelo exímio ministro Dr. Alexandre de Moraes que conceitua Mandado de Injunção como uma consistência constitucional de caráter civil, com procedimento especial visando suprir uma omissão específica do poder público, no intuito de possibilitar o exercício de um direito, uma liberdade e/ou uma prerrogativa prevista na Constituição da República (2014, p.178).

Outrossim, o Mandado de Injunção é um remédio podendo ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica que se afirme titular dos direitos, para sanar doença da omissão as liberdades, ou das prerrogativas ameaçadas pela ausência de norma regulamentadora, é fato. Há de se falar, na possibilidade de substituição processual no Mandado de Injunção individual pelo coletivo. Entretanto, o polo passivo figurará o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora - Legitimado passivo. Entretanto, este é um pequeno estudo que tem por finalidade caracterizar, em linhas bastante gerais e iniciais, o Mandado de Injunção no contexto do direito trabalhista brasileiro visto MIs 695/MA; 670/ES;232-1RJ, RDA 188/155;107, 20; 758; 1.616; 721; 795; 788,925; 1.328; 1527; 17854.158AgR-segundo, SV 33, entre outras.

O Mandado de Injunção não é um dispositivo apenas do direito trabalhista. É definido constitucionalmente. Além disso, o seu sentido íntimo se estende também a ramos do direito privado, incluindo evidentemente o próprio direito trabalhista, cuja base é o Direito Civil, como ainda teremos a ocasião de ver.

A motivação deste trabalho é a provocação de que certos direitos trabalhistas, na esteira de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República, não são concedidos a trabalhadores por conta de não serem regulamentados por lei ordinária ou infraconstitucional. Por esta razão, muitas vezes os trabalhadores têm os seus direitos banalizados, garantias fundamentais violadas sem que uma lei ordinária possa vir em seu auxílio.

Atenta a isso a OAB, em defesa das prerrogativas, converge para a maioria dos advogados, a falta de regulamentação ocorre por mera falta de interesse das autoridades competentes em matéria legislativa: parlamentares e membros do Poder Executivo.

Para citarmos um exemplo disto, antes de entrar na definição propriamente dita do Mandado de Injunção, só para ilustrar temos o “causo” d’um D. advogado (que por segurança salvaguardo) de Cabo Frio que se identifica como Dr. Aristóteles, que declara:

“...advogo contra municípios na Região dos Lagos, e posso afirmar categoricamente que todos os prefeitos se utilizam da omissão legislativa para impor desmandos, defeso em nossa Constituição da República, aos servidores públicos da educação, segurança e saúde, certos que a Justiça geralmente entende como ilegais as greves de servidores públicos. Se alguém merece repúdio, esses são os Srs. Legisladores e o Executivo, a quem não interessa regulamentar o direito dos cidadãos, sim, porque os servidores públicos são cidadãos vocacionados. Por outro lado, o Judiciário têm entendido que o remédio do Mandado de Injunção (maneável pelas entidades representativas de cunho local) serve apenas para declarar a omissão e recomendar a feitura da lei, mas não impõe a observância ao Poder Público. Quanto ao interesse dos educandos, isso é inegável. Mas também deve ser interesse dos educandos e da sociedade servidores tratados com dignidade e respeito. Ou 18 anos para regulamentar um direito constitucional não é desrespeito? Fico revoltado!”

Provocado por amor ao diálogo, concordamos com a opinião do “doutor”, pois acredito desenho institucional brasileira precisa de revisão! A jocosidade, que a metafísica, não esconde a seriedade desta breve digressão.

Também a professora Evanna Soares, em artigo publicado (SOARES, 2006, p.12), afirma que se juízes estivessem decidindo em tais matérias “o próprio Congresso Nacional, pressionado pelas entidades representativas dos interesses

patronais (grifo meu), cuidaria de dar preferência à votação dos projetos de lei respectivos". O Mandado de Injunção tem origem no direito anglo-saxão, conforme destaca Célio Aragon (ARAGON, 2006, p.1):

"A injunção se originou no Direito inglês, tendo passado, em seguida, ao Direito norte-americano, sendo que a etimologia advém de *'injunction'* que significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte. A injunção permite ao tribunal coatar lesões a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente".

No Brasil, porém, o mandado atingiu definição própria e bastante abrangente, atingindo o nível do próprio princípio de equidade, que remonta ao direito romano (*aequitas*): *jus est ars boni et aequi* (o direito é a arte do bom e do equitativo). Como estamos falando de princípio constitucional, convém lembrar que a Constituição de 1988 (art. 5º, LXXI) declara a injunção da seguinte maneira:

"LXXI – conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

José Afonso da Silva (SILVA, 1996, p.426) já nos diz que o Mandado de Injunção:

"Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição (grifo meu)".

Célio Aragon também propõe a sua definição como:

"A ação constitucional destinada a tutelar direito individual, difuso ou coletivo, quer de pessoa física, quer de pessoa jurídica, sempre que houver ausência de regulamentação de direito infra-constitucional (grifo meu), impossibilite seu gozo. (ARAGON, 2000, p.3)".

A definição do Mandado de Injunção na Constituição Federal está profundamente ligada, no sentido íntimo que guarda, ao princípio de equidade, conforme já salientamos antes. O antigo art. 114 do Código de Processo Civil, de 1939, contemplava a equidade ao exprimir que "quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador". No art. 127, de 1973, rezava que "o juiz só poderá decidir por equidade nos casos

previstos em lei". Igualmente, visto no atual Código de 2015, que avançou muito nas prerrogativas do magistrado, com a responsabilidade de fazer cumprir todo o rito processual, inclusive com a normatização do *amicus curiae*, no art.138, sendo que os seguintes regularizam tais procedimentos como é o caso do dispositivo 140 - disciplina que o juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico e, em seu parágrafo único, confirma o que o Código anterior (artigo 127/73) disciplina no que se tange equidade "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". O art.114 de 39, acima mencionado, praticamente apresenta, de per si, uma definição do conceito de equidade.

Não se pode olvidar que este princípio pelo qual se pode pautar um magistrado diante de um caso omissis, isto é, quando um caso concreto, flagrantemente carente de decisão, não é contemplado com precisão pela legislação em vigor. Isto ocorre pelo fato de a legislação não poder, por sua natureza geral, contemplar todos os casos concretos que podem se dar diante do juiz. Nestes casos, o juiz atuaria como se fosse legislador.

É ocioso dizer que o direito positivo de um determinado país pode contemplar o princípio de equidade com uma série de restrições, ou, em outros casos, com maior abertura para o seu emprego no caso concreto. A própria mudança para o art. 127 de 1973, e conseqüentemente para o art.140 do Novo Código já submete, expressamente, as decisões do magistrado aos rigores da lei, o que coloca o Brasil no grupo dos países demasiadamente legalistas.

O nosso modelo de Constituição escrita segue padrões de excessiva rigidez normativa. Não obstante o que dissemos antes, há outros artigos no direito brasileiro que contemplam largamente o mesmo princípio implícito no Mandado de Injunção (fundamentalmente alicerçado no princípio geral da equidade), por exemplo, os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 4º estabelece que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". E o art.5º: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Ambos os artigos, cada um a seu modo, compreendem o princípio de equidade. O primeiro (o art.4º) parece dar ampla margem a decisões do magistrado nas lacunas da lei. Quando fala em "costumes" está se referindo a uma espécie de "direito natural" que emana da própria sociedade, isto é, a regras sociais, as quais podem, segundo o entendimento do juiz, ganhar primazia sobre a lei positiva.

A referência a “princípios gerais do direito” diz que, no caso da norma infraconstitucional ser omissa, o juiz pode aplicar um critério específico ao caso concreto, caso entenda que tal critério ou regra aplicada garantiria ao cidadão o gozo de um direito fundamental. O art.5º, quando fala em “fins sociais”, subentende na norma jurídica fins que ultrapassam a ordem normativa propriamente dita, como, para citar o exemplo dado no próprio artigo, “o bem comum”. Isto poderia significar, entre outras coisas, que, caso a aplicação rígida de uma lei se mostre contrária ao “bem comum”, o juiz pode (segundo parece dizer o artigo) ultrapassar a letra da norma e decidir de acordo com “as exigências do bem comum”.

Novamente é evocado aí o princípio de equidade. Apesar das definições anteriores do Mandado de Injunção, acrescidas de uma associação (indispensável para o nosso caso), que fizemos entre ele e conceito de equidade, o STF, por tratar-se de matéria constitucional, entende, já há algum tempo, que o MI está associado à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Isto atribui o papel de regulamentar uma norma para casos omissos exclusivamente ao Poder Legislativo, visto que, se tal função fosse atribuída a órgãos do judiciário, estes estariam penetrando no terreno do Poder Legislativo. Isto, segundo entende a corte, iria de encontro ao princípio da separação rígida dos poderes.

Tal entendimento retiraria todo o poder de impetrar a injunção de qualquer tribunal de primeira instância e, afinal, do próprio STF, cujo papel seria abrir a ação de inconstitucionalidade por omissão, solicitando ao legislativo a elaboração de norma complementar. Não é preciso ir muito longe para perceber qual é a consequência dessa posição: em face a celeridade, a morosidade da operação da justiça por parte do juiz, que ficaria à espera da elaboração do texto legal para decidir.

O caso concreto que necessitasse da injunção estaria perdido. Acresça-se a isso que o referido dispositivo (a injunção) ficaria à mercê do Congresso Nacional e da sua longa pauta de votações, no que, certamente, ficaríamos nas mãos do Presidente do CN. Não pode passar despercebido aqui, longe de estabelecer fantasmagorias, data vênua, mas é fato, o risco de o interesse privado do empregador ganhar uma grande possibilidade de ser favorecido pelo Congresso Nacional, retirando a possibilidade de um manejo da justiça diretamente pelo juiz, que tem mesmo o dever de atender, como reza o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aos fins sociais do direito - que nos alude que, na

aplicação da lei, cabe ao magistrado atender aos fins sociais a que se direciona às necessidades do bem social.

É indubitável que o juiz deve focar, à luz do objetivo da lei e da justiça, promover a paz social. É bem verdade, diante dos objetivos fundamentais da nossa República, que anda mal das pernas, pela instabilidade promovida ultimamente, mas, que entre os quais consta a erradicação da pobreza e da marginalização, visto no artigo 3º, III da Constituição da República, não se pode olvidar os «fins sociais» a que alude o texto da LINDB estão estreitamente vinculados à busca de maior igualdade material entre os cidadãos brasileiros e à modificação do caráter do direito de propriedade, visto no artigo 5º, XXIII da Constituição da República, que deixa de ser absoluto e incontestável para tornar-se, a um só tempo, um instrumento de descentralização econômica e de bem-estar e igualdade social.

Ademais, no que tange o caso em tela ao atrairmos o art. 5º da CRFB/88, que teria violadas as suas declarações de direitos fundamentais devido à ausência de norma ordinária regulamentadora. Seria o que Evanna Soares chama, com muito acerto, da “retórica constitucional” (SOARES, 2006, p.13). Aqueles que, por outro lado, pregam que o Judiciário não pode integrar normas ad hoc, retiram do referido poder uma das suas funções mais eminentes (se quisermos pensar além daqueles que o consideram um mero aplicador mecânico da lei), que é garantir o gozo de direitos fundamentais e estabelecer a justiça ali onde ela se manifesta de modo mais próprio: nos casos concretos.

Toda essa situação afeta diretamente a justiça trabalhista, caso a doutrina não disponha de nenhum argumento, respaldado na própria Constituição da República, para atribuir o poder decisório aos tribunais trabalhistas. O que passaremos a fazer a partir de agora é tentar mostrar, a partir de artigos da Constituição e da própria Consolidação das Leis do Trabalho, como é possível oferecer resistência a esse tipo de rigorismo. Por exemplo, José Afonso da Silva (SILVA, 1998, p.388-389).

Segundo o parecer de Evanna Soares,

“não teria sentido a existência, no corpo da Constituição, de dois instrumentos processuais (Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) dotados da mesma finalidade, pouco ou nada valendo o Mandado de Injunção se não tiver força

para, concretamente, tornar eficazes as normas constitucionais não regulamentadas”.

Outros mostram entendimento adverso, como é o caso de Ronaldo Poletti (POLETTI, 2000, p. 223), “que não admite o preenchimento de lacunas da lei, em matéria constitucional, pelo Mandado de Injunção” (apud, SOARES, 2006, p. 4-5).

Mas a própria Constituição da República, no seu artigo quinto, inciso LXXI, dispõe: “Conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. É pouco razoável supor que este inciso esteja atribuindo, em última análise, o papel de impetrar a injunção ao Poder Legislativo, uma vez que isso seria totalmente contraditório com aquilo que parece ser a sua intenção íntima expressa no trecho “(...) sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...) (grifo meu)”.

Com efeito, nada seria mais inviável que o exercício dos direitos e liberdades constitucionais depender, a cada omissão de norma regulamentadora, do Congresso Nacional. Aqui, a burocracia se colocaria à frente da garantia de direitos fundamentais. Mas, o problema que salta aos olhos no artigo é o fato nada jocoso, que de o verbo transitivo (conceder, “conceder-se-á”), que pede complemento direto (objeto direto) e complemento indireto (objeto indireto), omite o segundo complemento (o objeto indireto).

Deste modo, o artigo se exprime confusamente acerca da instância competente para impetrar a injunção, o que permite, a qualquer um que pretenda interpretá-lo, a fazê-lo como lhe aprouver. Quer dizer, o artigo, em si, é omissivo e dá margem a inúmeras interpretações.

Por outro lado, seria estranho que uma lei editada justamente pelo órgão competente para editá-la (que no sentido da política moderna é o Legislativo) conceda a si mesmo a formulação de uma nova regra. Com efeito, isso seria, no mínimo, desnecessário ao órgão que, por si só, já possui essa competência por definição.

Como se pode notar, é redundante o Legislativo conceder a si mesmo uma competência que já é originariamente sua. Assim, a única interpretação coerente do artigo é que a concessão esteja sendo feita ao Judiciário, sob pena

de ser considerado mal redigido (o que, aliás, é verdadeiro em qualquer caso), desnecessário, obsoleto, nada acrescentando a o corpo da Constituição. Isso pode ser reforçado pelo fato de que qualquer decisão por equidade é sempre concedida ao Judiciário com autorização legal. Isto constitui um perfil do direito brasileiro. Basta observar a letra de alguns artigos dos Códigos de Processo Civil, como o já citado art.114 do antigo CPC de 1939, que estabelecia que “quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador (grifo meu)”; o que quer dizer que somente quando houver autorização legal é que o juiz poderá aplicar a equidade. Isto é reforçado pelo também já citado art. 127 do CPC/73 - o Juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei, repetidos no artigo 140, Sú do atual Código.

De pouco adiantaria – senão para aumentar ainda mais a confusão – tentar tratar a injunção como a ação de inconstitucionalidade por omissão, pois a omissão referida pelo Mandado de Injunção se refere a um erro involuntário (ao menos supostamente) do legislador. Não se pode perder de vista, que tais “erros” sempre ocorrerão devido à impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que se irão apresentar ao magistrado (o que, por si só, é razão suficiente para a integração de regras, ainda que ad hoc, pelo Judiciário).

Por outro lado, visto que a inconstitucionalidade por omissão é, afinal, inconstitucionalidade, seria estranho que o Legislativo dedicasse um artigo de efeito anulatório de um ato ou omissão oriundos dele próprio. Posta assim a questão é de se dizer que a inconstitucionalidade, afinal, é, supostamente, um erro (vício formal), do legislativo diante de princípios expressos na Constituição. Vez que essa é uma das funções mais eminentes do Poder Judiciário: zelar pela lei, pela Constituição e, em geral, o controle de constitucionalidade.

Segue-se daí que é uma omissão constitucional, a rigor ou vigor do termo. Há, ainda, a omissão viciosa, por exemplo, que parece denotar alguma proteção maculada de direitos patronais contra direitos fundamentais do cidadão, ou contra a ordem social. A letra da nossa Constituição, ao lado de outros artigos da CLT, delega poderes à justiça do trabalho para impetrar a injunção. É o que reza o art.105, I, a) e, sobretudo, h). O artigo 105 dispõe, em geral, a competência do STJ para processar e julgar, originariamente:

“a) Nos crimes comuns, os Governadores do Estado e do DF, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça

dos Estados e do DF, os membros dos tribunais de contas dos Estados e do DF, os TRFs, os TREs e do Trabalho (grifos meu), os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais”.

No mesmo art. 105, I, h), a injunção é nomeada expressamente:

“O MI, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho (grifos meus) e da Justiça Federal”.

Esta última alínea está se referindo expressamente à elaboração de norma regulamentadora.

É evidente que não se trata de norma expressa por lei infraconstitucional, mas de omissões legais, em virtude das quais ficam autorizados os órgãos referidos a elaborar regulamentação própria diante de situações concretas. Isto fica ainda mais evidente pelo art.114. Primeiro, o artigo define a competência geral da Justiça do Trabalho:

“Art.114. Compete à JT conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do DF, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento das próprias sentenças, inclusive coletivas”.

E o parágrafo 2º: 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, inclusive era facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, hoje não mais, mas, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições (grifo meu), respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A forma do art. 114, em seu enunciado geral, restringe a competência dos órgãos por ele referidos à “forma da lei” (ver supra). Mas o parágrafo 2º atribui competência normativa à JT, apenas frisando que devem ser “respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”. O que quer o inciso dizer com essa ressalva não é muito claro. Em última análise, a proteção do trabalho, do cidadão, dos sindicatos etc., está estabelecida na CR no âmbito

dos direitos fundamentais nela insculpidos. Fora o caráter declaratório de tais direitos, estes, uma vez expressos, não constituem simplesmente normas, mas normas-princípios, pilastras de sustentação do próprio Direito pátrio. Violado, na relação empregador-empregado, qualquer desses direitos, e não se poderá negar as disposições normativas, aliás, básicas ou estruturais, de proteção ao trabalho. Não pode ser considerada incoerência do sistema, que atrela o Juiz à letra da lei, a dedução, a partir de uma norma-princípio, de uma regra particular, ad hoc, justamente para fazer valer as normas cardeais da Constituição da República.

Querer impedir esse manejo do direito por parte do juiz se traduziria em querer obstruir a justiça. Evanna Soares, sobre os tópicos de que estamos tratando (num passo que já citamos antes parcialmente), afirma que:

“(...) se os juízes, devidamente provocados, já estivessem decidindo nessas situações e preenchendo as lacunas, o legislador federal, certamente, não estaria se demorando tanto em regulamentar tais direitos, pois o próprio Congresso Nacional, pressionado pelas entidades representativas dos direitos patronais, cuidaria de dar preferência à votação de projetos de lei respectivos” (Op. cit.).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art.8º, também estabelece, em termos semelhantes ao art.5º da LINDB, que:

“As autoridades administrativas e a JT, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (grifos meu)”.

O art. 8º é sucedido de um § ú, que reza: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. O que o ar. 5º da CLT estabelece, em última análise, que os interesses “públicos” (entenda-se, os interesses dos cidadãos, de pessoa física ou jurídica em relação com as garantias constitucionais) devem prevalecer diante de interesses privados(a provocação é que a LRT não pode suprir tais direitos e garantias adquiridas), por exemplo, de exclusividade de empregadores e que não mereçam, no sentido da existência da própria lei (que não existe apenas para Sócrates e Platão), serem desfrutados senão com prejuízos da ordem pública e do bem comum.

O princípio em questão é o princípio da isonomia e da justiça distributiva, as quais têm em vista, uma vez declaradas na Constituição, a defesa de princípios ou direitos fundamentais contra interesses meramente privados, que, uma vez prevalentes, comprometeriam a própria ordem jurídica e a garantia de direitos fundamentais. O sentido dado no parágrafo único ao termo “fonte” se refere a uma regra que possa ultrapassar a letra específica da lei para defender interesses “comuns”. “Comum” é o contrário “privado”, quando este é reduzido à defesa de interesses que comprometeriam flagrantemente o bem comum. De qualquer maneira, é inevitável considerar que, quando o citado art.8º da CLT (“na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito”) se refere a princípios do direito, não está mencionando nada mais nada menos que direitos e garantias constitucionais.

O artigo 852-I, §1º da Lei nº 9.957/2000, estabelece:

Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorrido em audiência, dispensado o relatório. § 1º O juízo adotarà em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. (grifo meu).

Novamente, o artigo acima referido confere à Justiça do Trabalho competência legislativa. Caso contrário, o que estaria dizendo o passo segundo o qual a sentença “mencionará os elementos de convicção do juízo”, ou que o juízo “adotarà em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime”, inclusive “atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”? A menção de “fins sociais” nos fala de direitos que ultrapassam a norma regulamentadora, a qual deve ser integrada pelo magistrado diante de omissão legal.

Por outro lado, adotar “em cada caso” o que o juízo reputar mais justo remete o magistrado diretamente ao caso concreto para fazer valer, a seu respeito, a decisão mais justa, mais de acordo com a garantia de direitos fundamentais. Evanna Soares (SOARES, 2006, p.9) alega que:

“(…) não se pode esquecer que o poder estatal é uno: o que se divide são as suas funções (...). Outrossim, que a função legislativa não é exclusividade do Poder Legislativo, encontrando-se, no próprio texto constitucional, o seu deferimento ao Poder Executivo, por exemplo, no art.84, VI e XXVI, e, também, ao próprio Poder Judiciário (art.96, I, “a” – elaboração dos regimentos internos)”.

Poderíamos levantar uma dúvida sobre citar a competência para elaborar regimes internos como exemplo de manejo da atividade legislativa por outros órgãos além do legislativo, pois, com efeito, tal é facultado a uma infinidade de pessoas jurídicas de direito público e privado, como condomínios, empresas de capital privado e público, associações, etc. Pensamos que a questão não está exatamente aí. A unidade do poder estatal nos fala de uma separação e, também (o que não pode ser esquecido), uma complementaridade entre os Poderes.

A ideia de um absolutismo legal já está há muito superada pela teoria do Estado, havendo larga tendência da doutrina em sustentar que o Judiciário possui função suplementar em relação à precípua função do Poder Legislativo, salvo alguns autores que insistem na intransigência da rigidez (Kelsen). Creio ser essa, basicamente, a expressão do art. 3º da Constituição da República, quando este se refere aos três Poderes como “independentes e harmônicos entre si”.

A harmonia pode estar subentendendo a complementaridade entre os poderes. Isto não é exatamente, como discutem alguns autores, uma judicialização da política. Isto já está posto na própria definição do Estado de Direito, que atrela a compreensão do Estado ao direito, colocando este último como princípio norteador da ordem política, com o intuito evidente de evitar o desvio do Estado para eventuais interesses políticos dos governantes.

É isto que faz a justiça norte-americana, quando dá margem ao Judiciário para interpretar abertamente as normas do Estado Constitucional para a garantia de direitos fundamentais, o mesmo ocorrendo com o Direito Constitucional brasileiro, a partir dos artigos que citamos, entre outros. Quanto à menção, na citação de Evanna Soares, do art. 84 da CRFB, sobretudo no seu inciso XXVI, que dispõe a função de “editar medidas provisórias com força de lei” ao Presidente da República, ela está exata. Se o princípio da rigidez entre os poderes for ponto doutrinário rígido da nossa visão constitucional, o referido inciso não poderia compor a nossa Constituição, pois envolveria uma contradição no nosso sistema, bem como o seriam todas as atribuições “legislativas” complementares atribuídas ao judiciário.

CONCLUSÃO

Não é mansa e pacífica a questão, todavia, procurei responder o problema inicial, as questões norteadoras do objetivo geral, objetivos específicos, às

indagações de “a” à “h” que focavam na aplicabilidade do MI, na JT, a priori e a posteriori à lei 13.300 de 2016.

Certo de não ter conseguido responder todas as indagações, assim como as dúvidas que foram erigindo no caminho. Porém, não tive pretensão de esgotar o assunto; todavia colaborar, dialogar, comparar, aproximar teses, antíteses e sínteses sobre a injunção. Em suma, fui norteado pela *maiêutica* de Sócrates, para somar as premissas, possíveis proposições sobre os institutos da Injunção no ordenamento pátrio. Certos de que a verdade absoluta, definitiva, não existe, ou não me interessa. Todavia, portanto, foquei na busca, joguei luz para a solucionar o problema, que foi fundamental, para estabelecer um diálogo - em prol do rito jurídico para respostas consistentes. Confesso, que não tive a intenção de criar paradigmas incomensuráveis, teorias universais, mas se ocorrer, se darão naturalmente, pelo processo permanente e inesgotáveis das buscas acadêmicas, corrobora para isso a hermenêutica jurídica e o amplo direito. Fugi aqui, do viés cientificista visto pelos epistemólogos/físicos do Círculo de Viena (1900).

Pois aqui, o amplo direito é plural, possibilitando a metafísica agir por si. Evidencie, inequivocamente, que o Direito lido pela Filosofia contempla também, enquanto umas das disciplinas, da seara das Ciências Humanas e Sociais, lido como Direitos Humanos e suas variáveis, é claro, aplicadas a praxes, de uma espécie dialética jurídica, para se ler o caso concreto. E se a metafísica ainda me permite dizer. Sendo conferida, nessa interface, a função de ampliação e aprofundamento da base conceitual e construção de argumentos pelo raciocínio jurídico. Oportuno se torna também dizer, que à luz das leituras dos operadores do direito constitucional, exímios escritores Dr. Pedro Lenza e Dra. Flávia Bahia, assim como na orientação humanizada do professor Dr. Alexandre Dantas (Café), como também nas anotações das aulas e livros dos irmãos processualistas Dr. Rodolfo e Dr. Guilherme K. Hartmann. As amarras foram se desfazendo, e se concatenando num estado de coisa pormenorizado, parafraseando o comemorado filósofo Wittgenstein. Ademais, inadequado seria esquecer, a colaboração fundamental de alguns colegas da filosofia, Dr. Márcio Paixão, e do direito, Dr. Ricardo Damasceno, estudiosos atentos, trouxeram-me luz - além da clareza aos estudos, confiança e certa tranquilidade. Que fique aqui, registrado minha gratidão!

Entretanto, no que tange a provocação principal, mister se faz ressaltar, ao analisar o artigo 5º, LXXI, da Constituição da República, trazê-lo à luz a

hermenêutica em tela, não é tão fácil e simples. Percebi, no entanto, que, se bem interpretado, é improvável que a competência atribuída pelo art. 5º para impetração da Injunção conceda tal instituto exclusivamente ao legislativo, pois, como vimos, é mais coerente com a letra do artigo que a concessão esteja sendo feita ao Poder Judiciário, com todo cuidado, para não virar uma equivocada “lava-jato”. Entretanto, há que se falar que a atual interpretação concretista do STF é a que mais se coaduna com o que foi exposto aqui, visto que os artigos 105, 114, 127, da CR, que se lê ao lado de artigos como o de nº. 852-I, §1º da Lei nº 9.957/2000 e o art. 5º da CLT. Nos possibilita pensar deste modo. Concordamos com Pedro Lenza (2017), em comentário a Dirley da Cunha Júnior, Controle das omissões do Poder Público, p.553, onde alerta sobre a temática, certo de que nos atrai para omissões do poder público; observa que o mandado de injunção foi concebido como instrumento para controle concreto, ou incidental de constitucionalidade da omissão que se volta para tutela dos direitos subjetivos. Pois, não podemos perder de vista, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi idealizada como instrumento para controle abstrato ou principal de inconstitucionalidade por omissão. Empenhado na defesa objetiva da Constituição pátria. Isso posto, o autor nos confirma (distingue) que, o MI se caracteriza como garantia individual, enquanto a ADO é em prol a garantia da CR, (2017, p.1232).

Posta assim a questão, é de se dizer, que evitei a discussão sobre instâncias judiciárias competentes para impetrar a Injunção em cada caso a caso. Vez que, isso poderia ficar para desenvolvimento posterior. E estou certo que sim! Cabe ressaltar que neste singelo ensaio mostrar que, independentemente da instância, a Injunção é realmente concedida pela Carta Magna ao Poder Judiciário, mas, há algumas controvérsias em seu entorno.

Com isto, espero contribuir de algum modo, com a provocação, e principalmente, alertar o quanto é fundamental minimizar essa tendência do Legislativo monopolizar o direito e dificultar, assim, a atividade dos operadores do direito de fato.

Afinal, é indubitável que a concepção do Estado de Direito traz o Direito como a base de sustentação do Estado Moderno e, particularmente, a base do Estado Brasileiro definido constitucionalmente como “Democrático de Direito”, conforme consta do art. 1º da CRFB. Tal é, aliás, uma das funções mais eminentes do Poder Judiciário, sob pena de se tornar mais um instrumento para o império da política sobre o direito ad hoc.

A neutralidade da Justiça exige um controle permanente do direito sobre a política, de modo a ficarem preservadas as prerrogativas e os direitos fundamentais do cidadão. O Brasil é um país que ainda deixa muito a desejar nesse sentido.

É bem verdade que a Lei 13.300/2016 surgiu como forte instrumento de efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada. Além de possibilitar ao trabalhador (cidadão) o exercício pleno de direitos obstaculizados pela inércia do legislador (que dá anima, quase sempre, a “lei do Gerson”). É, sem dúvidas, um avanço significativo no nosso ordenamento, uma vez que decisões confusas e contraditórias entre si darão lugar a um procedimento mais claro, e adaptado às novas demandas sociais que exigem rápidos pronunciamentos do Poder Público. Assim humildemente acredito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGON, Célio da Silva. Mandado de injunção. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=125>>.
- BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2006.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Guarulhos-SP: Saraiva, 2020.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Internet, sítio: http://www.dji.com.br/diversos/indexp_2-legis.htm.
- BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Petições e prática civil. RKH & Guilherme Kronemberg Hartmann. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. 384p.; 17 x 24cm. ISBN:97-85.7626-910-6.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro lenza-21. Ed-São Paulo Saraiva. 2017 (Coleção esquematizada).
- MACIEL, L.E da Silva. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO EM JUSTIÇA TRABALHISTA. TCC (monografia orientada pelo professor Dr. Alexandre Dantas), UNESA 2017.2
- PACHECO, Nívea Maria Dutra Pratica Simulada V (CÍVEL) Rio de Janeiro: SESES, 2015. 216p.: IL.
- POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Considerações sobre o Mandado de Injunção, equidade, e a Justiça do Trabalho no Brasil

PINTO, Luciana Teixeira da Silva. Mandado de injunção e a nova visão do Supremo Tribunal Federal. In: http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1120

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo (XIII edição). São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica Jurídica (1ª edição, vol. IV). São Paulo: Brasiliense, 1985.

SOARES, Evanna. Mandado de Injunção na Justiça do Trabalho. Internet, sítio: www.prt22.mpt.gov.br/trabevan.htm.

AS LACUNAS JURÍDICAS E SEUS MEIOS SUPLETIVOS

Reis Friede¹

Resumo: o ordenamento jurídico constitui-se em um sistema de normas jurídicas, do que se infere que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas se relacionam umas com as outras, formando um *sistema* provido dos *atributos* da *unidade*, *coerência* e *completude*. Por *completude*, segundo BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Por sua vez, a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, problema que, nos termos da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de ser solucionado através dos mecanismos supletivos: *analogia*, *costume* e *princípios gerais do Direito*.

Palavras-chave: lacuna; analogia; costume; princípios gerais do Direito.

Abstract: the legal order constitutes itself as a system of legal standards, which makes us infer that these standards are not singly arranged, but relating to each other, forging a *system* provided with the *attributes* of *unity*, *coherence* and *completeness*. The term *completeness*, according to BOBBIO, “is understood as the quality of the legal order that has a rule for each case”. On the other hand, the lack of a rule is traditionally called *gap*, a problem that, according to the current Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), has to be solved through one of the supplementary mechanisms: *analogy*, *custom* and the *general principles of Law*.

Keywords: gap; analogy; custom; general principles of Law.

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. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico, caracterizado por sua complexidade intrínseca, pode ser traduzido, em linhas gerais, como um *conjunto de normas jurídicas*. Não obstante a simplicidade de tal definição, trata-se de expressão que abrange muito mais elementos, independente das diversas naturezas e classificações que se lhe possam atribuir (FERRAZ JR., 2015, p. 139-140).

No preâmbulo do capítulo I da obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo teórico a ser desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*, não obstante a existência de normas das mais variadas naturezas temáticas (constitucionais, processuais, penais, civis, administrativas, eleitorais, tributárias, ambientais, etc). Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada (assunto a ser abordado no âmbito da *Teoria da Norma*), mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*, vocábulo que, segundo argumenta SOARES (2013, p. 111), pode ser semanticamente definido como “toda ordenação racional de elementos naturais ou sociais, a qual pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões”, quais sejam, o *repertório* (elementos que integram o sistema) e a *estrutura* (padrão de organização dos referidos elementos sistêmicos).

BOBBIO, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de BOBBIO para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*. Afinal, conforme afirma o autor italiano, o ordenamento jurídico, “além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*”. Igualmente considerando o caráter sistêmico inerente ao ordenamento jurídico, KELSEN (1987, p. 207),

na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma *norma fundamental* formam um *sistema de normas*, uma *ordem normativa*”. Nota-se, portanto, que KELSEN e BOBBIO procuram demonstrar que o fenômeno jurídico não é representado apenas pela norma particularmente concebida, mas também por um autêntico sistema normativo.

A doutrina nacional também alude a tal caráter sistêmico do ordenamento jurídico, atributo assinalado, por exemplo, por SILVA (2015, p. 35), mormente quando afirma que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo, portanto, em um “sistema normativo”, fenômeno que se operou ao longo do tempo, conforme explica (LAFER, 1988, p. 39).

2. O PROBLEMA DAS LACUNAS

Com o surgimento do Estado moderno, fundado no primado da lei, pretendeu-se, entre outros aspectos, construir um sistema jurídico cujas regras positivas fossem suficientemente abrangentes, de modo a abarcar todas as situações jurídicas passíveis de serem estabelecidas no âmbito das relações intersubjetivas. Tal aspiração revela uma verdadeira utopia do ser humano, dada a incontestável impossibilidade de o Direito estatal (por mais desenvolvido que possa ser) prever (e regular) o amplo universo das relações sociais dotadas de relevância jurídica, sobretudo se considerarmos que o legislador, enquanto ser falível e limitado no que se refere ao poder de previsão, não consegue acompanhar *pari passu* a dinâmica transformadora da realidade social. Assim, não raro aparecem casos desprovidos de previsão normativa, originando as denominadas *lacunas*, tema em torno do qual paira interessante discussão, conforme registrado por FERRAZ JR..

“Historicamente, o problema das lacunas surge como questão teórica desde o momento em que a ideia de sistema impõe-se à concepção do ordenamento. Ela é, portanto, fruto da Era Moderna, da centralização e do monopólio da violência nas mãos do Estado e, conseqüentemente, do domínio sistemático da produção de normas, bem como da onipresença do legislador em relação a todos os comportamentos socialmente possíveis.” (FERRAZ JR., 2015, p. 178)

O termo *lacuna*, para DINIZ (2002, p. 70) pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. Ainda segundo a mesma autora (DINIZ, 2001, p. 10), constitui-se a *lacuna* em um estado incompleto do sistema, defeito que necessita ser colmatado, do que resulta a importante missão a ser desempenhada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), regra que concebe ao “magistrado, impedido de furtar-se a uma decisão, a possibilidade de integrar ou preencher a lacuna, de forma que possa chegar a uma solução adequada”. Tal providência, que a doutrina convencionou chamar de *integração normativa*, caracteriza, em última análise, o “desenvolvimento aberto do Direito, dirigido metodicamente, em que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações da vida, chegando a apresentar, na ordem normativa, omissões concernentes a uma nova exigência da vida”.

Com efeito, identificada uma *lacuna*, cumpre ao intérprete solucioná-la, devendo, para tanto, proceder nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assim explicados por GUSMÃO:

“Mas, como proceder o juiz no caso de lacuna? Primeiro, servindo-se do processo de auto-integração ou de expansão do ordenamento jurídico, isto é, da *analogia*. Processo aplicável a qualquer campo do Direito, menos no Direito Penal nos países que acolhem o *princípio de legalidade*: não há crime ou pena sem lei penal que expressamente o preveja de antemão. Feita essa ressalva, pode-se dizer que muitos casos não previstos pelo legislador podem ser resolvidos com recurso à analogia, desde que o intérprete encontre no sistema jurídico, ou seja, no Ordenamento Jurídico, hipótese semelhante à *sub judice*. É, pois, a *analogia* processo de aplicação de um princípio jurídico estatuído para determinado caso a outro que, apesar de não ser igual, é semelhante ao previsto pelo legislador, ou, mas singelamente, *extensão do tratamento jurídico, previsto expressamente na lei para determinado caso, a um semelhante, não previsto*. [...].

Mas nem sempre pode ser encontrada norma reguladora de caso semelhante. Não havendo, segundo nosso Direito e nossa doutrina, o juiz deverá decidir o caso pelos *princípios gerais do Direito*.” (GUSMÃO, 2000, p. 237)

Oportuno mencionar que em relação ao emprego da analogia em Direito Penal, segundo pacífica doutrina penalista, a vedação acima referida por GUSMÃO somente alcança a analogia *in malam partem* (prejudicial ao réu), nada impedindo que se utilize a analogia *in bonam partem* (favorável ao réu).

3. O DEBATE SOBRE A EXISTÊNCIA DE LACUNAS NO DIREITO

Situando a importância do assunto ora abordado, STRECK (2007, p. 104-105) comenta que “a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito” adquire relevância, fundamentalmente, sob dois pontos de vista. De início, segundo assevera STRECK, o debate em torno da questão “é importante para a própria Dogmática Jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte entendimento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado”; ademais, prossegue o ilustre professor, atua como “argumento desmistificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar” nos termos dos arts. 4º da LICC [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] e 126 do [antigo e ora revogado] CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico”.

O texto da lavra de STRECK demonstra que o tema ora desenvolvido é objeto de controvérsia na doutrina. Assim, no âmbito da mesma questão, DINIZ (2001, p. 94) assevera que alguns autores rejeitam a existência de lacunas no sistema em si, sob o principal argumento de que o ordenamento forma um todo orgânico suficientemente capaz de disciplinar todos os comportamentos humanos. Em contraposição, outra concepção doutrinária sustenta que o sistema, por mais perfeito que possa ser, não consegue prever todas as situações fáticas que constantemente ocorrem na realidade social, admitindo, pois, o fenômeno das lacunas no âmbito do próprio sistema jurídico. DINIZ, de sua parte, não concorda com a perspectiva teórica que concebe o sistema normativo como algo fechado, hermético, entendimento que, em linhas gerais, funda-se no princípio segundo o qual “tudo que não está proibido, está permitido”. Depreende-se, portanto, que a referida autora, ao rejeitar o dogma que pugna plenitude do ordenamento jurídico, acaba por admitir a ocorrência de lacuna no próprio Direito.

“Não as aceitamos porque, no nosso entender, esse princípio não constitui uma norma jurídica positiva, não conferindo, portanto, direitos e obrigações a ninguém, sendo, assim, um mero enunciado lógico, inferido da análise do sistema normativo.

Considerado sob o prisma da linguagem, seria uma metalinguagem, porquanto se dirige a linguagem-objeto, sendo, nesse sentido, uma proposição descritiva, formal ou lógica, isto é, analítica, posto que não se refere ao mundo fático. O que vem a comprovar, uma vez mais, a falta de normatividade do referido dogma. Com isso, essas teorias fracassam no empenho de sustentar que todo o sistema jurídico é uno, completo, independente e sem lacunas, pois concebe o Direito sob uma perspectiva estática.

Todavia, é importante assinalar [...], a diferença entre o postulado da plenitude, de acordo com o qual todos os sistemas jurídicos são completos, e a exigência de que o sejam. O postulado é uma mera ilusão que, não obstante, desempenha um papel ideológico definido no pensamento jurídico; a sua exigência responde a um ideal puramente racional, independente de toda atitude política. A exigência da completude é caso especial de um princípio mais geral, inerente a toda investigação científica enquanto atividade racional. [...].

É de se ver, portanto, que a teoria das lacunas não deve ser analisada sob uma orientação estática do Direito, porque isso traz como consequência uma visão errônea do fenômeno. O Direito deve ser considerado sobre o prisma dinâmico, em constante mutação, sendo, assim, lacunoso, no nosso entendimento.” (DINIZ, 2001, p. 96 e 99)

KELSEN, lembrado por DINIZ (2001, p. 100), igualmente rejeita a ideia “de lacunas no sistema, pois todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado – num sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica”, disso resultando “o caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo”. Na concepção de KELSEN, consoante afirma DINIZ, “as normas que o compõem contêm, em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes”.

Ainda no que se refere ao mesmo debate, DINIZ (2001, p. 99-100) anota que uma parte da doutrina, ao examinar o problema em epígrafe, considera as lacunas jurídicas como uma questão pertinente ao *âmbito processual*, uma vez que, segundo tal entendimento, tais figuras “somente surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.

Ademais, fundamentando-se no princípio da proibição do *non liquet*, há quem recuse até mesmo a própria existência de lacunas, sob o principal argumento de que existem pessoas (vale dizer, os juízes) encarregadas e obrigadas a prover uma solução para toda e qualquer questão jurídica, por mais inédita que possa ser.

Não obstante os entendimentos anteriormente citados, não há como negar a efetiva existência de lacunas no Direito, posto que, conforme bem explica DINIZ (2000, p. 443), “se não se admitisse o caráter lacunoso do Direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, em um dado momento, não mais teria qualquer função”, tendo em vista que “todas as condutas já estariam prescritas”, mormente diante do princípio pelo qual o que não está *proibido*, está *prescrito*.

Da mesma forma, a tese segundo a qual não há lacunas porque há juízes não merece acolhimento, notadamente se considerarmos que a função do magistrado, neste particular, é justamente identificá-las e colmatá-las, criando apenas uma norma de caráter individual, permanecendo intacta a lacuna constatada na lei, uma vez que “o caso *sub iudice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos”.

4. ESPÉCIES DE LACUNAS

Consoante leciona BOBBIO (1999) a doutrina, de um modo geral, alude às seguintes espécies de lacunas:

a) *Lacuna própria* (*real* ou *de iure condito*; inerente ao Direito já estabelecido), isto é, lacuna do sistema ou dentro do sistema, e *lacuna imprópria* (*ideológica* ou *de iure condendo*; pertinente ao Direito a ser estabelecido), ou seja, que deriva da comparação do *sistema real* com o *sistema ideal*, ambas distinguidas da seguinte forma:

“A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo Ordenamento Jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade.” (BOBBIO, 1999, p. 107)

Outra diferença possível de ser apontada, segundo as lições do professor BOBBIO, reside no modo pelo qual podem ser decididas cada uma das aludidas

espécies. Assim, a *lacuna imprópria* somente é solucionada “através da formulação de novas normas”, sendo resolvível pelo legislador; a *lacuna própria*, por sua vez, resolve-se mediante “as leis vigentes”, preenchidas por obra do intérprete.

De qualquer modo, delimitando o âmbito do estudo sob comento, BOBBIO (1999, p. 144) adverte que “quando se diz que o sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias”, ou seja, o “problema da completude do Ordenamento Jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias”.

b) *Lacuna objetiva* (“aquela que depende do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam o envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, independe da vontade do legislador”) e *lacuna subjetiva* (“que depende de algum motivo imputável ao legislador”) (BOBBIO, 1999, p. 144). A *lacuna subjetiva*, por sua vez, divide-se em *lacuna voluntária* (“aquela que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito miúdas”, razão pela qual “é melhor confiá-la, caso por caso, à interpretação do juiz”) e *lacuna involuntária* (que decorre de um “descuido do legislador, que faz parecer regulamentado um caso que não o é, ou faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc.”) (BOBBIO, 1999, p. 144).

c) *Lacuna praeter legem* (“quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade”) e *lacuna intra legem* (“que tem lugar, ao contrário, quando as normas são muitos gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher”) (BOBBIO, p. 144).

Em adição, DINIZ, recorrendo-se de substancial doutrina estrangeira sobre o tema, refere-se às seguintes espécies de lacunas:

d) *Lacuna autêntica* (“quando, a partir de uma análise da lei, é impossível a obtenção de uma decisão a um caso concreto”, figura que, segundo a mencionada autora, corresponde efetivamente a uma *lacuna jurídica*) e *lacuna inautêntica* (“quando o fato-tipo está previsto em disposição legal, mas a solução possível é tida como insatisfatória ou falsa”, configurando, assim, somente uma *lacuna política*), classificação apresentada por ZITELMANN (DINIZ, 2007, p. 84).

e) *Lacuna de lege ferenda* (também chamada de *lacuna político-jurídica, crítica*

ou *imprópria*, é aquela que existe do “ponto de vista de um Direito mais perfeito”, razão pela qual apenas pode motivar o Legislativo a reformulá-lo, mas não o Judiciário a uma colmatção da referida lacuna) e *lacuna de lege lata* (lacuna no Direito vigente, passível de ser, portanto, colmatada), esquema classificatório retratado por ENGISCH (DINIZ, 2002, p. 84).

f) Assevera DINIZ (2002, p. 86-87) que a classificação estabelecida entre *lacunas autênticas* e *lacunas inautênticas* pode ser desdobrada nas seguintes vertentes: *lacuna voluntária* ou *intencional* (“a que o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas excessivamente minuciosas”) e *lacuna involuntária* ou *não-intencional* [“a que pode surgir quando o elaborador da norma não observou o Direito cabalmente”, seja porque a matéria não existia na época (*lacuna desculpável*), seja porque não examinou o caso corretamente (*lacuna indesculpável*)].

g) *Lacuna normológica* (“pertinente à ausência de normas requeridas por outras”) e *lacuna dikelógica* (“que ocorre na falta de normas requeridas pela justiça”). Esta, por seu turno, pode ser classificada em *lacuna direta* (“se tal omissão se deve a motivos históricos em que o legislador não pôde prever a necessidade das normas”) e *lacuna indireta* (“se as normas existentes são tão injustas que não podem ser aplicadas”), modelo classificatório atribuído a WERNER GOLDSCHMIDT (DINIZ, 2002, p. 87).

h) *Lacuna transcendente* (“ausência total de regulamentação de um fato social”) e *lacuna imanente* (“que existe dentro da Ordem Jurídica, enquanto esta disciplina uma determinada questão e não outra que se encontra intimamente correlacionada com ela”).

i) *Lacuna primária* ou *originária* (“existente na Ordem Normativa desde o momento de sua gênese”) e *lacuna secundária, derivada* ou *posterior* (“a que aparece posteriormente, seja em consequência de uma modificação da situação fática ou de aparecimento de figuras contratuais que não se encaixem nos tipos jurídicos predeterminados de um sistema, ou devido a uma mutação de valores em relação à Ordem Jurídica”), distinção assinalada pela doutrina alemã (DINIZ, 2002, p. 88).

j) *Lacuna deontológica* [que corresponde a uma “inadequação da Ordem Normativa ao *dever-ser* (*Sollen*)”] e *lacuna ontológica* [que corresponde a uma

“inadequação da Ordem Normativa ao *ser (Sein)*”]. Da *lacuna deontológica* resulta a *lacuna ideológica* (“relacionada a um critério transcendente, isto é, *extrínseco* à Ordem Jurídica, expressando a ausência de uma qualificação *justa* de um comportamento e a presença de uma norma que difere daquilo que se estima como *justo*”) e a *lacuna teleológica* ou *técnica* (“que apresenta uma inadequação da Ordem Normativa a um fim *imane*nte à própria ordem, contendo uma ausência de eficácia”). De igual modo, a *lacuna ontológica* pode se apresentar sob a forma de *lacuna crítica* (“quando for impossível uma avaliação deontica de um comportamento de acordo com a norma, devido a incompletude da Ordem Jurídica”) ou *lacuna diacrítica* (“que deriva da impossibilidade de uma decisão ou de uma resolução para o caso concreto controvertido”). No que se refere a tal vertente classificatória, cuja elaboração é conferida a AMEDEO CONTE, esclarece DINIZ (2002, p. 89-90) que “as *lacunas ontológicas* e as *deontológicas ideológicas* são lacunas do Direito, ao passo que as *lacunas deontológicas teleológicas* são lacunas no Direito”.

l) DINIZ (2002, p. 86-87) refere-se, ainda, a uma classificação apresentada por ULRICH KLUG:

“Bastante interessante é a classificação proposta por ULRICH KLUG, tendo por base a consideração do problema das lacunas como uma inadequação entre um sistema de normas **N**, e um conjunto de fatos **S**, classificando as lacunas do seguinte modo: *lacunas verdadeiras* e *lacunas não-verdadeiras*. Ter-se-iam as primeiras quando a solução para o estado de coisas **S** falta no sistema normativo **N**, e as segundas quando **S** é disciplinado por **N**, porém a solução é tida como *falsa*, porque não satisfaz; *lacunas intencionais* e *não-intencionais*, que, no mesmo sentido abordado anteriormente, dependem da vontade do legislador; *lacunas primárias* e *secundárias*, sendo as primeiras já existentes por ocasião do nascimento do sistema normativo **N**, e as segundas as que se manifestariam mais tarde; *lacunas da lei* e *do Direito*, que se distinguem se se admitir a existência de dois sistemas normativos **N1** e **N2**, onde **N1** seria a ordem legal positiva, e **N2**, uma ordem de direito supralegal, e as lacunas surgiriam, no primeiro caso, como a falta de norma no sistema **N1**, e no segundo, como a ausência de norma do sistema **N2** supralegal; *lacunas provisórias da lei*, que apareceriam, admitindo-se a referida existência dos sistemas **N1** e **N2**, onde a falta de norma no **N1** é preenchida por norma de **N2**; *lacunas imanentes* e *transcendentes*, que requerem a consideração de dois sistemas de normas, sendo imanente a oriunda de uma falha no

sistema **N1** e transcendente a advinda do **N2**, considerando-se que o conjunto de fatos **S** esteja apenas disciplinado por **N1**." (DINIZ, 2002, p. 92-93)

m) ULRICH KLUG, citado por DINIZ (2002, p. 93), aduz, ainda, às *lacunas de conflito*, as quais corresponderiam a uma "contradição de duas normas de um sistema normativo, sem que se possa saber qual dessas proposições deverá ser aplicada ao caso singular", dando origem, no entender de KLUG, à chamada *antinomia real*, "isto porque, em sendo contraditórias, as normas se excluem reciprocamente, obrigando o magistrado a solucionar o caso segundo os critérios de preenchimento de lacunas".

n) ZYGMUNT ZIEMBINSKI, por sua vez, alude à *lacuna lógica* ("aquela que ocorre em caso de antinomia"), *lacuna axiológica* ("na hipótese de lacuna de *lege ferenda*") e *lacuna de construção*, que seria a "verdadeira lacuna, surgindo quando houver uma omissão nas normas de organização de um sistema legal", configurando, assim, na ótica do citado autor, uma autêntica lacuna (DINIZ, 2002, p. 94).

o) KRINGS, de sua parte, traz à baila mais uma classificação sobre o tema, a saber: *lacuna externa* (que se situa fora do sistema legal, requerendo, para efeito do respectivo preenchimento, a extensão do sistema ao caso concreto não previsto, recorrendo-se, por exemplo, ao emprego da analogia) e *lacuna interna* (aquela que se apresenta dentro dos limites do sistema legal, requerendo a devida colmatação, e que "surge quando a lei emprega alguns termos, sem, contudo, fornecer sua definição, ou seja, quando tal lei é ambígua, obscura ou imprecisa") (DINIZ, 2002, p. 95).

p) DINIZ (2002, p. 95) menciona, ademais, a seguinte classificação assinalada por BETTI:

"*lacunas ínsitas ab origine* na norma ou supervenientes com o decurso do tempo ao modificarem-se as relações; lacunas resultantes da falta de valorações normativas, daquelas de que se deduz a máxima de decisão (*lacunas de valoração*) ou de sua inadequação no tratamento jurídico; lacunas dependentes de definições totais ou parciais de quaisquer elementos do tipo legal ou do estatuído no preceito (*lacuna de previsão*); *lacunas dependentes da alternatividade*, isto é, decorrentes de mudanças de relações fáticas; *lacunas de colisão*, que supõe a exigência de uma adequação e de um ponto de acordo das normas existentes com a sobrevida." (DINIZ, 2002, p. 95)

q) Por fim, DINIZ (2002, p. 95), ante o dinamismo inerente ao Direito, propõe a seguinte classificação: *lacuna normativa* (“quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso”), *lacuna ontológica* (“se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anciloso da norma positiva”) e *lacuna axiológica* (“no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta”).

5. INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Ao abordar o tema em epígrafe, FERRAZ JR. (2015, p. 262-263) assevera que a “constatação de um possível descompasso entre o Direito Positivo e as necessidades sociais trouxe à tona a questão da lacuna” e, por conseguinte, a reflexão a respeito dos modos através dos quais se procede à integração do Direito.

A doutrina, de um modo geral, reconhece que o Direito brasileiro contempla dois mecanismos por meio dos quais, sob o *prisma dinâmico*, completa-se o ordenamento jurídico: a *auto-integração* e a *heterointegração*.

Auto-integração “consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante” (BOBBIO, 1999, p. 147), sendo a *analogia* o procedimento típico (DINIZ, 2002, p. 139).

Por sua vez, heterointegração, consoante as lições de BOBBIO (1999, p. 146-147), e de acordo com a terminologia adotada por CARNELLUTI, traduz a integração realizada através do recurso a ordenamentos distintos, bem como a *fontes diversas* daquela que é dominante. Era o caso, historicamente notado por BOBBIO (1999, p. 147), em que o juiz, deparando-se com uma lacuna no Direito Positivo, recorria ao Direito Natural – concebido, durante o predomínio das correntes jusnaturalistas, como um sistema *perfeito* –, posto que uma das funções deste era exatamente preencher os vazios daquele (caracterizado, ao contrário, por ser um sistema *imperfeito*). Conforme lembrado por BOBBIO, o art. 7º do Código Civil Austríaco (1812) previa que “nos casos dúbios, que não podem ser resolvidos com normas de Direito Positivo, o juiz deve recorrer aos princípios do Direito Natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*)”.

Segundo a doutrina contemporânea, o *costume jurídico* e a *equidade* são exemplos de recursos a serem empregados quando do manejo da técnica da heterointegração, havendo dissensão quanto aos princípios gerais de Direito, os quais, de acordo com o entendimento de DINIZ (2002, p. 139) “podem ser tidos como auto-integração (*analogia juris*) e como heterointegração (recurso aos princípios de Direito Comparado)”, embora a autora os considere “como instrumentos heterointegrativos”.

6. MEIOS SUPLETIVOS DAS LACUNAS

Meios supletivos das lacunas são os procedimentos através dos quais o intérprete preenche a lacuna detectada. Pressupõe, portanto, que o operador haja lançado mão de todas as regras de interpretação postas à sua disposição e, ainda assim, não tenha conseguido identificar alguma norma jurídica particularmente aplicável ao caso concreto. Tais instrumentos estão arrolados no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): *analogia*, *costumes* e *princípios gerais de Direito*.

A *analogia*, enquanto autêntico procedimento de *auto-integração*, consiste na aplicação de uma norma jurídica destinada a reger um determinado caso a uma hipótese não disciplinada pelo Direito, havendo semelhança entre ambas as situações. FERRAZ JR. (2015, p. 265) ensina que “o uso da analogia, no Direito, funda-se no princípio geral de que se deve dar tratamento igual a casos semelhantes”, razão pela qual “a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças”. Assim, segundo o referido autor, “demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro”. A figura jurídica em questão, conforme assinalado por DINIZ (2002, p. 142), já era adotada supletivamente no âmbito do Direito Romano, estando presente numa frase atribuída a AULUS GELLIUS: *analogia est similibus declinatio, quam quidam latine proportionem vocant*. Assim, esquematicamente, o emprego da analogia pode ser retratado da seguinte forma:

Caso X → regido pela norma jurídica Y. Logo, não há lacuna

Caso Z → não disciplinado pelo Direito. Consequentemente, há lacuna

Caso Z é semelhante ao **Caso X**

Solução → aplica-se (analogicamente) a norma jurídica Y ao **Caso Z**

Com efeito, a aplicação da analogia requer a observância de alguns requisitos. É preciso, em primeiro lugar, verificar se o caso apresentado não foi disciplinado pelo Direito, ou seja, se há efetivamente uma *lacuna*. Além deste requisito, a aplicação de uma regra jurídica existente no ordenamento a um caso não regulamentado exige a constatação de *semelhança* entre as duas hipóteses (a regulada e a não disciplinada pela normatividade jurídica). Assim, de acordo com o esquema acima, deve existir semelhança entre os casos **X** e **Z**.

A doutrina é unânime em afirmar que o emprego da analogia demanda, ademais, que a mesma razão que levou o intérprete a decidir o caso **X**, aplicando, para tanto, a regra **Y**, esteja igualmente presente na decisão a ser tomada quanto à hipótese lacunosa (**Z**), que também deverá sofrer a incidência da norma **Y** (vide o esquema acima). Trata-se, como se vê, de um raciocínio que se ampara na identidade de razão, exatamente o que fundamenta a incidência da norma **Y** ao caso não disciplinado (**Z**), mas que é substancialmente semelhante à situação **X**, devendo, pois, receber a mesma regência normativa. Nos exatos termos de tal requisito, cite-se a lição de MONTORO:

“Não basta, porém, a semelhança de casos ou situações. É necessário que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo. Ou, como diziam os romanos, onde existe a mesma razão da lei, cabe também a mesma disposição (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*).” (MONTORO, 2011, p. 433)

Quanto à natureza jurídica da analogia, a doutrina aponta as seguintes concepções:

a) Alguns autores a concebem como um autêntico *método interpretativo*.

b) Para outros, trata-se de um dos meios através dos quais o Direito se revela, se exterioriza, sendo, portanto, uma autêntica *fonte do Direito*.

“Advirta-se que a analogia não constitui propriamente uma técnica de interpretação, como a princípio possa parecer, mas verdadeira *fonte do Direito*, ainda que subsidiária e assim reconhecida pelo legislador no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro].” (VENOSA, 2006, p. 140)

c) Ainda no que concerne à mesma divergência, a analogia, segundo um segmento doutrinário e jurisprudencial, constitui-se em um *meio de integração normativa*, tendo em vista sua inserção no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

“Quanto à analogia, ela está indicada como modelo a ser utilizado pelo intérprete no preenchimento da lacuna, com base em outra norma jurídica que não foi feita para o caso examinado.

Assim, esse meio de integração consiste na aplicação da norma feita para um caso em outro semelhante, que não tem a previsão nomeada no sistema.” (NUNES, 2002, p. 263)

I - Aplicação analógica do disposto no art. 150, III, c, da CF, para assegurar ao contribuinte do ICMS o direito à observância do princípio da noventena em relação a decretos estaduais que implementaram o sistema de recolhimento do tributo por substituição tributária, mas não previram prazo razoável de adaptação em favor das substituídas, e afastar a conseqüente violação aos princípios da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica.

II - Adoção de um dos métodos de integração da norma previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Controvérsia que se restringe ao ‘terreno puramente infraconstitucional’, consoante entendimento assentando pelo Plenário da Corte no RE 202.626/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO.

III - Suposta violação aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica. Matéria não impugnada no recurso extraordinário. Fundamento autônomo e suficiente à manutenção do julgado. Incidência da Súmula 283/STF. Precedente: RE 677.142/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.196/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 10.06.2014)

Compartilhando a mesma linha de raciocínio que concebe a figura em tela como meio de integração, entende DINIZ (2002, p. 153) que a analogia não é uma “técnica interpretativa nem tampouco uma fonte do Direito, mas um procedimento que serve para integrar normas”.

O segundo método de suprimento de lacunas previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) é o *costume jurídico*, cabendo destacar, desde logo, que tal figura não se confunde com as denominadas *regras de trato social* (regras de boa educação, de cortesia, de higiene, usos sociais, etc.), residindo a distinção fundamental justamente na força obrigatória e na necessidade jurídica, elementos encontrados apenas no costume.

O Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei (em sentido amplo), como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante tal realidade, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não-escritas (normas costumeiras ou consuetudinárias), cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas, ao revés, pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito Brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.

“Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas realizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, jamais poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social, que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo. Por isso, ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa e quando não for possível sua extensão analógica, as *fontes subsidiárias* do Direito, que revelem o jurídico.” (DINIZ, 2002, p. 185)

Destarte, no plano conceitual, costume é a norma jurídica não-escrita, criada pela sociedade, sendo oriunda da prática constante, reiterada e uniforme de determinado comportamento, tudo aliado à convicção social acerca de sua necessidade jurídica. Diferentemente da lei escrita, cuja elaboração é certa, predeterminada e decorrente da atividade do Poder Público, que a elabora segundo os procedimentos previstos na Constituição Federal (mormente no

que se refere ao denominado processo legislativo, arts. 59 a 69) e na legislação infraconstitucional (a Lei Complementar nº 95/98), a origem do costume jurídico, consoante leciona o insigne REALE, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada.

“O Direito costumeiro [...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.

O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança de certeza.” (REALE, 2002, p. 156)

No que se refere ao aspecto estrutural da norma costumeira, assevera FERRAZ JR. (2015, p. 199) que o costume, enquanto fonte das normas consuetudinárias, possui em sua composição um *elemento substancial* (o uso reiterado no tempo) e um *elemento relacional* (“o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”), dos quais decorrem a validade e a eficácia do costume.

Com efeito, segundo pacífica doutrina, pode-se afirmar que o costume jurídico possui dois elementos constitutivos: o *elemento externo* (material ou relacional) e o *elemento interno* (espiritual ou substancial). O primeiro nasce com a constância da repetição, por parte da sociedade, dos mesmos atos, cuja formação é lenta, longa e sedimentária; o segundo elemento, por sua vez, consiste na convicção, por parte dos membros da comunidade, de que a norma consuetudinária é juridicamente necessária. Neste sentido, adverte BITENCOURT (2011, p. 162) que a ausência de tal convicção reduz o costume a um “simples uso social, sem o caráter de exigibilidade”.

Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), o costume, não obstante sua inegável qualidade enquanto meio de suprimento (heterointegração) das lacunas da lei, figura, ademais, como *fonte subsidiária* do Direito pátrio. Neste particular, explica FERRAZ JR. (2015, p. 267) que “a imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta”, motivo pelo qual, a princípio, o costume será *praeter legem*, prevalecendo, pois, a lei. Afirma-se, pois, que o costume jurídico, além de atuar como um dos meios de suprimento

de lacunas, figura também como fonte subsidiária do Direito Brasileiro (DINIZ, 2002, p. 186).

Outrossim, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os denominados *princípios gerais de Direito* figuram como método de auto-integração. Princípios, para REALE (2002, p. 305), “São verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Segundo explica MELLO (2012, p. 54), *princípio*, por definição, constitui-se em um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Os princípios gerais de Direito podem ser encontrados de forma expressa ou implícita (tácita). Os primeiros, como a própria expressão sugere, são aqueles que se encontram expressamente previstos no Ordenamento Jurídico. Os princípios implícitos, por sua vez, são aqueles que, embora não previstos expressamente no ordenamento jurídico, podem ser perfeitamente extraídos a partir do sistema normativo, sendo, portanto, admitidos pela doutrina e jurisprudência. A título de exemplo, cite-se o princípio da insignificância (ou da bagatela), o qual, embora não previsto na legislação penal brasileira, tem sido frequentemente aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja incidência concreta tem o condão de afastar a própria tipicidade penal da conduta, não havendo, portanto, crime, exatamente por faltar um de seus elementos essenciais (a tipicidade penal).

7. CONCLUSÃO

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação

evidência, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*. Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada, mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*.

BOBBIO, na mesma obra, discorre sobre os atributos da *unidade, coerência e completude*. Por *completude*, segundo a lição de BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Diante de tal definição, e considerando que a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, reveladora de uma imperfeição do sistema, o termo *completude*, por conseguinte, traduz exatamente a falta de lacuna, problema que, nos termos da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de ser solucionado pelos mecanismos supletivos: analogia, costume e princípios gerais do Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.196/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10.06.2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- _____. *As Lacunas no Direito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de; *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de HANNAH ARENDT*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 29ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

CRIPTOMERCADO E LAVAGEM DE ATIVOS: UM ESBOÇO ESTRATÉGICO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE UMA UNIÃO PERIGOSA

Vlamir Costa Magalhães¹

Resumo: o artigo analisa o mercado de criptomoedas quanto a sua origem, características e repercussões tanto na sociedade contemporânea, quanto no direito penal, em particular, no que diz respeito ao crime de lavagem de ativos. Discorre-se sobre o atual cenário regulatório dos criptoativos no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro. Na conclusão, são delineadas possíveis estratégias para a prevenção da criptolavagem.

Palavras-chave: criptomoedas – bitcoin – mercado financeiro – iniciativas regulatórias –lavagem de ativos.

Abstract: This paper analyzes the cryptocurrencies market in terms of its origin, characteristics and social repercussions in the contemporary world and in the context of criminal law, particularly, with regard to the crime of money laundering. It discusses the current regulatory scenario in international and national law systems. In conclusion, strategies are proposed to prevent crypto-laundering.

Keywords: cryptocurrencies – bitcoin – financial market – regulatory initiatives – money laundering.

Resumen: El artículo analiza el mercado de las criptomonedas en cuanto a su origen, características y repercusiones tanto en la sociedad contemporánea como en el derecho

¹ Pós-doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre e doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz federal.

penal, em particular em lo que se refiere al delito de blanqueo de capitales. Discute el escenario regulatorio actual de los criptoactivos en el derecho comparado y en el ordenamiento jurídico brasileño. En conclusión, se describen posibles estrategias para prevenir el criptolavado.

Palabras clave: criptomonedas – bitcoin – mercado financiero – iniciativas regulatorias – blanqueo de capitales.

O dinheiro não é metal. É a confiança registrada. E não parece importar muito onde é registrada: sobre prata, sobre argila, sobre uma tela de cristal líquido. Tudo serve como dinheiro, das conchas lumache, das Ilhas Maldivas, aos imensos discos de pedra, das Ilhas Yap, no Pacífico. E agora, ao que parece, o nada pode servir como dinheiro também, nesta era eletrônica.

Niall Ferguson²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em paralelo à atuação das instituições financeiras tradicionais, opera atualmente o mercado das criptomoedas, também chamado de criptomercado. Em comum, ambos os setores econômicos têm se mostrado sensivelmente manipuláveis para atingir fins criminosos. Por conta de algumas características intrínsecas que potencializam o seu mau uso em detrimento dos interesses sociais, circunstância que já se faz notável em diversas partes do mundo, esse novo nicho mercadológico tem desafiado a política criminal internacional. No entanto, antes de adentrar propriamente nas repercussões da instrumentalização dos criptoativos pelo universo delinquente, breves comentários preliminares se fazem necessários.

As razões e situações que levaram ao surgimento das criptomoedas são complexas, porém, há uma raiz contextual nessa temática que é formada por dois aspectos cíclicos na história da humanidade: a necessidade e a insatisfação da coletividade.

Os registros apontam que, desde a Antiguidade, diversos itens já desempenharam a função de mensuradores no curso da circulação de mercadorias e serviços, tais como: o tabaco, na Virgínia colonial; o açúcar, nas Índias Ocidentais; o sal, na Etiópia (daí o termo “salário”, que expressa a

² FERGUSON, Niall. *Ascensão do dinheiro*: a história financeira do mundo. São Paulo: Planeta, 2017, p. 33.

remuneração laboral paga em pedras de sal); o gado, na Grécia (daí o termo “pecúnia”, advindo de *pecus*, que, em latim, significa gado); o cobre, no Egito, entre muitos outros.

Na Grécia Antiga, os lídios foram os primeiros a praticarem a chamada *senhoriagem*, que era a cunhagem de moedas metálicas com a figura de um “senhor”, que representava a garantia de sua autenticidade e credibilidade. Tratava-se, portanto, de um sinal de segurança na medida em que os governantes passaram a imprimir seus rostos ou brasões como um símbolo de que a moeda teria valor enquanto o Estado existisse. Naturalmente, a intenção era atrair a confiança popular.

De início, o ouro e a prata foram preferencialmente utilizados nesse mister, porém, como a quantidade de metais preciosos disponíveis era diminuta frente às necessidades comerciais crescentes, por volta do ano 100 a. C., os chineses inventaram o primeiro exemplar de papel-moeda. Somente na Idade Média, em meados do século XVII, os joalheiros europeus introduziram a prática de usar recibos escritos em papel que representavam o armazenamento de determinada quantidade de ouro. Tais documentos passaram a circular no mercado econômico em lugar do traslado do próprio metal. Assim surgiu a atividade bancária, que era originalmente ligada à armazenagem de riqueza, que passou a ser transferida e negociada por meio de sua representação física (dinheiro).³

Em que pese a variação temporal, nota-se que, desde os primórdios da humanidade, a característica comum a tais instrumentos de escambo foi a tangibilidade, ou seja, as unidades de valor utilizadas no intercâmbio de mercadorias e serviços sempre estiveram representadas concretamente. Entretanto, um fato recente veio a impactar a credibilidade do controle monetário. Entre os anos de 2007 e 2009, os EUA foram o epicentro originário da maior convulsão financeira global ocorrida desde a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929. A chamada crise das hipotecas *subprimes* foi causada, entre outros motivos, pela desmedida sanha lucrativa do universo corporativo, o que se corporificou na massiva concessão de empréstimos imobiliários de alto risco.

Tal situação resultou em inadimplência generalizada e nas consequentes falências de diversas empresas mundo afora, entre elas, o emblemático banco *Lehman Brothers*, que sucumbiu em 15 de setembro de 2008. Essa conjuntura alarmante tornou necessária a prestação de socorro pecuniário estatal a fim de

³ DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia*. São Paulo: LVM, 2021, p. 45.

evitar que outras bancarrotas de importantes instituições financeiras viessem a causar danos socioeconômicos ainda maiores. Destarte, quantias estratosféricas de dinheiro advindo dos cofres públicos foram direcionadas para sanar as consequências do desregramento e dos abusos do mercado financeiro.

Esse panorama provocou uma onda de irresignação popular em face da postura leniente dos Estados em relação aos bancos, ao controle monetário e ao sistema financeiro de forma geral, o que deflagrou iniciativas na busca de soluções e alternativas. Um dos reflexos dessas circunstâncias foi o fortalecimento do movimento conhecido como *Cypherpunk*⁴, que vem a ser uma comunidade transnacional composta por criptógrafos, internautas e cientistas, que, desde a década de 1990, defende a privacidade no ciberespaço e outros direitos dos usuários da rede mundial de computadores.

2. BITCOIN: ORIGEM, ESSÊNCIA E CARACTERÍSTICAS

Entre as centenas de modalidades de criptomoedas já criadas até o momento, cada qual com suas diferentes peculiaridades em termos de cotação, negociação e conversão, a escolha do bitcoin como objeto de estudo se deve ao fato de se tratar do criptoativo mais conhecido e utilizado no mundo atual. A composição do termo bitcoin remete à palavra *bit*, que significa, no âmbito da ciência computacional, uma rede de compartilhamento de dados que opera diretamente de ponto a ponto (*peer-to-peer*), isto é, sem intermediários, ao passo que *coin* significa moeda, no idioma inglês.⁵

O lançamento do bitcoin ocorreu no *Halloween* de 31 de outubro de 2008, quando um indivíduo, que se autodenominou como Satoshi Nakamoto⁶, postou a

⁴ O termo *Cypherpunk* é composto pela referência à criptografia (*cypher*) e ao movimento *punk*, tendo sido cunhado pelo *hacker* Jude Milhon, em 1992, com a finalidade de expressar rebeldia em face de arbitrariedades praticadas no meio cibernético.

⁵ BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. São Paulo: RT, out./2018, p. 135.

⁶ Não se sabe a real identidade do criador do sistema bitcoin. Nakamoto ou quem utilizou esse codinome criou também uma rede social, denominada *Bitcoin Talk*, na qual o mesmo publicou uma última mensagem às 16:45 hs, do dia 13 de dezembro de 2010. Depois, nunca mais houve notícias sobre seu paradeiro. Há quem sugira que Nakamoto seria, na verdade, Elon Musk, fundador da *Tesla Motors* e de outras empresas do setor de tecnologia. No entanto, o próprio Musk já negou por diversas vezes essa informação e, inclusive, desaconselhou publicamente a compra de bitcoins, gerando queda em seu valor de mercado. Outra corrente insinua que o pseudônimo teria sido utilizado para mascarar o fato de que a tecnologia *blockchain* foi inventada por órgãos governamentais, como a NSA, dos EUA, ou o MI-6, do Reino Unido. Fato é que, ainda hoje, não há qualquer evidência segura sobre a real identidade do criador do sistema bitcoin. Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics... op. cit.*, p. 61.

informação de que havia criado um novo sistema eletrônico de pagamentos num fórum de criptografia, que tinha o seguinte tema-título: *The art of secure and secret communication*. Segundo Nakamoto, tal mecanismo funcionaria sem o controle das autoridades estatais e sem a necessidade de intervenção de terceiros (*third parties*). No mesmo contexto, Nakamoto enviou um link que possibilitava o acesso ao artigo de sua autoria, intitulado "*Bitcoin P2P e-cash paper*", no qual explicou, em nove páginas, os detalhes e propriedades matemáticas da nova moeda.

A justificativa apresentada para a construção da novel ferramenta eletrônica de pagamentos baseou-se na insatisfação generalizada em relação à deficiente concorrência no mercado financeiro e às restrições impostas pelos governos sobre as liberdades econômicas dos cidadãos. Assim, segundo a pretensão autoral, a missão original do sistema bitcoin foi a de proporcionar segurança, rapidez e privacidade aos usuários.⁸

Em 3 de janeiro de 2009, foi então criado o primeiro bloco de bitcoins e, em outubro do mesmo ano, foi realizada a primeira cotação dessa criptomoeada, à razão de 1,309 bitcoins para cada dólar norte-americano. A pioneira operação de conversão de bitcoins em um bem tangível ocorreu em 22 de maio de 2010, quando Laszlo Hanyecz, um criador de programas de computador domiciliado na Flórida, fez uma oferta pública de dez mil bitcoins para a compra de uma pizza. Outro indivíduo, não identificado, mas domiciliado em Londres, aceitou a oferta e fez um pedido por telefone à Pizzaria Papa Jones. Ao final, a pizza mais cara do mundo custou, na cotação atualizada em 25/11/2022⁹, o equivalente a R\$ 885.215.954,90 (oitocentos e oitenta e cinco milhões, duzentos e quinze mil e novecentos e cinquenta e quatro reais e noventa centavos) e sua entrega foi bem sucedida, assim como a transferência dos bitcoins. Essa data ficou conhecida como o *bitcoin pizza day*.

A estruturação do bitcoin se assenta em três pilares: (1) um sistema público de registro de operações (*blockchain*); (2) um algoritmo que promove a encriptação assimétrica¹⁰, que nada mais é do que o embaralhamento de dados de modo

⁷ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 08/10/2022.

⁸ SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.) *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 48.

⁹ Segundo o site *financerbr.com*, um bitcoin equivalia, em 22/11/2022, a R\$ 88.521,59 (oitenta e oito mil, quinhentos e vinte e um reais e cinquenta e nove centavos). Dados disponíveis em: <<https://www.financerbr.com>>. Acesso em: 25/11/2022.

¹⁰ A origem da palavra criptografia é ligada à junção das palavras gregas *kryptós* (oculto) e *gráphein* (escrito). Assim sendo, criptografia significa uma maneira de ocultar o que está escrito ou registrado. Sobre o tema: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS,

que assumam a forma de código alfanumérico, que então se torna o único meio que viabiliza a movimentação dos respectivos recursos econômicos e, por fim, (3) uma rede descentralizada de computadores-usuários que validam e atualizam automaticamente o sistema ao utilizá-lo.

A tecnologia *blockchain* consiste num circuito formado por blocos de informações reunidas em ordem temporal e protegidas por uma identificação própria por meio da função *hash*, que, a grosso modo, impede a falsificação dos dados e o chamado “gasto duplo”, isto é, a transferência simultânea do mesmo ativo para mais de uma pessoa. Destarte, a tecnologia *blockchain* pode ser definida como um protocolo para armazenamento de informações, que gera uma base de dados de acesso universal permanente, funcionando, assim, como uma espécie de livro contábil capaz de registrar a origem, o destino e a circulação dos recursos financeiros.¹¹

O bitcoin foi projetado de modo a reproduzir, *mutatis mutandis*, a dinâmica da extração mineral de metais preciosos. Dessa forma, as unidades da criptomoeda *vão* produzidas naturalmente pelo sistema em uma taxa contínua e previsível, o que ocorrerá até que seja atingida a quantidade, aleatoriamente escolhida, de 21 milhões de bitcoins, o que está previsto para acontecer no ano de 2140. O valor unitário do bitcoin oscila de acordo com a oferta e a procura, bem como acompanha a confiança que os agentes econômicos têm na sua aceitação. Destarte, o bitcoin não está atrelado obrigatoriamente a qualquer outra moeda, nem mesmo está sujeito a controles ou garantias, daí sua volatilidade e suscetibilidade a manipulações.

Sob determinado prisma, pode-se dizer que o bitcoin representou a codificação da confiança e, não por outra razão, isso ocorreu cerca de um mês depois do colapso do banco *Lehman Brothers*, que deflagrou uma onda de descrédito sobre o sistema financeiro. Apesar dos registros acerca de tentativas anteriores de criação de moedas digitais (tais como: o *e-cash*, em 1982; o

Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção*. São Paulo: Rideel, 2022, p. 39.

¹¹ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 35. O referido autor sustenta que a tecnologia *blockchain* faz com que os remetentes e destinatários, bem como as transações efetuadas fiquem registrados publicamente, o que dá aos usuários de bitcoins apenas um pseudo-anonimato, haja vista a rastreabilidade do potencial uso criminoso dessa criptomoeda. Ainda assim, o próprio autor afirma que o papel das exchanges (empresas administradoras de criptoativos) é fundamental no bloqueio das transações suspeitas. Sobre o tema: BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais... op. cit.*, p. 229. No mesmo sentido, porém, ressaltando que a rastreabilidade das operações na *blockchain* do sistema bitcoin é viável, mas pode ser demorada e dificultosa: SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020, p. 296.

digicash, em 1990; o *e-gold*, em 1996; o *hashcash*, em 1997; o *bitgold*, em 2005, entre outras), a alternativa trazida pelo bitcoin foi, de fato, inédita, pois não se trata de mais uma empresa ou mecanismo controlado por determinada pessoa. Ao contrário, a mensagem implícita no fenômeno bitcoin é a de libertação e independência em relação à intervenção humana ou estatal.¹²

Portanto, a grande “sacada” do bitcoin foi a dispensa da intervenção de terceiros alheios à relação negocial, o que se traduziu na desnecessidade de acreditar em bancos ou em quaisquer entidades que registrem as transferências patrimoniais. Por conseguinte, o atributo que singularizou o bitcoin foi a eliminação da obrigação de confiar no fator humano, que se viu substituído pela comprovação matemática propiciada pelo algoritmo informatizado.

À vista do exposto, é correto asseverar que a criação das criptomoedas (entre elas, o bitcoin e os demais criptoativos, chamados de *altcoins* ou *alternative coins*) constituiu uma manifestação do descontentamento coletivo com o sistema financeiro clássico e com a incapacidade dos Estados para discipliná-lo.¹³ Por outro lado, não se pode desconsiderar a emergência paralela da face malévola do criptomercado, que deita suas raízes nas utilidades operacionais que essa ferramenta oferta para o universo delinquente, tais como: a internacionalidade, a velocidade, a irreversibilidade e a ausência de intercessores nas respectivas transações econômicas.¹⁴

Para o bem e para o mal, as criptomoedas incorporam a proposta consistente num dinheiro que circula sem Estado, sem terceiros e sem lei, ao menos em países atrasados ou deficitários na regulação da matéria, como é o caso do Brasil. Por isso, desde os seus primórdios, as moedas digitais carregam consigo dois pêndulos imanentes, que representam o progresso e o perverso, conforme bem explica a preleção doutrinária a seguir exposta¹⁵:

Por um lado, as moedas digitais estimulam o desenvolvimento de novos mercados, fundam-se na livre iniciativa e a valorizam, fomentam a livre concorrência e atacam o monopólio bancário das operações financeiras, podendo repercutir em melhores tarifas para clientes de bancos, porém, o risco da ausência de controle estatal pode beneficiar também ações criminosas, como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, o que impõe a

¹² TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 30.

¹³ MASATCI, Kaan; ERTUGRUL, Hasan Murat. History of money and cryptocurrencies. In: BURAK Darici; AYHAN, Fatih (Eds.). *Cryptocurrencies in all aspects*. Berlin: Peter Lang, 2019, p. 12.

¹⁴ Nesse sentido: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance... op. cit.*, p. 59.

¹⁵ ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 204.

normatização desse instrumento de modo que se contenham seus efeitos colaterais, com o cuidado de se preservar vantagens.

De maneira geral, as criptomoedas, também chamadas de moedas digitais, criptoativos ou moedas criptografadas, são unidades de valor econômico que funcionam como meios de intercâmbio por bens, serviços ou outras moedas. Tais mecanismos não possuem necessariamente uma existência física ou concreta, eis que são criados e movimentados por vias eletrônicas, muito embora provoquem repercussões sensíveis nos planos jurídico, político e econômico.¹⁶

Hodiernamente, estima-se que existem mais de cinco centenas de criptomoedas (*cryptocurrencies*) disponíveis no mercado, cada qual com suas especificidades, porém, mantendo um traço comum, qual seja a combinação de um *software* de código aberto (acessível publicamente) com um determinado modelo de criptografia. Assim sendo, quem possui um *bitcoin* tem, na verdade, a posse de um código criptografado, que, por consenso entre os usuários do sistema, confere ao seu titular a propriedade sobre uma determinada quantidade de unidades de valor eletronicamente manipuláveis. Esse código digital é desdobrado em uma chave pública, que funciona como se fosse um endereço de *e-mail* ou um número de conta corrente bancária, e uma chave privada, que funciona como uma senha particular que permite a movimentação das unidades de bitcoin.

Destarte, por meio do *download* do programa que detém o protocolo do respectivo sistema, qualquer pessoa pode realizar operações com bitcoins a partir do simples manejo de um aparelho eletrônico com acesso à internet, como, por exemplo, um *smartphone*, *tablet* ou computador. O mesmo pode ser feito por meio da abertura de uma conta em sítios eletrônicos de empresas, chamadas de exchanges, que administram carteiras virtuais e operam cumprindo ordens de compra e venda de criptoativos. As exchanges funcionam, portanto, de maneira muito similar às corretoras, que atuam nas bolsas de valores, e às casas de câmbio.

Ainda que não se possa atestar que o bitcoin já é universalmente aceito, é corrente a notícia de que algumas das maiores e mais conhecidas empresas

¹⁶ Nesse aspecto, é acertada a crítica ao emprego da expressão “moeda virtual”, tendo em vista que sua conotação remete a algo que não tem existência real. As criptomoedas também não podem ser confundidas com as moedas eletrônicas, que, consoante o disposto no artigo 6º, VI da Lei n. 12.865/2013, são recursos em moeda oficial, mas que se encontram armazenados em dispositivos ou sistemas eletrônicos de modo a permitir ao usuário efetuar pagamentos a partir destes. Nesse sentido: TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 252.

multinacionais já acolhem bitcoins como forma de pagamento por suas mercadorias e serviços, tais como Amazon, Apple, Microsoft, entre outras.¹⁷ Nessa linha de acontecimentos, o estudo intitulado *The Future of Payments 2025* apontou que, atualmente, cerca de 300 milhões de pessoas utilizam criptoativos no planeta, o que denota que o criptomercado deixou de ser um campo onde atuam apenas indivíduos integrados no segmento da tecnologia financeira para se tornar um utensílio manobrado por significativa parcela da população mundial.¹⁸

O Brasil ocupa um espaço relevante nesse novo domínio econômico. Segundo o estudo divulgado pelo site *CoinTrader*, no corrente ano de 2022, aproximadamente 10 milhões de brasileiros são usuários de criptomoedas, o que faz com que o país já figure entre os cinco Estados que lideram esse ranqueamento. Tal quantitativo representa algo em torno de 5% do total de usuários de criptoativos no mundo de modo que o Brasil está atrás apenas de Índia, EUA, Rússia e Nigéria. Em suma, as exchanges ou corretoras brasileiras de criptomoedas têm hoje mais pessoas cadastradas em seus quadros do que a Bolsa de Valores de São Paulo, por exemplo.¹⁹

Em termos de valores aplicados em criptoativos, o Brasil ainda possui uma participação de apenas 2% do mercado mundial, cujo valor total alcançou o montante de 5,4 trilhões de reais no ano de 2021. Contudo, no criptomercado brasileiro, a captação de recursos atingiu, somente em 2021, a cifra de 103,5 bilhões de reais, o que traduz uma evolução de 400% em relação ao ano anterior.²⁰

Quanto à natureza jurídica, pode-se afirmar que o bitcoin é um bem incorpóreo ou imaterial. Sendo assim, a única forma de penhorar ou apreender bitcoins é tomar conhecimento do respectivo par de chaves, pública e privada, que possibilita o seu direcionamento, sendo que esta última, via de regra, costuma permanecer sob o conhecimento apenas do titular dos recursos econômicos. Dessa maneira, no curso das investigações criminais, pode ser eventualmente necessário que o Estado se apodere de computadores, *notebooks*, *tablets*, *pendrives*, *smartphones*, *tokens* ou documentos nos quais tais códigos estejam arquivados. Noutro giro, é bastante comum que os usuários armazenem tais chaves em dispositivos que possam ser mantidos desligados da internet, de modo

¹⁷ ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin... *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.fisglobal.com>>. Acesso em: 18/11/2022.

¹⁹ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais...* *op. cit.*, p. 5.

²⁰ Disponível em: <<https://blog.cointradermonitor.com>>. Acesso em: 18/11/2022.

a evitar que possíveis ataques de *hackers* propiciem a subtração das referidas informações. Daí se falar na atual tendência de “tokenização” da economia.

No aspecto penal e processual penal, é importante ter em mente que a essência do sistema bitcoin faz com que o simples acesso do titular dos códigos à rede mundial de computadores, ainda que por breve período, pode tornar viável a transferência irreversível dos recursos representados sob a forma de criptoativos.

Diante desse quadro, verifica-se que as exchanges são, via de regra, os pontos nodais de conexão entre as moedas criptografadas e o mercado financeiro. Tais entes se prestam à negociação e custódia de criptoativos, viabilizando a conversão de moedas oficiais em ativos digitais ou vice-versa, mediante o pagamento de uma taxa ou comissão. Daí porque, seus predicados funcionais fazem das exchanges agentes perfeitamente regulamentáveis pelas normativas nacionais e internacionais, haja vista que suas respectivas plataformas de armazenamento de dados viabilizam, em tese, a identificação dos usuários e o monitoramento do fluxo de transações.

Essa situação sinaliza fortemente a possibilidade de imputar às exchanges a função de *gatekeeper*, aplicando-se-lhes, com as necessárias adaptações e cautelas, deveres de colaboração antilavagem próximos aos que já recaem sobre as instituições financeiras, tais como a identificação dos clientes, a comunicação de operações suspeitas e a adoção de políticas internas de cumprimento normativo (*compliance*).²¹

3. BITCOIN E LAVAGEM DE ATIVOS

Embora possam ser empregadas para fins lícitos e socialmente úteis, desde muito cedo, estabeleceu-se no imaginário coletivo um rótulo negativo concernente à relação entre as criptomoedas e o mundo do crime. No ano de 2013, ocorreram os dois escândalos iniciais que fundamentaram essa impressão.

O caso *Liberty Reserve* foi o primeiro episódio de lavagem de ativos ocorrido a partir de sistemas de pagamento que utilizavam moedas digitais, sendo eles: o *Liberty Reserve Dollar* e o *Liberty Reserve Euro*. Em funcionamento desde o ano de 2006, tais plataformas eletrônicas executaram milhões de operações

²¹ TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos... *op. cit.*, p. 259.

financeiras, sendo a vasta maioria delas associada a recursos provenientes de atividades ilegais exercidas por agentes interessados na ausência de identificação dos usuários.²²

Outro evento ilícito que contou com o uso de moedas digitais foi o caso *Silk Road*²³, no qual um *site* dedicado à comercialização de produtos e serviços ilegais – tais como venda de entorpecentes, armas de fogo e programas de hackeamento de informações – chegou a movimentar o valor correspondente a cerca de 1,2 bilhão de dólares em bitcoins durante os 2 anos e meio de sua existência, que, aliás, somente foi encerrada por iniciativa conjunta do FBI e de outras corporações policiais.²⁴ Nesse âmbito, as negociações eram operadas no âmbito da chamada *deep web*, por meio da rede TOR – The Onion Router, que vem a ser um *software* que permite a navegação anônima na internet em páginas que não podem ser encontradas no buscador comum.

A título de ilustração, pode-se dizer que as preocupações em torno da segurança do sistema bitcoin se dividem em dois pontos principais: o aspecto interno, que diz respeito ao controle da emissão das unidades dessa criptomoeda e à garantia das operações realizadas; e o aspecto externo, que se relaciona com a dificuldade de rastreamento das operações financeiras ante a pseudominização dos usuários, isto é, a ocultação nominal dos titulares dos recursos econômicos transacionados.

Quanto à segurança interna, embora não seja propriamente esse o objeto do presente estudo, é importante chamar a atenção para os episódios fraudulentos que têm eclodido crescentemente no criptomercado de modo a escancarar os perigos que a desregulação e a impunidade podem propiciar, como se verifica, por exemplo, no corrente caso da empresa FTX.²⁵ Há que se manter

²² RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin: uma introdução. In: *Revista do Ministério Público*. N. 162. Ano 41. Lisboa: abr.-jun./2020, p. 91.

²³ O termo teve referência à chamada Rota da Seda, que, na Idade Média, foi usada para o transporte de tecido e especiarias entre a Ásia, o Oriente e a Europa.

²⁴ RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin... *op. cit.*, p. 92.

²⁵ Fundada em 2019, a FTX não demorou a se tornar uma das mais conhecidas empresas negociantes de criptomoedas do mundo, tendo chegado a movimentar cerca de 32 bilhões de dólares. O crescimento da FTX levou o seu CEO, o jovem Sam Bankman-Fried, a figurar repentinamente entre os maiores bilionários do planeta. Entretanto, a corporação está atualmente sendo acusada de ter provocado o sumário desaparecimento de cerca de 2 bilhões de dólares pertencentes a investidores, além de ter utilizado os recursos que custodiava para conceder empréstimos de alto risco. Após a divulgação de documentos que revelaram a precária situação das contas da FTX, milhares de clientes resgataram seus recursos, o que fez com que a empresa perdesse condições de cumprir compromissos de pagamento e fosse obrigada a requerer a instauração de processo de recuperação judicial. Sam Bankman Fried foi preso nas Bahamas, em 12 de dezembro de 2022, em razão da investigação empreendida nos EUA, na qual é acusado da prática de vários crimes, incluindo fraude

atenção também sobre o fato de que, afora os riscos de instrumentalização dos criptoativos para objetivos criminosos, o vertiginoso poderio econômico alcançado pelas exchanges tem se traduzido em tentativas de **influência** política, como ocorreu, por exemplo, nas últimas eleições parlamentares tanto dos EUA, quanto do Brasil.²⁶⁻²⁷

Quanto à segurança externa, a principal inquietação deriva da sofisticada figura da criptolavagem, ou seja, a utilização de criptomoeda para a prática do delito de lavagem de ativos. Nesse aspecto, constata-se que o sistema *bitcoin* não tem atraído a atenção da macrocriminalidade organizada à toa. Trata-se, como visto, de uma rede global de transferência de recursos econômicos, que opera de maneira desburocratizada, barata, segura, em tempo real e proporciona alto grau de privacidade aos seus usuários. Sendo assim, o bitcoin ostenta um extraordinário potencial viabilizador do processo de ocultação do patrimônio de origem ilícita. Mas não somente.

O bitcoin permite unir, a um só tempo, o melhor e o pior do mundo globalizado contemporâneo. Isso significa que, na mesma medida em que representa uma estupenda evolução tecnológica, o sedutor criptomercado viabiliza, em tese, a confortável compensação financeira de malfeitores e praticantes de comportamentos socialmente nocivos, tal como demonstra a já usual demanda de pagamento em bitcoins por serviços ilegais praticados por *hackers*.

Sobre essa temática, a seara acadêmica tem assim elencado os muitos atrativos das criptomoedas para a movimentação das finanças no mundo do crime²⁸:

Primero, el principio de descentralización que informa el sistema de las criptomonedas principales implica la ausencia de mecanismos de

eletrônica, conspiração, fraude no mercado de valores mobiliários e lavagem de dinheiro. Se somadas, as penas aplicáveis podem atingir o total de 115 anos de prisão. Sobre o tema: <<https://www.metrosoles.com/negocios/uma-das-maiores-fraudes-da-historia-diz-procurador-sobre-caso-ftx>>. Acesso em: 12/12/2022.

²⁶ Conforme vem sendo noticiado pela imprensa, a FTX e seus executivos aparecem entre os maiores doadores (na casa de milhões de dólares) para campanhas de políticos que concorreram nas eleições parlamentares realizadas em outubro de 2022, nos EUA. Sobre o tema: <<https://valor.globo.com/mundo/criptomoedas>>. Acesso em: 28/11/2022.

²⁷ No Brasil, na mais recente eleição para o cargo de deputado federal, realizada em 02 de outubro de 2022, o candidato Gladson Acácio dos Santos, conhecido como o “Faraó dos Bitcoins”, obteve o total de 37.035 (trinta e sete mil e trinta e cinco) votos, mesmo estando, à época, preso cautelarmente sob a acusação criminal de chefiar um esquema fraudulento de “pirâmide financeira” disfarçado de investimento em bitcoins. Estima-se que o referido esquema ilegal lesou mais de 120 mil investidores. Dados disponíveis em: <<https://g1.globo.com>>. Acesso em: 05/12/2022.

²⁸ PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p. 141.

supervisión de las transacciones por principio, de manera que, pese a la posible aceptación de tales mecanismos por los intermediarios que operan en el sector, siempre será posible operar peer-to-peer sin supervisión posible. Segundo, las criptomonedas ofrecen un grado de privacidad de las transacciones elevado, de manera que la trazabilidad de una transacción determinada es sólo posible empleando recursos específicos y refinados. Tercero, los pagos en las criptomonedas de uso más frecuente es irreversible, lo que las hace especialmente atractivas para los pagos de víctima a delincuente y dificulta la acción de las fuerzas del orden. Cuarto, las criptomonedas responden a las características clásicas de la ciberdelincuencia: instantaneidad (rapidez de las transacciones); distancia entre el infractor y el lugar de comisión de una parte sustancial del iter criminoso del delito; carácter transfronterizo, con las consiguientes dificultades jurisdiccionales; e inmaterialidad, lo que facilita la eliminación de las pruebas. Quinto, las criptomonedas son flexibles, en la medida en que los tokens pueden transitar por la Red o “materializarse” siendo almacenados en un disco duro, según las necesidades de los delincuentes.

4. AS INICIATIVAS REGULATÓRIAS DOS CRIPTOATIVOS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Diante do quadro retrodescrito, diversas iniciativas regulatórias sobre o mercado de criptoativos têm sido empreendidas no âmbito internacional.

No ano de 2012, o Banco Central Europeu publicou seu primeiro estudo sobre criptomoedas, intitulado *Virtual Currency Schemes*, o qual alertou para as vulnerabilidades das novas plataformas em face da ausência de supervisão por organismos estatais.²⁹

Na esteira do movimento de regulação dos criptoativos, alguns países simplesmente vedaram a utilização de moedas digitais, tais como o fizeram China³⁰ e Colômbia, nos quais as instituições financeiras estão proibidas de aceitar, vender ou usar tais mecanismos de pagamento, sob a ameaça de sancionamento. Na contramão dessa providência, outros Estados adotaram uma política liberal extrema quanto à incorporação das criptomoedas em suas

²⁹ Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>>. Acesso em: 23/12/2022.

³⁰ Em verdade, o Banco do Povo da China, equivalente ao Banco Central do Brasil, anunciou recentemente que está testando uma criptomoeda própria, nominada de *digital renminbi*, que funciona nos moldes do bitcoin, porém, será emitida sob controle estatal com lastro na moeda oficial da China. Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics... op. cit.*, p. 97.

respectivas economias. O maior caso de incentivo ao uso de criptoativos é o de El Salvador, que, em 2021, aprovou a chamada *Ley Bitcoin*, que não somente regularizou a referida criptomoeda, como a equiparou à moeda oficial do país, concedendo permissão para movimentação irrestrita. Dessa forma, possibilitou-se que o bitcoin fosse livremente cambiado por outras moedas, bem como foi autorizado que todos os preços de produtos, serviços e, inclusive, tributos passassem a ser fixados em bitcoins.³¹

Numa terceira vertente, alguns Estados optaram pelo caminho intermediário, permitindo a exploração do criptomercado por particulares, porém, mediante determinados limites e controles. Nessa linha, sob a influência do pedido de recuperação judicial da exchange MTGOX, formalizado no ano de 2016, o Japão foi o primeiro país a publicar legislação exigindo o prévio registro das *exchanges*. Já a Itália e a República Tcheca determinaram que as negociações em moedas digitais de valor superior a mil euros devem ser notificadas às autoridades estatais. Na Suíça, o órgão de supervisão do mercado financeiro (*Swiss Financial Market Supervisory Authority*) estabeleceu que as empresas e plataformas de negociação de moedas digitais estão sujeitas à legislação antilavagem, sendo também exigível uma autorização de funcionamento para corporações que aceitam, administram ou, de alguma forma, exploram moedas digitais.³²

Nos EUA, o FINCEN – *Financial Crimes Enforcement Network*, que é a Unidade de Inteligência Financeira norte-americana, publicou, em 2013, o relatório designado *Application of FinCen’s Regulations to Persons Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies*.³³ Nesse documento, as exchanges são nominadas como “transmissoras de dinheiro” (*money transmitters*) e, por essa razão, são consideradas sujeitas à legislação antilavagem – em particular, ao *Bank Secrecy Act*, em vigor desde 1970 – e às mesmas obrigações de colaboração antilavagem que recaem sobre instituições financeiras, inclusive, sob a ameaça de sancionamento em caso de desacato.

Somente em junho de 2014, o GAFI produziu seu primeiro estudo sobre o tema, intitulado *Virtual currencies: key definitions and potential AML/CFT risks*, que dispôs sobre a potencial utilização de criptoativos no cometimento do delito lavagem

³¹ BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais... op. cit.*, p. 213.

³² Sobre o tema: BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda. Regulamentação internacional de moedas digitais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 300/301.

³³ Disponível em: <<https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincen-regulations-persons-administering>>. Acesso em: 18/11/2022.

de ativos.³⁴ Em 2019, o GAFI definiu, no documento intitulado *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, uma política de regulamentação do mercado de criptoativos centralizada nos prestadores dos seguintes serviços: câmbio de moeda virtual para moeda fiduciária ou oficial (setor das *exchanges*), custódia de carteiras de criptomoedas (setor das *cyberwallets*) e mistura de moedas virtuais (setor dos *mixers*, também chamados de *tumblers*, em alusão aos compartimentos onde as roupas são inseridas nas máquinas de lavar, ou *foggers*, que, em tradução literal, significa nebulizadores).³⁵

Na versão mais recente de suas famosas Recomendações antilavagem, datada de outubro de 2021³⁶, duas novas definições foram incluídas no glossário do GAFI, sendo elas relativas aos ativos virtuais (*virtual assets* - VAs) e aos provedores de serviços de ativos virtuais (*virtual assets providers* - VASPs). A nova redação atribuída à Recomendação 15 do GAFI dispõe que os VASPs devem ser regulamentados nacionalmente com fins de combate à lavagem de ativos e ao financiamento do terrorismo, bem como devem ser submetidos a sistemas eficazes de monitoramento e supervisão.

Em nota interpretativa sobre as “novas tecnologias”, emitida acerca da aludida Recomendação 15, o GAFI passou a recomendar também que os países regulem o mercado de ativos virtuais e provedores de serviços de ativos virtuais mediante o estabelecimento da exigência de que os VASPs identifiquem, avaliem e tomem medidas eficazes para mitigar riscos de prática do crime de lavagem de ativos. Nesse aspecto, restou destacado que os Estados não precisam impor um sistema de licenciamento ou registro autônomo em relação às pessoas e instituições que já estejam autorizados a exercer atividades financeiras e, portanto, já se submetam às obrigações antilavagem. Ressaltou-se, no entanto, que os VASPs devem ser licenciados ou registrados nas jurisdições onde são criados e as autoridades estatais competentes devem tomar as medidas legais

³⁴ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports>>. Acesso em: 17/06/2018.

³⁵ Nesse último caso, os prestadores de serviços trocam os criptoativos enviados pelos clientes por outros que não possuem relação com a carteira original, o que tem o evidente objetivo de inviabilizar ou dificultar o rastreamento da origem e do destino dos recursos. Outra prática comum no mercado de criptoativos é o *peel chain*, que, em tradução literal, significa uma “corrente de cascas”. Trata-se de uma espécie de versão cibernética da prática tradicionalmente conhecida no universo da lavagem de ativos como *smurfing*. O *peel chain* consiste na programação de múltiplas transações de pequena monta junto a uma *exchange* de modo que estas cheguem “em cascas” (porções menores) ao destinatário final, buscando-se, assim, ofuscar a relação entre os dois endereços extremos da cadeia de transmissão patrimonial. Sobre o tema: WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance... op. cit.*, p. 81.

³⁶ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/publications>>. Acesso em: 02/11/2022.

e regulatórias necessárias para impedir que criminosos ou seus associados detenham participação ou função administrativa em um VASP.

O GAFI recomenda, ainda, que os países devem garantir a aplicação de sanções “proporcionais e dissuasivas” para os VASPs e seus integrantes que não cumprirem as obrigações antilavagem estabelecidas em alinhamento com a Recomendação 35. Por fim, restou expressamente destacado que tais sanções devem ser aplicáveis não apenas aos VASPs, mas também aos seus diretores e alta administração.

No âmbito da União Europeia, a preocupação em torno do uso criminoso das criptomoedas conduziu à reforma da Diretiva 2015/849, que trata da prevenção da utilização do sistema financeiro para lavagem de ativos e financiamento do terrorismo. Foi então editada a Diretiva 2018/843, de 30 de maio, que, em acolhimento às recomendações do Banco Central Europeu, promoveu a ampliação das possibilidades de intercâmbio de informações entre as Unidades de Inteligência Financeira de cada país e incluiu, no rol de obrigados à colaboração antilavagem, os provedores de serviços de câmbio e custódia de criptomoedas, conforme se verifica pelo teor do artigo 3, itens 18 e 19 (Diretiva 2015/849, com a redação dada pela Diretiva 2018/843):

18) Moeda virtual: uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceita por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que possa ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrônica;

19) Prestador de serviços de custódia de carteiras: uma entidade que presta serviços de salvaguarda de chaves criptográficas privadas em nome dos seus clientes, com vista a deter, armazenar e transferir moedas virtuais.

É importante destacar os fundamentos apresentados no preâmbulo da Diretiva 2018/843, onde se atesta que, visando a acompanhar a evolução das tendências e assegurar maior transparência das operações, a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo somente será eficaz se todo o sistema financeiro for hostil aos criminosos e ao produto patrimonial de seus delitos. Também foi estabelecido que os emitentes de moeda eletrônica

e prestadores de serviços de pagamento devem designar um “ponto de contato central” no território dos Estados-Membros da União Europeia em que atuem, com a finalidade de prestar, às autoridades locais, as informações necessárias ao combate à lavagem de ativos.

A disciplina fixada vem chancelando o acompanhamento das empresas do setor de criptoativos pelas respectivas autoridades nacionais mediante uma abordagem que busca equilibrar os benefícios do progresso tecnológico sem descuidar da transparência essencial à prevenção e repressão da ocultação de dinheiro sujo.³⁷ Em síntese, o ensinamento decorrente da experiência estrangeira denota que as Unidades de Inteligência Financeira devem ser capacitadas para obter informações que permitam associar os códigos-chave necessários à circulação das criptomoedas às identidades de seus titulares.

A título de exemplo, na esteira da citada normativa internacional, a Espanha editou o *Real Decreto-ley* n. 7, de 27 de abril de 2021, que definiu os conceitos de “moeda virtual” e “provedores de serviços de custódia”, sendo estes últimos incluídos no rol de sujeitos obrigados à prevenção antilavagem. Vale dizer que, anteriormente, o legislador espanhol já havia incluído no Código Penal uma circunstância agravante especificamente aplicável aos chamados “sujeitos obrigados” (à colaboração antilavagem) que, no respectivo exercício profissional, venham a descumprir as cautelas fixadas em lei.

Os referidos movimentos normativos têm sido assim interpretados no campo acadêmico, *in verbis*³⁸:

En la medida en que la actividad que desarrollan los sujetos obligados en el circuito económico puede ser aprovechada para ocultar el origen y la titularidad de bienes o dinero obtenido de una actividad delictiva, se les imponen, obligaciones específicas, para tratar de impedir el riesgo inherente a su propia actividad económica. El sujeto obligado se convierte en garante y debe estar vigilante para que el foco de su actividad comercial quede al margen de un contexto delictivo de blanqueo de capitales. El pilar básico de su actuación debe ser el fiel cumplimiento de sus deberes elementales (conocer debidamente el cliente, identificar al verdadero titular real y comunicar las operaciones sospechosas) en la actuación del sistema financiero y económico.

³⁷ PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p.88.

³⁸ RÓDENAS MOLINA, Javier. *El delito de blanqueo de capitales: respuesta del Tribunal Supremo a 150 alegaciones utilizadas en la defensa legal del lavado de activos*. Madrid: CUNIEP, 2022, p. 71.

5. AS INICIATIVAS REGULATÓRIAS DOS CRIPTOATIVOS NO BRASIL

No Brasil, a Receita Federal foi o primeiro órgão governamental a editar um ato normativo sobre o assunto, tendo traçado, para fins de arrecadação fiscal, conceitos importantes, como, por exemplo, os de “criptoativo” e “exchange”, consoante o teor da Instrução Normativa n. 1.888, de 10 de julho de 2019 (com a redação dada pela IN RFB n. 1.899, de 11 de julho de 2019), que assim dispôs:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.

Sobre esse tema, a Comissão de Valores Mobiliários emitiu o Parecer n. 40, em 11 de outubro de 2022, no qual atesta apenas que os criptoativos que se enquadram nos requisitos previstos no inciso IX, do art. 2º da Lei n. 6.385/76, podem traduzir um contrato de investimento coletivo, cuja celebração não depende da manifestação prévia da aludida autarquia federal. Em que pese a menção inicial à pretensão de “*prevenção e combate à lavagem de dinheiro*”, o texto do referido parecer não recomendou qualquer exigência, medida ou sanção específica nesse sentido.

A seu turno, o Banco Central emitiu inicialmente o Comunicado BACEN n. 25.306, em 9 de fevereiro de 2014, que consistiu num simples e tardio alerta sobre os perigos de ocorrência de ilegalidades no mercado de criptoativos. Posteriormente, o Comunicado BACEN n. 31.379, de 16 de novembro de 2017, advertiu sobre os “riscos imponderáveis” decorrentes das operações

de guarda e negociação das denominadas moedas “virtuais”, apontando-se, entre eles, a possibilidade de perda do capital investido, haja vista que a emissão de criptoativos ocorre sem a garantia por autoridade monetária e sem conversibilidade segura para moedas oficiais. O documento ressaltou, ainda, que as moedas “virtuais” não são lastreadas em ativo real de qualquer espécie e, portanto, a fixação de seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos usuários em favor do emissor.

Admitindo a ausência de arcabouço legal e regulatório a respeito do tema, o documento aludido destaca também que, se utilizadas em atividades ilícitas, as moedas “virtuais” podem eventualmente expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar responsabilidades criminais e administrativas. Por fim, o Comunicado reforça o alerta no sentido de que os criptoativos não se confundem com as moedas eletrônicas disciplinadas pela Lei n. 12.865/2013, que traduzem recursos em moeda oficial cuja existência é meramente registrada em dispositivos ou sistemas eletrônicos.

Em 30 de novembro de 2017, a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro publicou um relatório intitulado “Moedas Virtuais e Meios Eletrônicos de Pagamento”, no qual, após elencados alguns episódios ilícitos relacionados às criptomonedas, foram estabelecidas tipologias em relação ao tema e reconhecidas tanto a existência de demandas lícitas pertinentes ao criptomercado, quanto a necessidade de colaboração desse setor privado para a diminuição de sua atratividade para objetivos criminosos.³⁹ Posteriormente, na XVI reunião plenária da ENCCLA, realizada de 19 a 23 de novembro de 2018, foi definida a Ação n. 08/2019, na qual restou disposta tão somente a pretensão do referido organismo de *“aprofundar os estudos sobre a utilização de ativos virtuais para fins de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (...)”*.

Ante a persistente inércia do Poder Público, o setor privado tem empreendido tentativas de autorregulação no seio da ABCripto - Associação Brasileira de Criptoconomia, que reúne as principais exchanges nacionais. Nesse contexto, foram editados, em 14 de agosto de 2020, o Código de Conduta e Autorregulação e o Manual de Boas Práticas em Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo para Exchanges brasileiras. Ambos os documentos

³⁹ Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias>>. Acesso em: 11/12/2022.

contêm o objetivo declarado de padronizar condutas empresariais de modo a tentar prevenir a criptolavagem.⁴⁰

Ainda sobre a temática das criptomoedas, há que se mencionar que chegaram a tramitar no Brasil, pelo menos, quatro Projetos de Lei no âmbito do Senado Federal (ex.: PL n. 3.825/19; PL n. 3.949/19; PL n. 4.207/20 e PL n. 4.401/21) e outros três na Câmara dos Deputados (ex.: PL n. 2.303/15; PL n. 2.060/19 e PL n. 2.234/21). Deve-se registrar, entretanto, que houve uma reviravolta recente nas discussões legislativas sobre a matéria e, em razão da similitude do assunto tratado, foi determinada, em 04/05/2022, a tramitação conjunta do Projeto de Lei nº 3.825/2019 e do Projeto de Lei n. 4.401/2021. A partir de então, o texto ora unificado teve sua tramitação acelerada a ponto de ser aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 29/11/2022, ou seja, os supostos debates e análises sobre o assunto duraram cerca de 5 meses.⁴¹

6. A LEI N. 14.478/2022 E SUAS GRAVES OMISSÕES

Finalmente, a Lei n. 14.478 foi publicada em 21 de dezembro de 2022 e entrará em vigor após 180 dias de *vacatio legis*, quando então passará a disciplinar a prestação de serviços financeiros relativos a ativos virtuais. Nos termos do referido diploma legal, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que, por meios eletrônicos, pode ser negociada, transferida ou utilizada para pagamentos ou investimento (cf. art. 3º da Lei dos Criptoativos, doravante LCA).

As empresas atuantes nesse ramo somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal a ser futuramente definido por ato do Poder Executivo federal (cf. art. 2º c/c art. 6º, ambos da LCA). Por força do art. 5º da citada Lei, considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como tais: a troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira; a troca entre um ou mais ativos virtuais; a transferência de ativos virtuais; a custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle

⁴⁰ Disponíveis em: <<https://www.abcripto.com.br/autorregulacao-abcripto>>. Acesso em: 16/11/2022.

⁴¹ Nesse aspecto, é importante advertir que a Lei n. 12.685/2013 trata de temática diversa, qual seja a de moedas eletrônicas, que são meros mecanismos de representação da moeda oficial nacional (no caso do Brasil, o Real) operados por meio de dispositivos ou sistemas eletrônicos.

sobre ativos virtuais ou participação em serviços financeiros e a prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais. As empresas que ofertem tais serviços serão equiparadas às instituições financeiras para fins de aplicação da Lei n. 7.492/86, que disciplina os crimes contra o sistema financeiro (cf. art. 11 da LCA).

As diretrizes reitoras da prestação de serviços financeiros envolvendo ativos virtuais serão, entre outras, as seguintes: a livre iniciativa e livre concorrência; a transparência, solidez e eficiência nas operações; a proteção dos consumidores (com expressa consagração da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90 – às operações conduzidas no mercado de ativos virtuais, cf. art. 13 da LCA) e, especialmente, a prevenção à lavagem de ativos “em alinhamento com os padrões internacionais” (cf. art. 4º).

A Lei n. 14.478/2022 introduz uma nova modalidade de crime de estelionato no art. 171-A do Código Penal, consistente na atividade de organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. A respectiva pena aplicável pode variar de 4 a 8 anos de reclusão, além de multa.

Especificamente no que tange ao crime de lavagem de ativos, o novo diploma legal altera (cf. art. 12) a Lei n. 9.613/98 para o fim de incluir uma nova causa de aumento da pena, no patamar de 1/3 a 2/3, para a hipótese de utilização de ativo virtual com o fim de ocultação do patrimônio originado da prática de infração penal. Na esteira da tendência internacional, as exchanges ou prestadoras de serviços de ativos virtuais são incluídas no rol de obrigados a manter o registro de suas operações (art. 10, II da Lei n. 9.613/1998).

Diante do cenário posto, ainda que a nova lei possa ser vista por alguns como um importante passo do Brasil na regulação do criptomercado, o texto final aprovado contém vários pontos obscuros graves, tais como, por exemplo, a falta de definição do órgão ou entidade que será diretamente responsável pela emissão das normas regulatórias sobre o criptomercado e pela aplicação das punições a entidades e agentes econômicos em caso de descumprimento. Aliás, tais sanções não restaram legalmente definidas. Houve também omissão do legislador em relação aos mecanismos de garantia da autonomia técnica da

referida autoridade regulatória frente a ingerências políticas e interesses nocivos de maneira geral, haja vista que, conforme foi demonstrado anteriormente, os criptoativos têm sido utilizados, no Brasil e no exterior, para diversos fins criminosos, inclusive o financiamento ilegal de campanhas político-eleitorais.

Por fim, permanece inexistindo no Brasil uma regra clara sobre a segregação patrimonial entre os recursos financeiros das exchanges e o patrimônio pertencente aos investidores e usuários de criptoativos. Aliás, conforme tem demonstrado a experiência estrangeira, a persistência dessa confusão patrimonial tem potencial não somente para ocasionar mais golpes e falências fraudulentas de exchanges⁴², mas também propicia a perpetuação das oportunidades para a criptolavagem.

7. CONCLUSÃO

Sob o prisma constitucional, a competência para dispor sobre o sistema financeiro cabe inegavelmente à União Federal, ente que desempenha a atribuição de emissão de moeda (cf. art. 21, VII, CR/88), bem como a disciplina do sistema monetário (cf. art. 22, VI, CR/88) e das operações de câmbio (cf. art. 21, VIII, CR/88). Diante desse quadro, o dever de regular o criptomercado também cabe à União Federal, o que, em tese, teria sido adimplido por meio da edição da Lei n. 14.478/2022.

Contudo, mesmo passados vários anos desde o surgimento das primeiras moedas digitais, permanecem abertas importantes lacunas na disciplina do criptomercado brasileiro, o que mantém o país em nítido atraso diante de outros Estados e das Recomendações do GAFI.

Como o mundo real não costuma esperar a liturgia do direito e, muito menos, a ação do Estado, nota-se no Brasil que, além da corrente atuação de centenas de corporações exploradoras das múltiplas vertentes dos criptomercado, é de conhecimento público que já se encontram espalhados pelo país terminais

⁴² A utilização de criptoativos no golpe conhecido como “pirâmide financeira” tem sido recorrente no Brasil. Nesse contexto, os investidores leigos são ludibriados sob a promessa de lucros rápidos, altos e incomuns, figurando a aplicação em criptomoedas – principalmente, o bitcoin – como um ilusório chamariz cibernético empregado para fins de captação da poupança popular. Em síntese, tira-se dinheiro daquele investidor que entra para pagar o que sai (*robbing Peter to pay Paul*) e o rendimento “mágico” prometido nunca é, de fato, pago a todos, permitindo, assim, o locupletamento do operador financeiro à custa da ignorância dos clientes. Sobre o tema: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, abr.-jun./2022, p. 132.

eletrônicos que permitem a conversão de moeda oficial em criptoativos e vice-versa, inclusive com a disponibilização de saques em espécie. Tais dispositivos para transações com criptomonedas, chamados de *Bitcoin ATMs*, já ultrapassam o montante de seis mil unidades instaladas em todo o planeta. Desses, 64% estão na América do Norte e 20% na Europa. Globalmente, estima-se que ocorram, em média, 11 instalações diárias de novos terminais. Esses números destacam o caráter “democrático” do bitcoin, no sentido de se trata de um ativo que, progressivamente, pode ser comprado ou negociado por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo.⁴³

Portanto, dada a realidade socioeconômica contemporânea, seria juridicamente descabida e pragmaticamente inútil uma declaração de guerra aos criptoativos, na linha de uma cruzada anticibernética. Isso implica em admitir que, longe de demonizar ou simplesmente criminalizar a utilização das moedas digitais, o rumo a ser trilhado pelo Estado brasileiro deve ser construído no sentido de resguardar os benefícios das novas tecnologias corporificadas pelas criptomonedas, sem, no entanto, deixar de garantir a persecução penal e a punição efetiva dos indivíduos e instituições que as utilizarem para fins socialmente espúrios.

É flagrante a sinalização da moderna doutrina no sentido de que, para tentar evitar a dissimulação patrimonial no seio do mercado de criptomonedas, as estratégias regulatórias devem ser centralizadas na etapa inicial do rito da lavagem de ativos. Portanto, à luz do direito comparado e das medidas que já vêm sendo implantadas no âmbito internacional, é recomendável, *de lege ferenda*, que, com as adaptações necessárias, não somente as denominadas exchanges (empresas que administram plataformas de negociação ou armazenagem de criptomonedas), mas também as grandes corporações que aceitem criptomonedas em troca de seus bens e serviços sejam submetidas às obrigações de identificação dos clientes e prestação de informações às autoridades estatais sobre operações definidas como suspeitas, nos mesmos moldes das tarefas antilavagem que já recaem sobre as instituições financeiras.

Assim se conclui com base nos princípios da função social da propriedade (cf. artigo 170, III da CR/88) e da função social da empresa (cf. artigos 421⁴⁴ e

⁴³ Sobre o tema: DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia... op. cit.*, p. 36/37.

⁴⁴ Eis a redação: “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

1.228, § 1º, ambos do Código Civil⁴⁵; artigos 116, p. único⁴⁶ e 154⁴⁷, ambos da Lei n. 6.404/1976 e artigo 47 da Lei n. 11.101/2005⁴⁸), que incidem conjuntamente no sentido de determinar a conjugação equilibrada dos objetivos econômicos privados com a preservação de valores relevantes para a vida pacífica em sociedade. Não bastasse isso, a redação do artigo 192 da CF/88 sinaliza o reconhecimento da função social do próprio sistema financeiro nacional, haja vista que, segundo a dicção constitucional, o mesmo deve ser *“estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem (...).”*

Consoante expusemos alhures⁴⁹, há que se lembrar e reforçar nos dias atuais a antiga parêmia latina *ibi emolumentum ibi onus*, segundo a qual todo aquele que aufera vantagem com o exercício de atividades arriscadas, deve arcar com o ônus de adotar todas as medidas preventivas possíveis para evitar danos a terceiros ou aos interesses da coletividade. Sendo assim, as possíveis arguições do direito de propriedade e das liberdades econômicas como obstáculos aos deveres de colaboração antilavagem não se sustentam diante da razoável admissão de que todos os membros têm deveres para com a comunidade em que estão inseridos. Esse entendimento está, inclusive, em consonância com o artigo 32, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto n. 678/1992, que expressamente estabelece que os direitos de cada pessoa (física ou jurídica) encontram-se legitimamente *“limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática (...).”*

⁴⁵ Eis a redação: *“Artigo 1.228. [...] § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”*

⁴⁶ Eis a redação: *“Artigo 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”*

⁴⁷ Eis a redação: *“Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”*

⁴⁸ Eis a redação: *“Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”*

⁴⁹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo: criminal compliance, delinquência empresarial e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 233.

Embora a mera negociação e a detenção pura e simples de criptoativos não configurem, em si, comportamentos ilícitos ou dignos de punição, isso não afasta o preocupante reconhecimento de que a persistente deficiência regulatória aliada ao vigente clima de informalidade e impunidade do criptomercado brasileiro tornam o país extremamente propício e atrativo para a prática da criptolavagem.⁵⁰

Infelizmente, a Lei n. 14.478/2022 não mudou significativamente esse quadro ao se limitar a fixar alguns poucos conceitos genéricos. Em síntese, o legislador não desempenhou a contento a essência do trabalho regulatório que se fazia e ainda se faz necessária, perdendo, portanto, a oportunidade de tecer normas imprescindíveis sobre vários aspectos relevantes destacados ao longo do presente estudo. Aliás, o novo diploma legal sequer definiu qual entidade esclarecerá tais questões e sob quais condições ou garantias.

Nesse aspecto, vale lembrar que o Brasil é membro do GAFI desde o ano 2000 e está na iminência de ser submetido à 4ª avaliação de seu sistema antilavagem pelo referido organismo internacional, a qual será centralizada nos quesitos “cumprimento técnico” e “efetividade”. Na sequência do rito estabelecido, um grupo de analistas do GAFI produzirá um relatório (*mutual evaluation report*), cujo resultado pode, inclusive, levar o Brasil a ser suspenso ou colocado na lista de jurisdições não cooperantes, o que traduziria um prejuízo inestimável à reputação internacional do país e também implicaria em severas restrições de acesso a investimentos e mercados importantes.

É urgente, portanto, fazer com que os criptoativos deixem verdadeiramente de ser um ponto cego no ordenamento jurídico brasileiro e o caminho mais adequado nesse desiderato é manter os olhos abertos para os erros e acertos que as experiências estrangeiras já nos apontam.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020.
- BALLARDIN, Daniele Soldatelli. *Criptoativos e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda. Regulamentação internacional de moedas digitais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 260/316.

⁵⁰ No âmbito da doutrina brasileira, registre-se que Artur de Brito Gueiros Souza e Cecília Choeri Silva também alertam sobre a atratividade das moedas digitais para o cometimento do crime de branqueamento de capitais: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165. Ano 28. São Paulo: RT, março 2020, p. 52.

- BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. São Paulo: RT, out./2018, p. 131/176.
- DUARTE, Daniel. *Bitcoinomics: uma história de rebeldia*. São Paulo: LVM, 2021.
- FERGUSON, Niall. *Ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo*. São Paulo: Planeta, 2017.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O crime de lavagem de ativos no contexto do direito penal econômico contemporâneo: criminal compliance, delinquência empresarial e o delinqueamento da responsabilidade penal no âmbito das instituições financeiras*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.
- MASATCI, Kaan; ERTUGRUL, Hasan Murat. History of money and cryptocurrencies. In: BURAK Darlci; AYHAN, Fatih (Eds.). *Cryptocurrencies in all aspects*. Berlin: Peter Lang, 2019, p. 11/23.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 08/10/2022.
- PÉREZ LÓPEZ, Xesús. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (Dir.). *Blanqueo de capitales y tic: marco jurídico nacional europeo, modus operandi y criptomonedas*. Pamplona: Arazandi, 2019, p. 71/147.
- RAMALHO, David Silva; MATOS, Nuno Igreja. Branqueamento e bitcoin: uma introdução. In: *Revista do Ministério Público*. N. 162. Ano 41. Lisboa: abr.-jun./2020, p. 77/115.
- RÓDENAS MOLINA, Javier. *El delito de blanqueo de capitales: respuesta del Tribunal Supremo a 150 alegaciones utilizadas en la defensa legal del lavado de activos*. Madrid: CUNIEP, 2022.
- SAIFEDEAN, Ammous. *O padrão bitcoin: a alternativa descentralizada à banca central*. São Paulo: Monstera, 2020.
- SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 32/77.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 165. Ano 28. São Paulo: RT, março 2020, p. 41/69.
- _____; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, abr.-jun./2022, p. 119/135.
- TELLER, Christiana Mariani da Silva. *Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 125.
- TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 235/259.
- ULRICH, Fernando. Aspectos econômicos do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Org.). *A revolução das moedas digitais: bitcoin e altcoins*. São Paulo: Revoar, 2016, p. 78/105.
- WEISHEIMER, Evandro; SILVA, Márcio N. Nunes da; MORENO, Márcio de Abreu; ZUMAS, VYTAUTAS, Fabiano Silva. *Criptolavagem e compliance: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção*. São Paulo: Rideel, 2022.



<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>

Av. Rio Branco, 243 - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região