

# Sumário

<b>PREFÁCIO</b>	
Fábio Costa Morosini, Cesar Viterbo Matos Santolim, Kenny Sontag	1-4
<b>AUTORES CONVIDADOS</b>	
<b>A CAPACIDADE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS: uma visão luso-brasileira</b>	
Diogo Costa Gonçalves	5-47
<b>ALCOOLISMO E TRANSPLANTES HEPÁTICOS – um caso de justiça</b>	
Fernando Araújo	48-90
<b>TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS</b>	
Sofía Magdalena Cobo Téllez, José Zamora Grant	91-114
<b>ARTIGOS</b>	
<b>RAÍZES AUTORITÁRIAS E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: “pontos firmes de interpretação” para a realidade brasileira</b>	
Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Ricardo Cícero Rodrigues Carvalho	115-139
<b>A (IN)ADMISSIBILIDADE DO USO DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS POR MEIO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE (ERB) NO IUS PERSEQUENDI BRASILEIRO</b>	
Valine Castaldelli Silva, Alexandre Ribas de Paulo	140-160
<b>A SUPRAESTATALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE: a ilicitude da inefetividade como paradigma de aplicação de sanções</b>	
George Sarmiento, Hugo Marinho Emidio de Barros	161-182
<b>THE BRICS, A POST-HEGEMONIC MODEL WITH ITS OWN NORMATIVITY: how to influence who policies to curb WTO law into a moral capitalism</b>	
Meryl Thiel	183-204
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA REGIONAL INTERNACIONAL: a experiência latino-americana</b>	
Jeferson Teodorovicz	205-233



**LEI ANTICORRUPÇÃO, COMPLIANCE E A FUNÇÃO SOCIAL EMPRESARIAL**

Yduan de Oliveira May, Angélica Pereira Possamai **234-253**

**O LEGADO AUTORITÁRIO PRESENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Daniel Francisco Nagao Menezes **254-274**

**O CPC-2015 E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO**

Claudio Penedo Madureira, Francisco Vieira Lima Neto **275-300**

**LITERATURA JURÍDICA E PRÁTICA PROCESSUAL NO PORTUGAL SEISCENTISTA: o uso de casos julgados nas *resoluciones forenses practicabiles* de Manuel Álvares Pegas**

Gustavo César Machado Cabral **301-326**

## PREFÁCIO

A Equipe Editorial da revista *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, publicação do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), tem a honra de apresentar ao público e à comunidade acadêmica esta nova edição, número 1 do Volume XIV, que reúne estudos de grandes expoentes da produção científica do Brasil e do exterior.

A presente edição traz à baila uma extensa variedade de artigos das mais diversas áreas do Direito, dedicados ao aprofundamento de conhecimentos científicos, à expansão do diálogo e à livre promoção de pesquisas acadêmicas de extrema pertinência à cultura jurídica nacional e internacional.

Nesta edição, publicamos estudos de professores convidados de singular distinção. O convidado Diogo Costa Gonçalves, professor doutor da Universidade de Lisboa, Portugal, desempenhou importante estudo acerca dos direitos e obrigações das sociedades comerciais, a partir de uma perspectiva luso-brasileira. O convidado Fernando Araújo, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, por sua vez, nos agracia com relevante reflexão acerca da natureza e implicações éticas do alcoolismo, bem como para a necessidade de se estabelecer critérios de justiça para a distribuição de recursos escassos em situações de vida ou morte.

A convidada Sofía Magdalena Cobo Téllez, professora pesquisadora do *Instituto Nacional de Ciencias Penales*, México, e da *Universidad Autónoma de México* (UNAM), em coautoria com o convidado José Zamora Grant, professor pesquisador da *Universidad Autónoma de México* (UNAM) e do *Instituto Nacional de Ciencias Penales*, contribuem com estudo ímpar que analisa o contexto histórico do direito penal, de suas origens até a atualidade, buscando evidenciar a consolidação democrática do Estado Mexicano.

Ainda no âmbito das Ciências Criminais, Érica Babini Lapa do Amaral Machado, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), em conjunto com Ricardo Cícero Rodrigues Carvalho, professor da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), do Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP) e do Centro Universitário Joaquim Nabuco (UNINABUCO), apresentam importante pesquisa, em

que propõe que pensamento social brasileiro deve ser ferramenta analítica indispensável para a investigação criminológica nacional.

No escopo do Processo Penal, Valine Castaldelli Silva, doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em coautoria com Alexandre Ribas de Paulo, professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM), discorrem acerca da admissibilidade do uso das informações obtidas por meio da Estação Rádio Base (RUB) nas fases de investigação e de instrução no Processo Penal brasileiro.

No tocante aos Direitos Humanos, George Sarmento, professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), juntamente com Hugo Marinho Emidio de Barros, mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), discutem como a supraestatalidade dos direitos fundamentais e os modernos contornos atribuídos ao princípio da proibição da proteção insuficiente agem no combate ao problema da inefetividade por meio do estabelecimento de sanções.

O Direito Internacional foi contemplado com interessante artigo de Meryl Thiel, pesquisadora associada na *Sciences Po Aix*, em Provença, França, que perscruta o papel dos BRICS no direito internacional e sua influência normativa, argumentando que o bloco se trata de uma construção pós-hegemônica, com normatividade própria.

Na seara do Direito Tributário, Jeferson Teodorovicz, professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), apresenta estudo que investiga e analisa os aspectos históricos, teóricos e políticos do processo de harmonização tributária regional internacional relacionado à realidade latino-americana.

No atinente ao Direito Empresarial, Yduan de Oliveira May, professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), e Angélica Pereira Possamai, mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), realizaram investigação acerca do *compliance* e seus efeitos positivos para a promoção da função social empresarial, sobretudo no tocante à prevenção e combate à corrupção.

Na área do Direito Constitucional, Daniel Francisco Nagao Menezes, professor do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie,

contribui à publicação com pertinente trabalho acerca dos legados autoritários presentes na Constituição Federal de 1988.

O Processo Civil recebe estudo dirigido por Claudio Penedo Madureira, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), e por Francisco Vieira Lima Neto, professor do Programa de Pós-Graduação da mesma instituição, que faz reflexão acerca do Código de Processo Civil de 2015 e o princípio do livre convencimento.

Finalmente, Gustavo César Machado Cabral, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFCE), apresenta instigante investigação na área da História do Direito, onde examina as relações entre a literatura jurídica e a prática processual em Portugal no século XVII.

É com muita gratidão aos pesquisadores, avaliadores e leitores que publicamos mais esta edição do periódico *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, objetivando, a partir da colaboração de todas e todos, a construção de uma cultura acadêmica cada vez mais acessível e enriquecedora. Estimamos a todas e todos, assim, uma ótima leitura!

3

Porto Alegre, 25 de outubro de 2019

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini  
Editor-chefe

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim  
Editor-chefe Substituto

Doutorando Kenny Sontag  
Editor-colaborador



## A CAPACIDADE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS: UMA VISÃO LUSO-BRASILEIRA\*

### LEGAL CAPACITY OF A COMPANY: A LUSO-BRAZILIAN APPROCHEMENT

Diogo Costa Gonçalves\*\*

**RESUMO:** Desde a criação da persona ficta (SINIBALDO DEI FIESCHI), no séc. XIII, que a ciência jurídica se ocupa da capacidade das pessoas jurídicas, em particular, das sociedades comerciais. O tema foi especialmente discutido na codificação portuguesa e brasileira. Neste estudo, procuramos um diálogo luso-brasileiro sobre esta questão dogmática central: que direitos e obrigações podem, afinal, ser imputados a uma sociedade comercial?

**ABSTRACT:** *The capacity of legal persons, specially of commercial companies, has been discussed since the "invention" of the persona ficta (SINIBALDO DEI FIESCHI), in the 13th century. The theme was especially important in Portuguese and Brazilian codification. In this paper, it is our intent to establish a luso-brazilian dialogue about this dogmatic central question: what legal situations (rights and obligations) can be imputed to a company?*

**PALAVRAS-CHAVE:** Capacidade jurídica. Sociedades comerciais. Lucro.

**KEYWORDS:** *Legal capacity. Commercial companies. Profit.*

**SUMÁRIO:** Introdução. § 1.º O princípio da especialidade na tradição jurídica portuguesa. 1. As corporações de mão morta e o Código SEABRA. 2. Do Anteprojecto de FERRER CORREIA ao atual Código Civil português. 3. A formação do art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais. § 2.º O princípio da especialidade na tradição jurídica brasileira. 4. Da Consolidação das Leis Civis (1858) ao Código Civil de 1916. 5. O Código Civil de 2002 e o estado da arte: um diálogo possível? § 3.º A evolução interpretativa do princípio da especialidade no art. 6.º CSC. 6. A relevância do fim legal tipológico. 7. Tese tradicional: o escopo lucrativo como fim da sociedade e a sua inoperacionalidade. 8. A superação pragmática do princípio da especialidade. 9. Vias de superação dogmática: o princípio da especialidade e a vinculação das sociedades. 10. Cont.: a superação pura. § 4.º Reconstrução dos dados normativos: o escopo lucrativo como máxima de atuação. 11. O escopo lucrativo como conceito quadro. 12. O escopo lucrativo como Handlungsmaxime. § 5.º Sinopse.

## INTRODUÇÃO

*Podemos imputar às sociedades comerciais todas as situações jurídicas compatíveis com a sua natureza ou, ao contrário, a instrumentalidade da pessoa jurídica exige uma limitação da sua capacidade?*

Esta é a questão que nos serve de mote para a reflexão que procuramos trazer a este I Congresso Luso-Brasileiro de Direito das Sociedades Comerciais.

O modo como a pergunta se encontra formulada exige alguns esclarecimentos.

\* O texto que ora se publica corresponde à conferência proferida no I Congresso Luso-Brasileiro de Direito das Sociedades Comerciais que teve lugar em Porto Alegre (Brasil), nos dias 02 e 03 de outubro de 2017. O Congresso foi organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo Centro de Investigação de Direito Civil (CIDP) e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul. A coordenação científica foi assegurada pelos Senhores Professores Doutores Paula Costa e Silva, Diogo Costa Gonçalves e Catarina Monteiro Pires (FDL) e Gerson Luiz Carlos Branco e Luís Filipe Spinelli (UFRGS).

\*\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

Em primeiro lugar, partimos do pressuposto que existe um conjunto de situações jurídicas que não são, pela própria natureza das pessoas jurídicas, imputáveis às sociedades comerciais. Trata-se de uma evidência que, ainda assim, tem na cultura jurídica lusófona um lastro histórico bastante marcado. Em causa estão aquelas situações jurídicas que exigem a condição humana do sujeito ou o suporte biológico da sua existência.

Em segundo lugar, assumimos a *instrumentalidade* da pessoa jurídica<sup>1</sup>. Quer com isto dizer-se que uma pessoa jurídica – *maxime* uma sociedade comercial – existe para servir concretos fins humanos, identificáveis com maior ou menor facilidade. É este um dado histórico-dogmático constante e está na base da antiga concepção da personalidade ou da capacidade jurídica como um *privilégio* atribuído ou reconhecido pelo poder soberano, em atenção à bondade ou interesse dos fins servidos pela pessoa jurídica em causa.

Por fim, a instrumentalidade a que aludimos surge diretamente relacionada com a imputabilidade abstrata de situações jurídicas – isto é: com a capacidade de gozo da pessoa jurídica em causa –, pressupondo, portanto, que a instrumentalidade da pessoa jurídica se encontra diretamente relacionada com a medida concreta de direitos e obrigações que esta pode titular.

As duas primeiras premissas parecem-nos incontestáveis: uma limitação *ex rerum natura* da capacidade da pessoa jurídicas não oferece especiais dificuldades; tão pouco a certeza de que a existência das pessoas jurídicas serve sempre concretos fins humanos pode ser contestada. Como no passado, também agora é verdadeiro o antigo adágio, repetidamente afirmado ao longo da história do pensamento jurídico, segundo o qual «*hominum causa omne ius constitutum sit*» (D.1.5.1.)<sup>2</sup>.

Já a terceira premissa – a que postula uma relação direta entre a instrumentalidade da pessoa jurídica, *maxime* da sociedade, e a limitação da sua capacidade de gozo –, não pode ser afirmada sem reservas.

Na verdade, não podemos assumir como certo *quod erat demonstrandum*.

<sup>1</sup> COSTA GONÇALVES, Diogo. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 717 e ss. e *passim*.

<sup>2</sup> A *sententia* recolhida no *Digestum* tem origem na obra de HERMOGENIANUS, *Juris Epitomarum*, VI, I. O escrito data de cerca do ano 331, segundo Otto LENEL, *Palingsenesia juris civilis*, I, 1808, 265. Do eminente jurista pouco se sabe para além de que atuou como *magister libellorum* sob o imperador DIOCLETIANUS (sécs. III-IV). Com referências, veja-se HONORÉ, Tony. *Emperors and Lawyers*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 66-67 e p. 177 e ss. Trata-se, na verdade, de um brocardo tardio, elaborado já sob a influência do cristianismo nas instituições jurídicas do império.





A nossa exposição ir-se-á centrar, portanto, neste último tópico: *em que medida é possível conceber, e com que critério, uma capacidade de gozo limitada das sociedades comerciais?*

## §1.º O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NA TRADIÇÃO JURÍDICA PORTUGUESA

### 1. AS CORPORAÇÕES DE MÃO MORTA E O CÓDIGO SEABRA

I – O primeiro código civil português (Código SEABRA), no que às *peessoas moraes* diz respeito, afastou-se marcadamente da inspiração napoleónica<sup>3</sup>, prevendo expressamente a sua existência e dotando-as de um regime relativamente extenso, para as possibilidades científicas coevas.

A aprovação da figura não foi, contudo, pacífica. No centro da discussão esteve, justamente, a questão da *capacidade patrimonial* das pessoas morais<sup>4</sup>. É elucidativo do conteúdo da discussão os quesitos formulados na sessão da comissão revisora de 23-jun.-1860, e que constam da respetiva ata<sup>5</sup>:

1.º Podem as corporações perpetuas adquirir bens de raiz, fóros, censos ou pensões por título oneroso?

Decidiu-se que não à unanimidade.

2.º Podem adquiri-los por título gratuito?

Decidiu-se que sim, por maioria.

3.º Podendo adquiri-los por este título, devem ser obrigadas a converte-los, e em que praso?

Decidiu-se que sim, e dentro de anno e dia.

4.º Deve a conversão ser deixada ao arbitrio d'ellas, ou ser em títulos de dividas pública fundada ou acções?

Decidiu-se que em título de dívida fundada e em acções, votando contra os srs. Seabra, Simas e Ferrão.

5.º Podem adquirir por título oneroso ou gratuito outros quaesquer bens, sendo indispensáveis para desempenhar os deveres do seu instituto?

Decidiu-se que sim.

6.º Para adquirirem n'este caso, precisam de licença das côrtes ou do governo?

Decidiu-se que não.

<sup>3</sup> Ainda que deva ter-se em conta o art. 910.º Código NAPOLEÃO.

<sup>4</sup> Com desenvolvimento e referências, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, p. 466 e ss.

<sup>5</sup> *Actas das sessões cit.*, 37.

Das respostas dadas aos quesitos resultou o regime da capacidade das pessoas morais do Código SEABRA, vertido nos arts. 34.º e 35.º:

Art. 34.º – As associações ou corporações, que gosam de individualidade jurídica, podem exercer todos os Direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto.

Art. 35.º – As associações ou corporações perpetuas não podem, porém, adquirir por título oneroso bens imobiliários, excepto sendo fundos consolidados, e os que adquirirem por título gratuito, não sendo d'esta espécie, serão, salvas as disposições de leis especiaes, convertidos n'ella dentro de um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.

§ 1.º O que fica disposto na segunda parte d'este artigo não abrange os bens immoveis, que forem indispensaveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.

§ 2.º São havidas, para os effeitos declarados n'este artigo, como perpetuas:

1. As associações ou corporações por tempo ilimitado;
2. As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interesses materiaes.

II – Como facilmente se concluiu, a limitação da capacidade das *pessoas moraes* dizia unicamente respeito à titularidade da propriedade imobiliária, fazendo-se eco das antigas limitações das corporações de mão morta. Quanto ao mais, dispunha o Código SEABRA que as pessoas jurídicas podiam exercer «*todos os Direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto*».

Ainda assim, este indício de limitação permitiu que sob a égide do Direito codificado fosse sendo formulada uma genérica incapacidade de gozo das pessoas jurídicas: o *princípio da especialidade*.

III – Na sua origem está o génio de GUILHERME MOREIRA que, em comentário ao art. 34.º Código SEABRA, afirmava:

A especialização dos poderes compreendidos na capacidade jurídica da pessoa colectiva deriva do reconhecimento que dessa personalidade é feito pelo Estado, ou, de um modo mais geral, pela ordem jurídica. Esse reconhecimento envolve, por sua própria natureza, a limitação da capacidade da pessoa colectiva, pois é o interesse para que a pessoa coletiva se constitua que legitima os poderes que por lei lhe são reconhecidos (art. 34.º)<sup>6</sup>.

O passo ora citado constitui a síntese proposta por GUILHERME MOREIRA para o problema da capacidade civil das pessoas coletivas e a enunciação sumária do *princípio da*

<sup>6</sup> MOREIRA, Guilherme. *Instituições do Direito Civil Português*, I. Coimbra: Editora da Universidade, 1907, p. 316.

*especialidade*, que limita a capacidade das pessoas coletivas em razão do fim para que foram constituídas.

IV – Na formulação técnico-jurídica do princípio da especialidade, GUILHERME MOREIRA procede a uma identificação entre *fim* e *interesse*. Para o autor é meredianamente claro que as pessoas coletivas não gozam de uma capacidade jurídica ilimitada. Isto, não sobretudo por decorrência legal mas, principalmente, pela própria natureza das coisas.

Com efeito, a personalidade coletiva é uma realidade instrumental, na medida em que serve a prossecução efetiva de certo interesse ou acervo de interesses. É o interesse juridicamente protegido que justifica a personificação. Daqui decorre que as pessoas coletivas só poderão ser capazes dos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos interesses para cuja tutela são criadas.

O *fim* do princípio da especialidade identifica-se, deste modo, com o *interesse coletivo* da pessoa moral. Indagar sobre os fins da pessoa coletiva, em ordem à delimitação da sua capacidade, é portanto indagar acerca dos interesses coletivos que justificam a personificação. A personalidade coletiva, enquanto expediente jurídico de proteção de interesses, esgota o seu fim na prossecução desses mesmos interesses tutelados.

V – Daqui resultou o que vimos designando por uma *dogmática integrada* da personalidade coletiva<sup>7</sup>: o fundamento dogmático da personificação – que para o autor reside na noção de interesse<sup>8</sup> – é o mesmo da mitigação jurídica da capacidade das pessoas coletivas.

<sup>7</sup> Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personifica o jurídico-privada*, 2015, p. 500.

<sup>8</sup> O autor parte de uma no o técnico jurídica de pessoa, como «qualquer ente suscetível de direitos e obriga es» (MOREIRA, Guilherme Alves. *Institui es do Direito Civil Português*, II. Coimbra: Editora da Universidade, 1907, p. 153). Tal suscetibilidade, como aliás dispunha o art. 1.  Código SEABRA, corresponde   no o de personalidade jurídica. A no o de individualidade jurídica, que o Código utilizava acerca das pessoas morais, cont m o mesmo significado. O fundamento da personalidade jurídica não reside, para GUILHERME MOREIRA, na vontade mas na no o de interesse: “A vontade representa [...] uma condi o absolutamente necessaria para que o homem possa, como pessoa, realizar actos previstos pela ordem jurídica, mas não   o fundamento da personalidade [...]. Pela personalidade o homem fica sendo sujeito de Direitos, de determinados interesses ou duma quota parte dos bens da vida”. (MOREIRA, *Institui es*, II, cit., p. 155-156). Em causa está a deriva o da personalidade – enquanto suscetibilidade de direitos – da própria no o de direito subjetivo que o autor adota: “interesse juridicamente garantido mediante o reconhecimento da vontade que o representa” (MOREIRA, *Institui es*, II, cit., p. 4.) A constru o   claramente de IHERING, ainda que indiretamente colhida nas obras indicadas no início do   1.  das *Institui es*. Colocada a t nica na no o de interesse, o *iter* que GUILHERME MOREIRA irá percorrer   facilmente identificável. Para além dos interesses individuais, secundados pelas pessoas singulares, há interesses coletivos, comuns a certos grupos de indivíduos. Para que tais interesses sejam tutelados, a ordem jurídica admite a existência de outras pessoas que não são as naturais, cuja atua o garanta a prossecu o de tais interesses. Estes sujeitos (não individuais) com personalidade jurídica são as denominadas *pessoas coletivas* (MOREIRA, *Institui es*, II, cit., p. 156 e 157). Já depois da publica o das *Institui es*, GUILHERME MOREIRA irá retomar, entre os anos 1907 e 1909, o tema da *personalidade colectiva* num conjunto de publica es

Os limites impostos à capacidade das pessoas morais não são portanto exógenos mas endógenos: derivam da própria fundamentação dogmática da personalidade coletiva.

Esta nota é inovadora no panorama jurídico lusófono. Como sublinhámos, o problema da capacidade das pessoas morais estava dominado pela herança dos limites patrimoniais das corporações de mão morta. Uma derivação da capacidade jurídica das pessoas coletivas a partir da sua própria fundamentação dogmática foi um caminho metodológico iniciado por GUILHERME MOREIRA.

## 2. DO ANTEPROJETO DE FERRER CORREIA AO ATUAL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

I – O princípio da especialidade conheceu relevantes vozes de resistência, como JOSÉ TAVARES<sup>9</sup> e CUNHA GONÇALVES<sup>10</sup>. Mas conheceu também o acolhimento de um autor que viria a marcar profundamente a primeira metade do séc. XX jurídico português: MANUEL DE ANDRADE<sup>11</sup>.

Ainda assim, os sufragantes do princípio da especialidade procuraram sempre limitar o seu alcance prático, de tal sorte que, à exceção de alguns casos duvidosos e das hipóteses de propriedade imobiliária, a exceção normativa (leia-se: a capacidade) quase que surgia como regra de Direito.

II – A esta evolução não foi alheio FERRER CORREIA que, na preparação do novo Código Civil, veio propor o abandono do princípio da especialidade:

Art. 5.º

Salvo as excepções determinadas na lei, a capacidade das pessoas colectivas estende-se a todos os Direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular.

na *RLJ* (n.ºs 1732-1804). O trabalho aí desenvolvido é de maior fôlego e profundidade e são revisitadas algumas das posições veiculadas nas *Instituições*

<sup>9</sup> “Desde que a lei reconhece a existência de uma personalidade jurídica, esta tem, em princípio geral, a capacidade de uma pessoa física, exceptuando apenas os direitos que, por sua natureza ou pelo seu fundamento, lhe não podem realmente pertencer [...]”. –TAVARES, José. *Sociedades e empresas comerciais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1924, p. 170.

<sup>10</sup> “Em princípio, as pessoas colectivas têm uma capacidade correspondente à das pessoas físicas, no mesmo ramo de actividade; e, como em relação aos indivíduos, pode dizer se em relação a elas que a sua capacidade é de regra e a incapacidade uma excepção”. –CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 795.

<sup>11</sup> ANDRADE, Manuel de. *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, I. Coimbra: Casa do Castelo, 1944, p. 143-144.

Art. 6.º

1 – As pessoas colectivas constituídas por tempo indeterminado, e bem assim as de duração limitada mas de fim ideal, só com autorização do Governo, dada pelo Ministério do Interior, poderão adquirir bens imobiliários por título oneroso. Na falta de autorização, o acto não terá efeito.

A autorização não poderá deixar de ser concedida se os bens forem indispensáveis ao desempenho das funções da pessoa colectiva.

2 – As associações e fundações das espécies mencionadas no parágrafo anterior poderão adquirir livremente bens imobiliários a título gratuito, mas ficarão sujeitas ao imposto sobre as sucessões e doações por cada período de 30 anos.

Não haverá lugar ao pagamento do imposto na hipótese prevista na segunda parte do parágrafo antecedente.

No *Anteprojeto de FERRER CORREIA*<sup>12</sup>, a regra é da plena capacidade jurídica das pessoas coletivas: excetuando os direitos e obrigações cuja titularidade se encontra vedada por lei, as pessoas coletivas seriam capazes de todos os direitos e obrigações que não dependessem da qualidade humana do sujeito<sup>13</sup>.

III – O *Anteprojeto* foi objeto de uma *1.ª Revisão Ministerial* (1961)<sup>14</sup>, sem que ocorresse qualquer modificação substancial do articulado. Na *2.ª Revisão Ministerial* (1965)<sup>15</sup>, as alterações foram significativas, o que levou a uma verdadeira inversão dogmática no tratamento da pessoa coletiva. A razão, em última instância, deverá ser procurada junto das opções doutrinárias de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>16</sup>.

A maior surpresa surge, justamente, quanto à capacidade jurídica das pessoas coletivas. A ruptura com a evolução dogmática verificada durante a primeira metade do séc. XX é manifesta e injustificada.

Se o articulado de FERRER CORREIA espelhava a evolução juscientífica da primeira metade do séc. XX, a *2.ª Revisão Ministerial* representa, neste ponto, um injustificável

<sup>12</sup> FERRER CORREIA, António. Anteprojeto do Código Civil, *BMJ* 67, 1957, p. 247-281.

<sup>13</sup> Tratamento especial merece a titularidade da propriedade imobiliária (art. 6.º). Em causa está a antiga tradição das corporações de mão morta, presente no Código SEABRA. O seu enquadramento normativo é especialmente relevante. Com efeito, FERRER CORREIA compreende que o núcleo problemático da capacidade jurídica das pessoas coletivas reside, do ponto de vista histórico-dogmático, na propriedade imobiliária. Esta deveria conhecer disciplina particular cuja concretização normativa não contaminasse a construção da própria capacidade de gozo das pessoas coletivas. Ou seja: a propriedade imobiliária seria matéria excepcional que não impediria a afirmação da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas como princípio geral.

<sup>14</sup> Tomamos por referência a data de publicação do articulado revisto. Cfr. PORTUGAL. *Código Civil – Livro I – Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, 1961.

<sup>15</sup> *Código Civil – Livro I – Parte Geral (2.ª Revisão Ministerial)*, 1965.

<sup>16</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português, I (Introdução...)*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 240 e, em especial, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português, IV (Parte Geral – Pessoas)*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 675.

retrocesso. Os arts. 5.º e 6.º do *Anteprojecto* e 122.º e 123.º da 1.ª *Revisão* passaram a conhecer a seguinte redação:

Art. 160.º

- 1 – A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os Direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.
- 2 – Exceptuam-se os Direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.

Art. 161.º

- 1 – As pessoas colectivas podem adquirir livremente bens imóveis a título gratuito.
- 2 – Carece, porém, de autorização do Governo, sob pena de nulidade, a aquisição de imóveis a título oneroso, bem com a sua alienação ou oneração a qualquer título.”.

Trata-se de uma considerável limitação à atuação das pessoas coletivas. Mantêm-se as limitações gerais, *ex natura* (art. 160.º/2), herdadas do *Anteprojecto*; a elas somam-se agora as decorrentes de um *fim* das pessoas coletivas. Mantêm-se, igualmente, as limitações associadas à titularidade de bens imóveis, mas reforça-se o controlo governamental em sede de alienação e oneração da propriedade imobiliária (art. 161.º/2).

O texto da 2.ª *Revisão* passou, em 1966, ao *Projecto de Código Civil* e veio a conhecer força de lei, no atual Código Civil português.

### 3. A FORMAÇÃO DO ART. 6.º DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

I – Acompanhando a sistemática do CC (arts. 157.º e ss.), também o CSC quis ocupar-se *ex professo* da capacidade jurídica das sociedades comerciais (art. 6.º). Na redação do artigo confluem diversas influências normativas e transferências jurídico-culturais que determinam, em parte, a parca unidade do regime vigente.

No *Anteprojecto de FERRER CORREIA*, respeitante à Parte Geral, nada é dito quanto à capacidade das sociedades<sup>17</sup>. Não é de estranhar: ao tempo, encontrava-se já em vigor o art. 160.º CC pelo que, a menos que existisse alguma especificidade propriamente societária, prevalecia o regime geral. Por outro lado, como vimos, o entendimento de FERRER CORREIA acerca da capacidade jurídica das pessoas coletivas havia sido afastado na 2.ª *Revisão Ministerial* do CC, razão suficiente para que ao autor repugnasse a consagração expressa de uma disciplina que não merecia a sua aprovação juscientífica.

<sup>17</sup> FERRER CORREIA, António. *Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)*, com a colaboração de António Caetano, *BMJ* 185 (1969), p. 25-81, p. 25 e ss.



II – No *Projeto de CSC*, publicado em 1983<sup>18</sup>, a situação é radicalmente distinta: o regime do atual art. 6.º CSC surge aí previsto (como art. 7.º) em termos literalmente idênticos.

Entre 1969 e 1983 passámos de uma ausência de previsão normativa à regulamentação especial da capacidade das sociedades comerciais. O que ocorreu nesse lapso temporal não é possível documentar, porquanto não se conhecem outras redações do anteprojeto de Parte Geral.

Todavia, é possível imputar a atual redação do preceito a RAÚL VENTURA. Com efeito, o autor, em 1981, foi encarregado de elaborar um *Anteprojeto de Lei Geral das Sociedades*<sup>19</sup> sendo que a este *Anteprojeto* corresponde o *Projeto de CSC*, após revisão de FERNANDO OLAVO e ANTÓNIO CAEIRO<sup>20</sup>.

Ecos do estudo de RAÚL VENTURA acerca da adaptação do Direito português à 1.ª Diretriz estão claramente presentes na redação do art. 6.º<sup>21</sup>.

O resultado final resulta numa manta de retalhos normativos:

(i) O n.º 1 do art. 6.º reproduz, quase literalmente, o art. 160.º CC.

(ii) Os n.ºs 2 e 3 não encontram paralelo no regime civil: são elaboração especificamente jussocietária. Mercê porém da parca documentação, não é possível reconstituir a sua origem exata nem conhecer os motivos justificativos subjacentes, para além das variações históricas já conhecidas.

(iii) O art. 6.º/4 denota a influência direta do Direito europeu das sociedades e, por via deste, da tradição anglo-saxónica dos atos *ultra vires*.

(iv) Por fim, o n.º 5 conhece uma inserção sistemática duvidosa. Nele se reproduz o princípio geral da responsabilidade das pessoas coletivas, resultante do art. 165.º CC. A matéria é, contudo, estranha à disciplina da capacidade.

III – Mercê desta confluência normativa diversificada, é possível distinguir no art. 6.º dois *blocos normativos*. O primeiro diz respeito às questões da capacidade em sentido próprio e é composto pelos n.ºs 1, 2 e 3 e pela primeira parte do n.º 4. O segundo diz respeito à responsabilidade dos órgãos sociais (art. 6.º/4, 2.ª parte) e da própria sociedade quanto aos atos praticados pelos seus representantes (art. 6.º/5), de que aqui não cuidaremos.

<sup>18</sup> *BMJ* 327 (1983), 43 e ss.

<sup>19</sup> CAEIRO, António. *A Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 5.

<sup>20</sup> CAEIRO, A Parte Geral cit., p. 5.

<sup>21</sup> VENTURA, Raul. *Adaptação do Direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre Direito das Sociedades*, Lisboa, 1981.

A construção do *primeiro bloco normativo* gira em torno da consagração do *princípio da especialidade* (art. 6.º/1), tal qual surge no art. 160.º CC<sup>22</sup>. O mesmo princípio está igualmente presente nos n.ºs 2 e 3 do preceito que se afiguram concretizações *ratione materiae* do mesmo critério: as liberalidades são, por princípio, “*havidas como contrárias ao fim*” da sociedade (6.º/2) e, do mesmo modo, a prestação de garantias a terceiros, salvo as exceções previstas, “*considera-se contrária ao fim*” (art. 6.º/3).

O quadro encerra com uma distinção entre fim e objeto social (n.º 4).

IV – O modo como o legislador enuncia a capacidade jurídica das sociedades tem necessários *efeitos hermenêuticos* que podemos já antecipar.

Em primeiro lugar, a evolução dogmática verificada em torno do art. 160.º CC não pode ser ignorada na interpretação do art. 6.º. Trata-se, ao menos como ponto de partida metodológico, do mesmo dado sistemático revelado em lugares distintos do ordenamento. O que fica dito não afasta, naturalmente, uma possível *autonomização substancial* da especialidade no âmbito do Direito societário<sup>23</sup>. O que não é possível é determinar o conteúdo normativo do art. 6.º CSC sem dominar os vetores dogmáticos fundamentais do art. 160.º CC.

Em segundo lugar, as disposições normativas do art.º 6.º/2 e 3 encontram-se geneticamente dependentes do sentido possível do princípio da especialidade. O que for dito sobre este princípio tem naturais repercussões no conteúdo normativo dos preceitos em causa.

Porém, porque os mesmos preceitos surgem como especificações do próprio princípio da especialidade na disciplina do Direito societário, o alcance do art. 6.º/1 também só pode ser determinado à luz destes preceitos sobre os quais o próprio princípio exerce influência normativa.

O resultado final do processo interpretativo não poderá deixar de ser, portanto, uma *interpretação integrada*, em processo de *espiral hermenêutica*.

<sup>22</sup> Em sentido contrário, vendo na distinção entre *fins* (art. 160.º/1) e *fim* (art. 6.º/1) um sinal diferenciador dos regimes consagrados, cfr. OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades, *ROA*, 56, 1996, II, p. 565-593 e OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras, *ROA*, 58, 1998, II, p. 823-858.

<sup>23</sup> No sentido a que alude JOÃO ESPÍRITO SANTO, por oposição a uma *autonomização formal* que consubstanciaria a simples reprodução do mesmo princípio revelado no art. 160.º/1 CC. Cfr. ESPÍRITO SANTO, João. *Sociedades por Quotas e Anônimas*. Almedina: Coimbra, 2000, p. 155-156.



## § 2.º O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

### 4. DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS (1858) AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

I – Pese embora a Constituição de 1824 prever já, no seu art. 179.º, a elaboração de um Código Civil, foi apenas em 15 de fevereiro de 1855 que o governo encarregou o Bacharel TEIXEIRA DE FREITAS de iniciar os trabalhos conducentes à elaboração da primeira codificação civil brasileira<sup>24</sup>.

A reforma da legislação civil deveria ser feita em duas fases: (i) numa primeira fase, far-se-ia a recolha (e classificação) das fontes do Direito vigente; (ii) em momento posterior, proceder-se-ia à elaboração de um código civil<sup>25</sup>.

Em 1858 o trabalho de compilação do Direito vigente estava concluído e TEIXEIRA DE FREITAS apresentou ao Imperador a *Consolidação das Leis Civis* que D. Pedro II aprovou<sup>26</sup>.

II – No que diz respeito à pessoa jurídica, a *Consolidação* continha, na sua parte geral, um único artigo com a seguinte redação:

Art. 40.º

As pessoas são singulares ou collectivas. São pessoas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Prior e Convento, marido e mulher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se considerem como uma pessoa.

III – Na parte geral, nada se previa, especificamente, quanto à capacidade das *pessoas collectivas*. Contudo, em sede «*dos direitos pessoas nas relações civis*», surgiam dois artigos de especial importância:

Art. 342.º

São nullos em Juizo e fora dele, todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação de bens móveis, imóveis, e semoventes, do seu patrimonio,

<sup>24</sup> Para um enquadramento geral, veja-se, por exemplo, FIGUEIREDO MARQUES, Rui; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 309 e ss.

<sup>25</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. História da codificação civil brasileira: In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIRÊDO ALVES, Jones. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. v. 6. São Paulo: GEN, 2007, p. 21.

<sup>26</sup> A intervenção régia na publicação da obra de TEIXEIRA DE FREITAS conferiu à *Consolidação* especial relevo jurídico. Se não era lei, foi largamente acolhida com força de lei, sendo comuns as referências à *Consolidação* como o primeiro código civil brasileiro, ou como fazendo as vezes de código. Com referências, cfr. MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas – O jurisconsulto do império*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1979, p. 119 e ss. e BEVILÁQUA, Clovis. *Resumo das licções de legislação comparada sobre o Direito privado*. Bahia: Magalhães, 1897, p. 116.

uma vez que não haja precedido expressa licença do Governo para a celebração de taes contractos.

Art. 343.º

Os Empregados Públicos, Officiaes Militares, Corporações de mão-morta, Clerigos, Regulares; e os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados; não podem fazer contractos nos casos, que declaram o Art. 148 do Cod. Crim. e os Arts. 2.º e 3.º do Código do Commercio.

À semelhança do que encontramos na tradição jurídica portuguesa, as limitações à transmissão da propriedade e o regime das corporações de mão-morta surgiam, no Brasil imperial, como hipóteses documentadas de limitação à capacidade das *peessoas collectivas, moraes, juridicas* ou, simplesmente, das corporações (mormente eclesiásticas).

III – Em continuidade com o previsto na Consolidação, o *Projecto TEIXEIRA DE FREITAS*<sup>27</sup> manteve a mesma limitação à capacidade de gozo das pessoas jurídicas:

Art. 281.º

São corporações de mão-morta os estabelecimentos e associações de duração ilimitada, e tendo património seu, a quem é prohibido alienar sem autorização do Governo os imóveis que já possuem, ou que de futuro vierem á adquirir por dispensa especial do Corpo Legislativo.

Art. 282.º

Reputar-se-hão legitimas, salvo o prejuizo de terceiros, todas as acquisições de imóveis possuídos por essas Corporações de mão-morta até a data da promulgação deste Codigo, ainda mesmo que não fossem feitas com dispensa das leis da amortização.

O regime seguia acompanhado de um princípio limitador da capacidade de gozo das pessoas jurídicas, segundo o qual haver-se-iam prohibidos “os actos e direitos, que não lhes fôrem expressamente permittidos” (art. 283.º).

O regime contrasta, aliás, com o princípio geral ínsito no art. 17.º do mesmo Projecto, nada limitador da dita capacidade civil.

IV – O *Projecto TEIXEIRA DE FREITAS* não chegou a bom porto<sup>28</sup>, mas o esforço codificador não foi abandonado. Destacam-se, em concreto, os seguintes trabalhos:

<sup>27</sup> Poucos meses após a publicação da *Consolidação*, o Governo veio autorizar, pelo Decreto 2318, de 22-dez.-1858, a contratação de um juriconsulto para a elaboração de um projeto de código civil. TEIXEIRA DE FREITAS viria a ser designado, para o efeito, em 10 de janeiro de 1859 e, em 1860, publicava o livro primeiro da Parte Geral, sob a designação *Código Civil – Esboço*.

Entre 1860 e 1865 viriam a lume diversos articulados elaborados pelo autor e destinados a integrar o código civil, cujo conjunto pode ser designado por *Projecto TEIXEIRA DE FREITAS*.

<sup>28</sup> Uma comissão constituída em 1864 iniciou os trabalhos de revisão crítica do *Projecto* em abril de 1865 (sobre a composição da comissão, veja-se Sobre a sua composição, cfr. CARVALHO NETO, *História da codificação civil brasileira* cit., p. 25). Os trabalhos decorreram a um ritmo muito lento e sem consensos e a 31 de agosto desse ano



- (i) A proposta do VISCONDE DE SEABRA de um projeto de código civil para o Brasil (1871), com 392 artigos, especialmente mal acolhida<sup>29</sup>;
- (ii) Os trabalhos de NABUCO DE ARAÚJO, entre 1872 e 1880, que, no entanto, “*não deixou código nem sequer o pensamento de seu código*”<sup>30</sup>;
- (iii) Os *Apontamentos para o Projecto de Código Civil brasileiro* (1881) de FELICIANO DOS SANTOS<sup>31</sup> que dariam origem ao *Projecto FELICIANO DOS SANTOS* (1884)<sup>32</sup>;
- (iv) Nos primeiros anos da República (1889-1930) o *Projecto COELHO RODRIGUES* e a *Nova Consolidação das Leis Civis*, de CARLOS DE CARVALHO<sup>33</sup>; e, por fim,
- (v) O *Projecto CLÓVIS BEVILÁQUA* (1899) que, 16 anos depois<sup>34</sup>, viria a ser aprovado pela Lei n.º 3071, de 01-jan.-1916, dando assim origem ao primeiro código civil brasileiro.

V – Durante os trabalhos da comissão revisora do *Projecto CLÓVIS BEVILÁQUA*, uma das disputas dogmáticas mais acesa – protagonizada por COELHO RODRIGUES e pelo próprio autor do projeto – ficou a dever-se, justamente, à capacidade das pessoas jurídicas e do princípio da equiparação, preconizado no *Projecto*<sup>35</sup>.

De acordo com COELHO RODRIGUES o projeto de código civil em discussão não promovia qualquer distinção entre a capacidade jurídica das pessoas naturais e das pessoas

---

a comissão suspendeu os seus trabalhos (com referências, MEIRA, *Teixeira de Freitas – O jurisconsulto do império* cit., p. 258).

No ano seguinte, o autor abandonaria o projeto que nunca veio a conhecer força de lei. Não obstante, a obra de TEIXEIRA DE FREITAS viria a marcar profundamente a ciência jurídica na América Latina, em particular o movimento da codificação presente em países como a Argentina e o Uruguai.

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928, p. 106.

<sup>30</sup> Neste sentido, CARVALHO NETO, *História da codificação civil brasileira* cit., p. 28, pese embora se conhecer algum articulado de sua autoria.

<sup>31</sup> Com referências, CARVALHO NETO, *História da codificação civil brasileira* cit., p. 29-30 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., p. 107.

<sup>32</sup> VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, p. 59.

<sup>33</sup> Com referências, CARVALHO NETO, *História da codificação civil brasileira* cit., p. 30-33 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., p. 107-108.

<sup>34</sup> Com referências sobre o *iter* legislativo observado, cfr. CARVALHO NETO, *História da codificação civil brasileira* cit., p. 33-35; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., p. 108 e ss. e ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Annotado*. 3. ed. São Paulo: Acadêmica, 1926, XIX e ss.

<sup>35</sup> A discussão encontra-se documentada in FERREIRA COELHO, A. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1923, p. 30-39.

jurídicas. Daí resultava uma equiparação juridicamente inaceitável entre realidades absolutamente distintas, que o autor rejeitava com os seguintes argumentos:

- 1.º as pessoas jurídicas são criações artificiais da lei, que, como todo o creador, pôde marear-lhe o modo e as condições de vida e até limitar a duração, salvo os direitos adquiridos; ao passo que a personalidade das naturaes é a condição sine qua non da existência da sociedade civil e politica e, portanto, do próprio legislador positivo;
  - 2.º cada pessoa natural tem o seu eu próprio, individual e independente dos outros, ao passo que as pessoas jurídicas representam um aggregado de duas ou mais naturaes, e ás vezes até de bens, como as fundações, com uma existencia emprestada pelas daquelas, ou por estes;
  - 3.º nenhuma pessoa jurídica pôde ter direitos de familia (também considerados civis), ao passo que toda a pessoa natural deve ter esses direitos, ainda quando não os possa invocar, como os expostos por falta de prova;
  - 4.º a lei civil pôde extinguir a pessoa jurídica, mas não a natural, depois da abolição da chamada morte civil que, espero em Deus, não ressuscitará entre nós;
  - 5.º a vida da pessoa natural é limitada a um periodo, relativamente curto, que a lei presume não poder exceder de um seculo, ao passo que as pessoas jurídicas podem durar muitos seculos, como a Igreja Catholica, o Reino de Portugal, as ordens de S. Bento ou S. Francisco e Misericordia do Rio de Janeiro, etc., etc.
- Esta última diferença é a razão principal das leis restrictivas da mão morta, que, no dizer hyperbolico do § 21 da lei de 9 de setembro de 1769, ameaçava toda a christandade de não haver um só palmo de terra, que pudesse pertencer a gente viva<sup>36</sup>.

VI – A resposta de CLÓVIS BEVILÁQUA é especialmente interessante. O autor começa por apresentar um resumo das principais orientações dogmáticas acerca da pessoa jurídica<sup>37</sup> que, na sua sistematização, podiam ser reconduzidas a seis:

- 1.ª A que considera as pessoas jurídicas puras criações do Estado e, portanto, ficções da lei (Savigny, Laurent, Vauthier, etc.).
- 2.ª A que afirma ser este genero de pessoas uma simples apparencia excogitada para facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhe attribuem, os individuos que a compõem ou em beneficio dos quaes ellas foram creadas (Ihering e Bolze).
- 3.ª A que contorna a dificuldade dizendo que, no caso das chamadas pessoas jurídicas ou sociaes, os bens não teem proprietarios, os direitos não teem sujeitos (Windscheid, Brinz, Demelius).
- 4.ª A que considera a vontade como sujeito dos direitos, tanto em relação aos individuos quanto ás corporações, e ás fundações (Zietelmann e Meuren).
- 5.ª A que pretende ver nas pessoas jurídicas simples manifestações de propriedade collectiva (Planiol).
- 6.ª A que enxerga nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades e fundações) substracta reaes e vivos como os que servem de base ás pessoas physicas (Gierke, Endemann, D'Agugno, Giorgi, Fadda, Benza, etc.)<sup>38</sup>

<sup>36</sup> *Apud FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, V, cit., p. 33-34.*

<sup>37</sup> Reportando-se a um estudo seu, publicado na *Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife*, com o título *Conceito das pessoas jurídicas*.

<sup>38</sup> *Apud FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, V, cit., p. 36.*

Seguidamente, contesta a posição de COELHO RODRIGUES por ver nela uma adesão à doutrina savignyana da ficção, há muito abandonada na ciência jurídica.

Com efeito, COELHO RODRIGUES parece sustentar que as pessoas jurídicas são “*creações artificiaes*” e, como tal, uma simples ficção normativa (*bloÙe Fiktion*<sup>39</sup>).

Não assim para CLÓVIS BEVILÁQUA<sup>40</sup>. Para o autor, as pessoas jurídicas são realidades vivas que se impõem ao Direito e que o Estado reconhece; são corpos sociais dotados de vida e interesses próprios, e não meras ficções jurídicas:

*A verdade é que o reconhecimento das pessoas jurídicas por parte do Estado não é acto de criação, mas sim apenas de confirmação, e, sob este ponto de vista, não são as pessoas jurídicas tratadas de modo diverso das pessoas naturais.*

E continua, citando ENDEMANN: “(...) com a associação se origina um corpo social dotado de interesses jurídicos próprios, o qual, do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente reconhecido como existindo realmente e agindo, e não simplesmente como um ser fictício.”<sup>41</sup>

O princípio da equiparação entre pessoas naturais e jurídicas decorre, para CLÓVIS BEVILÁQUA, da rejeição da doutrina da ficção: se as pessoas naturais e jurídicas têm uma existência própria e autónoma, que o Direito se limita a “*confirmar*”, não há razão para que não sejam plenamente equiparadas.

VII – Não obstante o que fica dito, CLÓVIS BEVILÁQUA não parece rejeitar a limitação da capacidade de gozo das pessoas jurídicas. Pelo menos, parece aderir a ANTÓNIO JOAQUIM RIBAS, por exemplo, fazendo sua a afirmação do autor segundo a qual a esfera da capacidade das pessoas jurídicas “*acha-se limitada, em geral, pelo seu destino*”<sup>42</sup>.

Todavia, quando tenta concretizar em que consiste tal limitação, CLÓVIS BEVILÁQUA não vai além da exclusão daqueles direitos e obrigações que, dada a condição inumana do sujeito, não lhe podem ser imputados<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts*, II. Berlin: Veit, 1840, p. 236.

<sup>40</sup> Já na obra *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*, cit., 147 e ss. o autor rejeita a doutrina da ficção, saudando o génio de TEIXEIRA DE FREITAS que terá banido tal construção dogmática do espaço jurídico brasileiro.

<sup>41</sup> *Apud* FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., p. 37 e p. 38-39, respectivamente.

<sup>42</sup> RIBAS, António Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, II. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. 142. Neste sentido, cfr. BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., p. 153.

<sup>43</sup> BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., p. 153. Em concreto: situações jurídicas familiares, sucessórias e a prática de crimes.

## 5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ESTADO DA ARTE: *UM DIÁLOGO POSSÍVEL?*

I – O cenário não se alterou significativamente com o novo Código Civil de 2002. O direito positivo mantém-se silente quanto à limitação da capacidade das pessoas jurídicas.

A disciplina das sociedades personificadas tão pouco oferece arrimo positivo suficiente para a formulação de um princípio da especialidade semelhante ao que vigora em Portugal. A LSA, promulgada ainda sob a vigência do Código de 1916, nada dispõe expressamente sobre a capacidade das sociedades anônimas.

II – Não obstante, uma certa ideia de limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas em razão do seu fim, permanece como um dado doutrinal importante. Talvez o diálogo com a doutrina e jurisprudência portuguesa se torne, quanto a este ponto, especialmente frutuoso, independentemente do sufrágio ou rejeição que possam merecer as teses que procuraremos defender.

20

### § 3.º A *EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NO ART. 6.º CSC*

#### 6. A RELEVÂNCIA DO *FIM LEGAL-TIPOLÓGICO*

I – A sorte do princípio da especialidade encontra-se condicionada pela possibilidade de determinar um conceito operacional de fim em razão do qual se limite a capacidade jurídica das sociedades.

Tal conceito operacional, a existir, deverá ser, naturalmente, um conceito normativo, nascido da ponderação do regime vigente.

Ora, a noção de *fim* está presente na disciplina das pessoas coletivas com níveis de intensidade diversos. Sobressai, desde logo, a utilização do conceito no sentido de *tipo legal*, podendo falar-se, nesta acepção, em *fim legal-tipológico*<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> É a designação oferecida por ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por Quotas e Anônimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, p. 109. O autor distingue entre uma noção de *fim legal-tipológico* (associado à distinção das pessoas coletivas em razão do tipo) do *fim estatutário* (o que a pessoa coletiva *in casu* se propõe fazer). Com especial interesse, veja-se a evolução que o autor documenta entre uma *especialidade* continental que

Este aceção torna-se mais relevante se tivermos em conta que é *communis opinio* a existência de um *numerus clausus* de pessoas coletivas, recortados de acordo com a tipologia legal. Para que ocorra personificação, *prima facie*, a realidade personificanda terá que conhecer um dos fins previstos na lei.

II – Com este enquadramento, a manualística foi interpretando a referência a *fim* (a *ratio* justificativa da personificação, diriam alguns<sup>45</sup>) com *escopo* ou *elemento teleológico* da pessoa coletiva, no roteiro expositivo da disciplina<sup>46</sup>.

Distingue-se, com frequência, entre fim *interessado/desinteressado*; *económico/não económico*; *lucrativo/não lucrativo*, retirando daí efeitos classificatórios para as pessoas coletivas<sup>47</sup>.

Mais difundida é a distinção entre *fim mediato* e *imediato*. A primeira coincide com a noção de fim legal-tipológico e a segunda com o objeto da pessoa coletiva ou a concreta atividade que esta se propõe realizar.

III – A noção de fim não goza apenas de importância enquanto enquadramento tipológico; ela representa ainda, em Portugal, um papel relevante no regime das pessoas coletivas, em particular no regime da sua extinção.

Assim, a extinção judicial das associações, prevista no art. 182.º/2, ocorre por realização completa ou impossibilidade do seu fim; por discrepância entre o fim real e o fim estatutário; e sempre que a prossecução do fim seja obtida por meios ilícitos ou imorais.

No caso das fundações, a extinção oficiosa obedece, quanto ao fim, ao mesmo regime das associações (art. 192.º/2). Em causa está o fim institucional (art. 191.º/1), estatutário, qualificado como de interesse social (art. 188.º/1).

---

se aproximou de um conceito de fim legal-tipológico e a tradição *ultra vires*, próxima da finalidade estatutária (115 e ss., em particular, 123 e ss.).

<sup>45</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 126 e, em sentido próximo, CARVALHO FERNANDES, Luis A. *Teoria Geral do Direito Civil*, I (Introdução. *Pressupostos da relação jurídica*). 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 447.

<sup>46</sup> Por todos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p. 655 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 126; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 447; OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil – Teoria Geral*, I (Introdução. *As pessoas. Os bens*). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 222 e ss. e MOTA PINTO, Carlos. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 271 e ss. Distingue-se entre fim *interessado/desinteressado*; *económico/não económico*; *lucrativo/não lucrativo* (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, cit., p. 233-235). O fim é entendido muitas vezes como razão da personificação.

<sup>47</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, cit., p. 233-235. Cfr. ainda CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, cit., p. 484 e ss. (com variações terminológicas). JOÃO ESPÍRITO SANTO distingue ainda entre *fim legal-tipológico abstrato* e *fim legal-tipológico concreto*, consoante o grau de concretude da previsão normativa. Cfr. ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., p. 109 e ss.

No caso das sociedades civis, a realização completa ou impossibilidade do fim imediato, dito *objeto*, é também causa de dissolução (art. 1007.º/c).

O que fica dito basta para evidenciar que para efeitos de regime das pessoas coletivas prevalece a noção de *fim imediato, estatutário, institucional* (no caso das fundações) ou, numa linguagem mais jussocietária, *fim-objeto*.

Este dado é particularmente evidente quanto se contrapõe a noção de *fim real* a “*fim expresso no ato de constituição*” (art. 182.º/2, b)) ou “*fim expresso no ato de instituição*” (art. 192.º/2, b)). Em causa está o confronto entre os atos materiais e jurídicos realmente praticados pela pessoa coletiva (*fim real*) e aqueles que esta se havia proposto praticar no seu ato constitutivo.

A sanção prevista para esta desconformidade não é a ineficácia de tais atos mas sim a dissolução da pessoa coletiva.

IV – Do que fica dito é possível concluir, pacificamente, que o fim a que alude o art. 160.º CC em caso algum coincide com o *fim imediato, estatutário, institucional* ou *fim-objeto*. Outra conclusão seria contrária ao próprio regime das pessoas coletivas, em concreto ao regime previsto para o *desvio do fim*<sup>48</sup>, que prevê a dissolução e não a ineficácia dos atos transviados (o que ocorreria em caso de incapacidade)<sup>49</sup>.

Não existe, portanto, base normativa para poder sustentar uma qualquer consagração, ainda que mitigada, da doutrina *ultra vires* (na sua formulação tradicional).

Resta, assim, ao intérprete-aplicador, a identificação do *fim* da pessoa coletiva, para efeitos do art. 160.º/1 CC, com a noção de *fim legal-tipológico*. Foi o caminho trilhado por parte significativa da doutrina.

## 7. TESE TRADICIONAL: O ESCOPO LUCRATIVO COMO FIM DA SOCIEDADE E A SUA INOPERACIONALIDADE

I – O *fim legal-tipológico* das sociedades comerciais tende a ser procurado junto da figura contratual de base. Ou seja: na ideia de *lucro*, ou de “*repartição de lucros*”, enquanto

<sup>48</sup> Expressão cunhada por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, p. 236 e, posteriormente, utilizada por ESPÍRITO SANTO para designar a inovação dogmática trazida pelo primeiro autor (*Sociedades por quotas e anónimas* cit, p. 156).

<sup>49</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., p. 266.



*essentialia negotii* ou *índice tipológico* do contrato de sociedade<sup>50</sup> (consoante se adote uma concepção mais conceptual ou tipológica no processo de qualificação).

Esta orientação levou à formação da *tese tradicional* acerca da limitação da capacidade das sociedades comerciais: o *fim da sociedade*, a que alude o art. 6.º/1, é o *escopo lucrativo* previsto no art. 980.º CC<sup>51</sup>.

O facto de o objeto social não limitar a capacidade das sociedades (art. 6.º/4) afastou liminarmente uma possível identificação com o fim imediato. As *liberalidades*, ao serem por princípio consideradas contrárias ao fim da sociedade (art. 6.º/2), bem como a prestação de garantias gratuitas a terceiros (art. 6.º/3), surgem como dados normativos que parecem reforçar a identificação normativa entre *lucro* e *fim social*.

II – A orientação ora enunciada padece, porém, da crónica dificuldade em determinar um *conceito operacional* de lucro, para efeitos de limitação da capacidade.

<sup>50</sup> Neste sentido, vendo no lucro um índice do tipo contrato de sociedade, PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 132-133. Sobre o problema da qualificação das sociedades não lucrativas, com referências, cfr. MIGUEL ASCENSO, João. *As sociedades não lucrativas – Breve análise do direito dos sócios aos lucros*, RDS III, 2011, 3, p. 811-856.

Há contudo autores que levantam reservas quanto à possibilidade de a própria noção de lucro – mau grado a redação do art. 980.º CC – consistir num *essentialia negotii* ou *índice tipológico* do contrato de sociedade ou, pelo menos, de todos os contratos de sociedade. OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, faz depender o fator qualificador do contrato de sociedade da noção de empresa: “[...] não nos parece correcto afirmar que o fim da sociedade é o lucro. O fim da sociedade é complexo, é o desempenho de uma actividade produtiva, susceptível de gerar lucros que possam ser repartidos. O acento deve recair sobre a primeira finalidade, pois é esta que justifica a disciplina e tutela das sociedades”. (OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Comercial*, IV. Lisboa: [s.n.], 1993, p. 24). O escopo teleológico do contrato de sociedade – definidor do tipo – não seria assim o lucro e a sua repartição mas sim a *atividade produtiva*, suscetível de gerar lucro (como consequência natural, mas não necessária, de tal atividade). JORGE PINTO FURTADO, movendo-se no contexto da tese tradicional, chama a atenção para a existência de sociedades comerciais sem escopo lucrativo, como as cooperativas e as SGPS (PINTO FURTADO, Jorge. *Curso de Direito das Sociedades*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 139.) e PAIS DE VASCONCELOS vai mais longe, sustentando que o arquétipo legal do art. 980.º não o é das sociedades comerciais (PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., 2006, p. 15 e 29 e *Contratos Atípicos*, 2.ª ed. cit., p. 67 e ss., p. 95 e ss.). De um modo geral, observa-se a tendência para uma matização do quadro normativo, que conduz ao progressivo abandono da relevância tipológica do lucro. A expressão «*repartição de lucros*» tende a ser preterida a favor de expressões como “*fim económico lucrativo*”, por exemplo (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed. cit., p. 486).

<sup>51</sup> Com variantes, esta tese é sustentada por autores como, por exemplo, SOVERAL MARTINS, Alexandre de. Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais. In: *Estudos de Direito das Sociedades* (Coutinho de Abreu). 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 110-114; “Capacidade e representação das sociedades comerciais”, *Problemas de Direito das sociedades*, 2002, p. 471-496, 472; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial*, II (*Das sociedades*). 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011 (reimp. 2013), p. 189 e ss.; PEREIRA DE ALMEIDA, António. *Sociedades Comerciais, valores mobiliários e mercados*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 39; OSÓRIO DE CASTRO, “Da prestação de garantias ...” cit., 566 e ss., *passim*; ENGRÁCIA ANTUNES, José A. *Direito das Sociedades* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013, 238 e ss.; REI, Maria Raquel. Sociedades anónimas desportivas – O fim lucrativo. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV. Coimbra: Almedina, 2011, p. 284.

Tal dificuldade reside, desde logo, na própria *assistematicidade* do conceito. Com efeito, o facto de ser abundante a referência a “*lucro*” no CSC – surge cerca de uma centena de vezes – não assegura por si uma construção unitária<sup>52</sup>. Pelo contrário: a sua utilização revela aceções semânticas muito distintas<sup>53</sup>, tornando-se difícil para o jurista encontrar um arrimo juspositivo a partir do qual possa densificar uma noção de lucro<sup>54</sup>, útil para efeitos de capacidade.

III – Ante um tal pluralismo semântico, fácil é compreender a existência de significativas *nuances* na posição dos autores que sufragam a tese tradicional.

Para FERRER CORREIA, por exemplo, o escopo lucrativo coincide com o intuito subjacente ao exercício de certa atividade que tenha em vista “*realizar o proveito económico dos sócios por qualquer modo que seja*”<sup>55</sup>. Em causa está uma noção ampla de lucro<sup>56</sup>, próxima da ideia de lucro potencial. Seria este o elemento essencial das sociedades comerciais, por oposição a uma ideia de repartição de lucros<sup>57</sup>.

Já RAÚL VENTURA aproxima-se mais da noção restrita de lucro, sublinhando a sua dimensão subjetiva, ao colocar a tónica na proibição de pacto leonino e daí fazendo derivar a

<sup>52</sup> Neste sentido, embora inconsequente, BRIOSA E GALA, Francisco. As participações sociais e o conceito de lucro nas sociedades de advogados. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV. Coimbra: Almedina, 2011, p. 184.

<sup>53</sup> Assim, e a mero título exemplificativo, o CSC refere-se a lucro como um *direito dos sócios* (arts. 21.º/1, a), 22.º, 23.º/4, 27.º/4, 40.º/1, 98.º/1, m), 119.º, h), 183.º/1 e 4, 186.º/5, 239.º, 494.º...), cabendo depois distinguir se em causa está um direito abstrato ou concreto aos lucros da sociedade; como um *bem social distribuível* (arts. 31.º, 33.º, 34.º, 96.º/1, 217.º, 294.º/1, 341.º/2, 342.º/1, 349.º/6...), ou *distribuído* (art. 243.º/3...); como um *direito de terceiros* (arts. 98.º/1 g); 119.º/ o); 217.º/3, 255.º/3, 294.º/3, 399.º...); como um certo *resultado do exercício* (arts. 209.º/3, 217.º, 287.º/3, 294.º/1, 296.º, b), 297.º, 346.º/4, a), 361.º/1, a), 362.º...); como *objeto de deliberação social* (arts. 246.º/1, e), 263.º/2 e 3...), etc.

<sup>54</sup> Chamando justamente a atenção para este aspeto, cfr. GROSSMANN, Adolf. *Unternehmensziele im Aktienrecht – Eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1980, p. 78.

<sup>55</sup> FERRER CORREIA, *Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)* (com a colaboração de ANTÓNIO CAEIRO) cit., p. 37. Cfr., igualmente, do autor, FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Comercial*. Lex edições jurídicas, 1994, p. 337 e ss.

<sup>56</sup> Neste sentido, FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55.

<sup>57</sup> FERRER CORREIA, “Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)” (com a colaboração de ANTÓNIO CAEIRO) cit., p. 37: “*O fim de conseguir lucros e repartir pelos sócios não parece, assim, possa considerar-se essencial, nem mesmo no plano da legislação mercantil vigente. Essencial é, sim, o exercício de uma actividade económica comum, tendo em vista realizar o proveito económico dos sócios por qualquer modo que seja.*”.

não qualificação do contrato como de sociedade se lhe faltar o elemento lucrativo<sup>58</sup>. O mesmo pode ser dito quanto à posição de CASSIANO DOS SANTOS<sup>59</sup>.

IV – Há que reconhecer, contudo, que por maiores que sejam os esforços dos autores, as tentativas de formular um conceito operacional de lucro, para efeitos de capacidade, acabam por redundar em circunlóquios referentes a uma ideia imprecisa de proveito económico.

Muitas vezes, não parece ser possível ir além de meras ilustrações linguísticas, elaboradas em torno de locuções como “*escopo lucrativo*” e “*intuito de obter lucros para atribuí-lo(s) ao(s) sócio(s)*”; “*finalidade lucrativa*”, etc.

Em algumas obras, desiste-se simplesmente de uma definição concreta de lucro, limitando-se à referência sumária da existência de escopo lucrativo e tomando por adquirido o seu significado<sup>60</sup>.

Autores há que vão ainda mais longe e nem sequer indicam o fim da sociedade. Pressupõem que a sociedade há de ter um qualquer fim; que tal fim determinará a sua capacidade e que, em qualquer dos casos, face ao teor do art. 6.º/4, não coincidirá com o objeto social... E, nesta sede, mais não dizem<sup>61</sup>.

Tal circunstância – se não superada por via doutrinal ou jurisprudencial – conduz a uma insegurança jurídica sistémica. Recorde-se que as sociedades comerciais são, com toda a certeza, os maiores agentes económicos nacionais, têm intervenção nos contratos mais significativos e são as principais litigantes. A sua vida e atividade convoca a aplicação de todas as áreas do Direito, abrindo aliás fronteiras em ramos ancestrais do Direito comum<sup>62</sup>. O grosso do comércio jurídico passa por estruturas societárias personalizadas.

VI – Do que fica visto, uma conclusão se impõe: a identificação do fim da sociedade com escopo lucrativo é, para efeitos do art. 6.º/1, dogmaticamente inoperante.

Tratando-se, a capacidade, de um juízo *ex ante*, qualquer noção de lucro real (seja ele contabilístico, do exercício, distribuível, etc.) deve ser afastada: não é possível ajuizar acerca

<sup>58</sup> VENTURA, Raul. *Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1989, 4.ª reimpr., 2007, p. 326.

<sup>59</sup> SANTOS, Cassiano dos. O direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz de 15 anos de vigência). In: *Problemas do Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 188 e ss. Cfr., ainda, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, 2006, 181 e ss., 242 e ss. e 253.

<sup>60</sup> SOVERAL MARTINS, *Da personalidade ...* cit., 110-111 e *CSC em comentário*, I, cit., 6.º, p. 110-112.

<sup>61</sup> Por exemplo, PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades* cit., p. 277-278.

<sup>62</sup> Pense-se, por exemplo, nas necessárias interrogações que a organização societária do património das famílias coloca ao Direito sucessório, claramente formado num contexto de titularidade patrimonial diverso do coevo.

da capacidade jurídica para a prática de um ato à luz de um critério só verificável depois do ato praticado.

Resta-nos, portanto, uma noção de *lucro potencial* como fim (legal-tipológico) da sociedade. Mas também esta é de escassa ou nenhuma utilidade. Por referência a um *lucro potencial* – a uma possível *vantagem ou proveito económico* (no sentido de FERRER CORREIA<sup>63</sup>) –, rara ou nenhuma será a atividade que não seja permitida, já que de todas sempre se poderá dizer terem sido praticadas em ordem a um lucro expectável ou subordinadas a um genérico interesse económico.

Compreende-se, portanto, que mesmo entre os sufragantes da tese tradicional, a acentuada dificuldade em delimitar uma noção concreta e operacional de lucro tenha levado a uma formulação tão *generosa* do princípio da especialidade que, na prática, o esvazia do conteúdo limitativo da capacidade de gozo.

É ilustrativa desta *generosidade*, a posição de OSÓRIO DE CASTRO:

[...] o escopo lucrativo que fornece a medida da capacidade da sociedade não tem de encontrar expressão no conteúdo do próprio ato ou negócio (...), bastando, ao invés, que as atividades se integrem em objetivos genericamente lucrativos, no sentido de que está presente um interesse económico (...). Resulta disto que, relativamente a atos onerosos, nunca se colocam problemas de incapacidade (mesmo tratando-se da prestação de garantias a dívidas de outras entidades): a conformidade com o fim social (com o escopo lucrativo) está sem mais assegurada (...). Faltando contrapartida é que será caso para indagar se não haverá porventura um interesse económico alheio ao conteúdo do ato [...].<sup>64</sup>

VII – A inoperacionalidade da noção de lucro conduz, portanto, a tese tradicional à *superação pragmática* do princípio da especialidade. Por um lado, mantém-se uma construção assente na limitação normativa da capacidade de gozo das sociedades, por referência a um escopo lucrativo; por outro, reduz-se o efeito limitativo do princípio da especialidade a casos de fronteira, excepcionais, que em bom rigor sempre seriam apanhados em outras malhas do sistema<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial* cit., 338 e ss.

<sup>64</sup> OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. A prestação gratuita de garantias e a assistência financeira no âmbito de uma relação de grupo. In: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 414.

<sup>65</sup> Um exemplo de fronteira oferecido por CARVALHO FERNANDES é a *doação feita por uma sociedade a um sócio*. Tal ato, segundo o autor, seria nulo por incapacidade. Mas, acaso não podem as sociedades distribuir bens aos sócios com os limites previstos nos arts. 31.º e 32.º CSC? E se tal «doação» for feita em violação destes preceitos, não há lugar à restituição do indevido (art. 34.º)? Parece absolutamente desnecessário, *in casu*, convocar o instituto da capacidade, a não ser em homenagem a um apriorismo conceptual.

O resultado é claro: as sociedades comerciais gozam, *formalmente*, de uma capacidade jurídica limitada mas, *materialmente*, de uma capacidade de gozo tendencialmente plena.

Reproduzem-se, portanto, nesta sede, as mesmas *interpretações generosas* do art. 160.º apelando-se, sobretudo, a um conceito amplo de lucro, capaz de englobar o mais lato leque de categoria de atos.

A jurisprudência, sobretudo a propósito da constituição de liberalidades e prestação de garantias, tem vindo a acentuar esta tendência, como melhor veremos, naquilo que se afigura um desenvolvimento construtivo ou aperfeiçoamento do Direito (*Rechtsfortbildung*) que não podemos ignorar.

## 8. A SUPERAÇÃO PRAGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

I – A sorte do princípio da especialidade, como vimos, depende absolutamente da possibilidade de identificação de um *conceito operacional de fim* para a pessoa coletiva, em razão do qual se possa aferir a sua capacidade jurídica.

Décadas volvidas, os esforços revelaram-se infrutíferos: há que assumir a inoperacionalidade dogmática do conceito de fim da pessoa coletiva como critério mitigador da capacidade de gozo.

O princípio da especialidade deve entender-se, portanto, superado.

II – As vias de superação nem sempre são coincidentes. *Breviter* dir-se-á que o princípio da especialidade é, em primeiro lugar, objeto de uma *superação pragmática*, já identificada: formalmente, a doutrina e a jurisprudência mantêm a referência à limitação da capacidade em razão do fim da pessoa coletiva; contudo, quando procura concretizar essa limitação, é levada a assumir que exceção consome a regra.

Sobre este pano de fundo, ensaiam-se, depois, *superações dogmáticas*.

III – Os primeiros passos de superação pragmática encontram-se logo em ANTUNES VARELA (autor material da *Segunda Revisão Ministerial*) que propõe, para a interpretação do princípio da especialidade, uma “*larga atenuação do seu rigor*”<sup>66</sup>. No mesmo sentido segue

<sup>66</sup> PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado*, I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 160.º, 165.

CARLOS MOTA PINTO<sup>67</sup>, recuperando o entendimento “*menos gravoso*” do princípio, herdado da formulação de MANUEL DE ANDRADE.

CARVALHO FERNANDES sustenta um “*entendimento liberal*” da especialidade que “*restringe significativamente o seu alcance*”<sup>68</sup>. O mesmo pode ser dito quanto a HEINRICH HÖRSTER<sup>69</sup>, com maior moderação.

IV – O tom geral da *superação pragmática* é uníssono: atos necessários ou convenientes à prossecução do fim da pessoa coletiva podem ser quase todos. Para aferir da capacidade, só pode ser feita uma delimitação em abstrato de certas categorias de atos e sempre para certa categoria de pessoas coletivas, em função da sua tipologia legal: tal esforço acaba por ser impreciso e redundante.

Também no âmbito desta orientação, ainda que com maiores reservas<sup>70</sup>, é possível enquadrar a posição de JOÃO ESPÍRITO SANTO:

[...]o art. 160.º, n.º 1, do CC poderia interpretar-se como o faz a doutrina tradicional no que respeita à demarcação negativa da capacidade da pessoa colectiva, não fora o facto da inoperacionalidade do princípio da especialidade tal como está consagrado. Não pode, pois, retirar-se a tradicional conclusão de que as pessoas colectivas têm uma capacidade de direito limitada pelo seu fim; antes deverá concluir-se que, naquilo

28

<sup>67</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., P. 318-321. Não deixa de ser significativo que o autor cite, em nota, a obra de SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil* (na tradução de Manuel de Alarcão, 1967) e faça referência à dificuldade prática na determinação do princípio da especialidade e à utilidade dos atos praticados fora do fim da pessoa coletiva, argumentos apresentados pelo autor italiano como justificação da inexistência de um tal princípio no Direito italiano.

<sup>68</sup> CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I cit., p. 605.

<sup>69</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992 reimp. 2012, p. 390-391.

<sup>70</sup> Colocamos reservas a este enquadramento do pensamento do autor, porquanto o estudo aturado que o autor faz do princípio da especialidade não o leva à mera repetição do seu conteúdo tradicional, seguido da constatação pragmática da sua inoperacionalidade. Há que não perder de vista que o autor distingue entre *fim mediato abstrato*, *fim mediato concreto* e *fim imediato concreto* (do autor, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 158 e ss.). O *fim mediato abstrato* corresponde, sem bem lemos, ao fim legal-tipológico (no caso das associações, um fim que não seja o lucro económico). O *fim mediato concreto* corresponde àquele que se desenha dentro do primeiro; e o *fim imediato concreto*, os concretos meios e atividades que a pessoa coletiva se propõe realizar. Segundo o autor, os fins a que alude o art. 160.º/1 CC correspondem ao *fim mediato concreto* (158). Ou seja: em causa não está nem o fim legal-tipológico, nem o objeto ou fim estatutário. Está antes a finalidade concreta, desenhada no âmbito do fim mediato abstrato, que será servida depois pelo objeto da pessoa coletiva. A inoperacionalidade do princípio da especialidade reside na impossibilidade de definir em abstrato atos ou categorias de atos que não sejam convenientes ao *fim mediato concreto*, tanto mais que um ato desnecessário ou inconveniente ao fim imediato (objeto) nem sempre o é necessariamente quanto ao *fim mediato concreto*. O autor parece subscrever muita da revisão proposta por OLIVEIRA ASCENSÃO quanto à matéria do princípio da especialidade. Mantém, contudo, a leitura tradicional do princípio como limitativo da capacidade e acentua, contra a proposta de OLIVEIRA ASCENSÃO, que no art. 160.º em causa está, em primeiro lugar e sobretudo, um problema de capacidade jurídica (165.º *in fine* e 166.º). Pese embora o efeito limitativo da capacidade estar comprometido na prática, o autor dialoga com evolução juscientífica coeva mas não abandona o quadro interpretativo tradicional. Por esta razão o incluímos nos autores que sufragam uma *superação pragmática* do princípio.

que seja compatível com a respectiva natureza, gozam de uma capacidade absoluta, sob reserva de a mesma poder ser pontualmente limitada por disposição legal”<sup>71</sup>.

O princípio da especialidade é um fator limitativo da capacidade jurídica. Teria sido essa, aliás, a intenção do legislador. Porém, tal como está consagrado no art. 160.º/1, ele *nada limita*.

Não há, portanto, uma superação dogmática do princípio. Pelo contrário: sublinha-se a adesão ao seu entendimento tradicional. Reconhece-se, outrossim, a *inoperacionalidade prática* da formulação legal, o que leva o intérprete-aplicador a concluir no sentido de uma capacidade jurídica tendencialmente absoluta das pessoas coletivas (excetuando as limitações decorrentes do art. 160.º/2 CC).

## 9. VIAS DE SUPERAÇÃO DOGMÁTICA: O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E A VINCULAÇÃO DAS SOCIEDADES

I – A inoperacionalidade pragmática do princípio da especialidade, quando constatada, conduz invariavelmente a tentativas de superação dogmática. No âmbito do art. 6.º, cabe salientar a superação mediante a deslocação da especialidade do núcleo problemático da capacidade jurídica para o âmbito da vinculação das sociedades.

O mote foi lançado por PEDRO DE ALBUQUERQUE e corresponde ao desaguar natural de uma formulação positiva do princípio, alicerçada na doutrina do desvio do fim de OLIVEIRA ASCENSÃO.

O novo enquadramento proposto por PEDRO DE ALBUQUERQUE deu origem a uma controvérsia com OSÓRIO DE CASTRO, prova do interesse e resistência a esta nova via de superação, que volvidos quase vinte anos do mote lançado pelo primeiro autor, é hoje uma *querela clássica* da capacidade jurídica societária<sup>72</sup>.

II – Os termos da discussão são de simples enunciação, não obstante os contornos complexos da argumentação. A verificar-se superado o princípio da especialidade, o problema

<sup>71</sup> ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 169-170 (*bold autor*).

<sup>72</sup> A querela a que aludimos assenta, fundamentalmente, num conjunto de quatro escritos: de ALBUQUERQUE, Pedro de. A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiros, *ROA* 55, 1995, p. 689-771 e Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades, *ROA*, 1997, p. 69-147; e, de OSÓRIO DE CASTRO, *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades* cit. e *De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras* cit..

subjacente ao art. 6.º/2 e 3 dever-se-ia entender como uma questão de vinculação das sociedades<sup>73</sup> e não de capacidade (PEDRO DE ALBUQUERQUE).

O Direito societário operaria assim um sistema de vinculação decorrente da 1.ª Diretriz que seria aplicável às hipóteses clássicas de *ultra vires* mas também aos casos de garantias indevidamente prestadas (e, acrescente-se, liberalidades indevidamente constituídas). A sociedade apenas não se encontraria vinculada quanto aos atos absoluta e especificamente proibidos por lei (e nunca em relação aos legalmente condicionados).

Ao contrário, ao entender-se o princípio da especialidade como uma limitação da capacidade das sociedades em razão do seu fim mediato (OSÓRIO DE CASTRO), o Direito societário operaria um sistema duplo de vinculação. Os atos *ultra vires*, no sentido clássico, vinculariam a sociedade nos termos previstos nos arts. 260.º e 409.º; já os atos praticados em transvio do escopo lucrativo da sociedade seria nulos, por incapacidade jurídica.

III – Enquanto o debate PEDRO DE ALBUQUERQUE/OSÓRIO DE CASTRO corria termos, outros contributos de relevantes juristas vieram a lume.

O princípio da especialidade do art. 6.º/1 continua a sofrer erosão. Num Parecer de CARVALHO FERNANDES e PAULO OLAVO CUNHA, publicado em 1997, novamente se mitigava o efeito limitador da especialidade, afirmando que as sociedades eram, por princípio, capazes para a prática de atos gratuitos e doações, indiciando a necessidade de um reenquadramento dogmático da questão<sup>74</sup>.

Posições generosas podiam ser também encontradas em JOÃO LABAREDA<sup>75</sup> e SERPA OLIVEIRA<sup>76</sup>.

Aproximando-se da posição de OSÓRIO DE CASTRO, era publicado, no mesmo ano, um Parecer de HENRIQUE MESQUISTA, no qual o autor sustentava que a sociedade não ficava

<sup>73</sup> Para um enquadramento geral da vinculação societária, COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. Vinculação das sociedades comerciais. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1213-1239.

<sup>74</sup> CARVALHO FERNANDES, Luis; CUNHA, Paulo Olavo. Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação do negócio jurídico (Parecer), *ROA* 57, 1997, II, p. 709 e ss.

<sup>75</sup> LABAREDA, João. Nota sobre a prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades. In: *Direito Societário Português – Algumas questões*, Quid Juris, 1998, p. 167 e ss.

<sup>76</sup> SERPA OLIVEIRA, Luís. Prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiros, *ROA* 59, 1999 I, p. 389-412.



vinculada aos atos gratuitos praticados pelos seus administradores<sup>77</sup>. Em sentido próximo também se pronunciava BRITO CORREIA<sup>78</sup>.

De salientar, porém, que as formulações restritivas dos juristas conduziam, na prática, a generosas soluções concretas.

IV – A compreensão dos exatos termos dogmáticos desta via de superação do princípio da especialidade exige um recuo aos fundamentos juscivilistas que subjazem a uma formulação positiva do princípio da especialidade e à colocação da tônica problemática na questão da vinculação.

Com efeito, o primeiro fator erosivo do princípio da especialidade na dogmática civil coincide com a distinção entre *capacidade* e *legitimidade*<sup>79</sup>. À medida que a distinção se foi sedimentando, acentuou-se no discurso jurídico a diferença entre a possibilidade genérica da prática de certa *categoria* de atos (*capacidade*) e a possibilidade de praticar certo ato em *concreto* (*legitimidade*)<sup>80</sup>.

Esta dicotomia conceptual permitiu a recondução de clássicos problemas de *incapacidade* a situações de *legitimidade*. O exemplo paradigmático é o de *venda de bens alheios*: tradicionalmente ferido de nulidade por incapacidade do vendedor, passou a ser enquadrado como um caso de legitimidade: o vendedor seria capaz do ato mas não gozava de legitimidade para o praticar<sup>81</sup>.

A evolução apontada permitiu uma releitura do princípio da especialidade. O *fim* passou a ser entendido por referência aos atos concretamente praticados pela pessoa coletiva: só estes, avaliados em concreto, podiam servir ou não os seus fins. Em causa não estava, portanto, a determinação abstrata de uma categoria de atos vedados aos sujeitos de direito: o princípio da

<sup>77</sup> MESQUITA, Henrique. Parecer, *ROA* 57, 1997 II, p. 721-737, em especial 733 e ss.

<sup>78</sup> BRITO CORREIA, João de. Parecer – Sobre a capacidade de gozo das sociedades anônimas e os poderes dos seus administradores, *ROA* 57, 1997 II, p. 739-776, *passim*.

<sup>79</sup> Para este facto chama a atenção, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação de garantias ... cit.*, p. 69 e ss.

<sup>80</sup> A noção surge no roteiro expositivo de vários autores, com variações pouco significativas. Permanece como referência o estudo de MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel de. *Da legitimidade no acto jurídico*, Lisboa, 1948. Veja-se ainda, a título exemplificativo, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 413-414 e, a propósito da situação jurídica dos cônjuges, 239 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 1.<sup>a</sup> ed., cit., p. 127 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 82 e ss. e, em particular, p. 430 e ss.; e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 142 e ss.

<sup>81</sup> Por exemplo, MAGALHÃES COLLAÇO, *Da legitimidade no acto jurídico* cit., p. 47 e ss.

especialidade tornava-se assim *estranho* à problemática da capacidade jurídica das pessoas coletivas<sup>82</sup>.

V – A via de superação ora enunciada é, em bom rigor, de *formulação negativa*: o fim não tem que ver com a capacidade; o problema da especialidade não é um problema de capacidade jurídica ou, numa formulação mais próxima de OLIVEIRA ASCENSÃO, o princípio da especialidade não é um problema de capacidade mas sim de *desvio do fim*.

Caído por terra o princípio da especialidade, porque deslocado para outras latitudes dogmáticas, as pessoas coletivas recuperam a mais ampla capacidade de gozo... a conclusão de PAIS DE VASCONCELOS impunha-se: retirando as limitações decorrentes da sua natureza (limitações previstas, aliás, no n.º 2), nada no art. 160.º CC envolve uma limitação à capacidade de gozo das pessoas coletivas<sup>83</sup>.

VI – Prevalece, contudo, uma questão: se o princípio da especialidade nada tem que ver com a capacidade, então, com o que é que tem que ver? O regime do art. 160.º/1 é uma questão de legitimidade? De que fim da pessoa coletiva é que falamos e qual a consequência para a sua violação?

De que fim é que falamos é questão onde frequentemente se enredam os autores. OLIVEIRA ASCENSÃO parece sustentar um conceito *abstrato* de fim (próximo do fim tipológico), claramente distinto de objeto<sup>84</sup>. Todavia, ao delinear a doutrina do *desvio do fim* – alternativa dogmática à especialidade – o autor parte, do regime, para a identificação do fim normativo relevante (que coincide com o *fim estatutário*)<sup>85</sup>, para novamente discutir o destino dos atos contrários ao fim da pessoa coletiva à luz do art. 160.º/1<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> É este o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO: “A limitação pelo fim não significa uma limitação da capacidade: ou só o significará em situações extremas, quando a prossecução do fim for incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas. [...] É talvez impossível, ou quase, indicar uma categoria de actos que uma pessoa colectiva, atendendo ao seu fim, não possa praticar. A pessoa colectiva pode praticamente realizar actos de todas as categorias e ser titular dos direitos deles derivados. O que não pode é praticá-los de maneira a afastar-se dos seus fins”. – *Direito Civil – Teoria Geral*, I cit., p. 263-264. No passo citado, ainda o autor parece admitir, ao menos como hipótese académica, uma limitação da capacidade em função do fim. Numa leitura conjunta, trata-se de um recurso estilístico: prevalece a dissociação do fim do problema da capacidade.

<sup>83</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 135-136. Por isso se compreende que PAIS DE VASCONCELOS, ao rejeitar uma limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas ex vi art. 160.º/1, acabe por identificar o fim aí previsto com o fim imediato ou com o objeto (*Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., p. 139).

<sup>84</sup> Só assim se compreendem as críticas do autor, (i) quanto à impossibilidade prática de delimitar categorias de atos que violem o fim da pessoa coletiva e (ii) quanto ao facto de o princípio da especialidade apenas ter utilidade se no art. 160.º/1 estivesse previsto o objeto social (doutrina *ultra vires*). Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I cit., p. 262-263.

<sup>85</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I cit., p. 265 e ss.

<sup>86</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I cit., p. 266 e ss., o que parece supor uma outra noção de fim, distinta da apontada anteriormente para o art. 160.º/1.

Quanto à consequência jurídica dos atos que violam o fim da pessoa coletiva, o autor afasta liminarmente a hipótese da nulidade: o desvio do fim é uma irregularidade e não um vício interno do ato; ademais, as consequências jurídicas da nulidade, numa ponderação sinéptica do processo interpretativo, seriam de todo indesejáveis<sup>87</sup>.

A solução proposta por OLIVEIRA ASCENSÃO é a anulabilidade, nunca oponível a terceiros de boa fé. Sustenta esta posição com base no regime previsto para os vícios das deliberações da Assembleia Geral das associações (arts. 177.º, 178.º e 179.º CC), que entende extensivo a todos os órgãos sociais<sup>88</sup>. Admite, porém, a possibilidade de regimes especiais<sup>89</sup>.

A construção de PAIS DE VASCONCELOS é distinta. No enquadramento dogmático proposto, o autor leva a termo o caminho iniciado por OLIVEIRA ASCENSÃO: o art. 160.º/1 não trata de uma questão de capacidade mas sim de legitimidade<sup>90</sup>.

Quanto à noção de fim, prevista no art. 160.º/1, o autor é perentório: em causa está o *fim imediato* ou *objeto social*<sup>91</sup>.

VII – Ora, é neste contexto que PEDRO DE ALBUQUERQUE coloca o problema da capacidade jurídica das sociedades sob a égide da vinculação aos atos praticados pelos gerentes e administradores.

O mesmo mote é acompanhado por PAIS DE VASCONCELOS em sede de Direito comum, mediante o recurso à noção de uma “*modernização do sistema*”<sup>92</sup>, no que à capacidade das pessoas coletivas diz respeito. Para o autor, em 1966, o legislador consagrou o princípio da especialidade, no art. 160.º/1 CC. Vinte anos mais tarde, e por influência do art. 9.º da 1.ª

<sup>87</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral* cit., p. 268-269.

<sup>88</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral* cit., p. 268-269.

<sup>89</sup> Mais admite ainda que exista um desvio do fim da pessoa coletiva sem que tal afete a validade dos atos singulares, sublinhando uma vez mais que esta disciplina em nada tem que ver com a capacidade. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral* cit., p. 269.

<sup>90</sup> “O fim [...] não tem a ver com o âmbito da capacidade de gozo das pessoas coletivas, mas antes com a legitimidade da pessoa coletiva para agir sobre bens, interesses e situações jurídicas que sejam alheias a esse mesmo fim. A questão que suscita não é de incapacidade, mas antes de ilegitimidade. [...] O critério de legitimidade está no artigo 160.º do Código Civil e no artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais: a pessoa coletiva ou a sociedade comercial têm legitimidade para a prática de todos os atos e o exercício de todas as atividades que sejam “necessárias ou convenientes à prossecução dos seus fins”. – PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 148-149:

<sup>91</sup> A referência a fins da pessoa coletiva feita neste artigo [leia-se art. 160.º/1 CC] deve ser entendida em sentido amplo englobando o objeto social.” E continua, acentuando a amplitude atrás aludida: “A redação do n.º 1 do art. 160.º do Código Civil, ao referir os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do objeto social da pessoa coletiva, introduz uma grande maleabilidade e elasticidade na determinação da sua área de atuação lícita”. Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 139. A mesma construção é retomada a p. 168 e ss.

<sup>92</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p.154.

Diretriz, o art. 6.º/4 CSC veio pôr fim à doutrina *ultra vires* e ao princípio da especialidade no Direito societário<sup>93</sup>, razão pela qual, à luz do art. 6.º CSC, não é já possível sustentar uma limitação da capacidade de gozo das sociedades comerciais.

Esta inovação coloca, contudo, problemas à unidade do sistema jurídico: é *mister*, portanto, obter uma interpretação integrada dos arts. 160.º CC e 6.º CSC de modo a que a articulação de ambos os preceitos permita ao intérprete-aplicador chegar ao mesmo conteúdo normativo substantivo.

Tal harmonização almejada obtém-se pela comunicação ao art. 160.º CC do sentido normativo do art. 6.º/4<sup>94</sup>.

A conclusão impõe-se: a violação do fim da pessoa coletiva consubstancia-se na prática de atos jurídicos para os quais a pessoa coletiva não tem legitimidade. A consequência – uma vez que o art. 160.º/1 nada estatui – não pode ser a nulidade<sup>95</sup>. Antes deve entender-se que em causa está um problema de *vinculação* da pessoa coletiva quanto aos atos praticados em desvio do fim.

Uma vez mais se exige uma solução integrada: o regime do CSC para a vinculação das sociedades deve entender-se aplicável à vinculação de todas as pessoas coletivas<sup>96</sup>.

VIII – No que ao princípio da especialidade diz respeito, e quanto à interpretação do art. 6.º/1, a deslocação da problemática da capacidade para a vinculação das sociedades, especialmente acentuada por PEDRO DE ALBUQUERQUE, corresponde a uma *formulação positiva do princípio da especialidade* e, por esta via, à sua superação dogmática na doutrina nacional.

Em causa está uma substancial modificação interpretativa do sentido limitativo da especialidade, passando a entender-se o princípio no sentido *confirmatório* da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas:

[...] *nem o n.º 1 do artigo 160.º, nem o n.º 1 do artigo 6.º CSC, consagram qualquer regra a partir da qual se poderia definir uma incapacidade de gozo dos entes colectivos* – afirma o autor –: *eles limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das colectividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas a obrigações* [...] <sup>97</sup>.

<sup>93</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 149-150.

<sup>94</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 154.

<sup>95</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 154, admitindo ainda assim a nulidade, mas não por falta de capacidade, de acordo com as razões aí invocadas.

<sup>96</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., p. 155. Esta solução merece ser enquadrada na opção dogmática que sustentamos *infra* acerca do Direito das sociedades como Direito comum da pessoa coletiva, 268/I.

<sup>97</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação de garantias ...* cit., p. 69 e ss., p. 104.

IX – A *formulação positiva* do princípio da especialidade é um dado dogmático que importa reter.

Numa primeira apreciação, uma formulação positiva parece de rejeitar. Há uma rutura com a *carreira histórica* do princípio<sup>98</sup>, sempre limitativa da capacidade, o que indicia uma construção dogmática estranha à dimensão histórico-cultural do instituto.

Porém, numa ponderação mais cuidada, a formulação positiva da especialidade acaba por consubstanciar a recuperação de uma orientação dogmática consolidada durante a primeira metade do séc. XX e que apenas a *Segunda Revisão Ministerial* do CC, inusitadamente, viria a afastar.

Recorde-se a proposta de FERRER CORREIA (redação da *Primeira Revisão Ministerial*):

A capacidade das pessoas colectivas estende-se a todos os direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular.<sup>99</sup>

Este tinha sido, como vimos, o resultado da evolução histórico-dogmática da especialidade na doutrina nacional. Uma *formulação positiva* do princípio da especialidade não importa, portanto, uma rutura história mas antes, em bom rigor, um reencontro da dogmática com o fio condutor da sua evolução interna.

No respeito pela hermenêutica do Direito positivo – e através das limitações (práticas e doutrinárias) por ele introduzidas – chega-se a uma concretização normativa semelhante à possibilitada pelo articulado proposto no *Anteprojecto de FERRER CORREIA*.

Os “*direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins*” são afinal todos aqueles que “*segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular*”.

A referência à “*prossecução dos seus fins*” não visa portanto limitar a capacidade das pessoas coletivas mas antes *confirmar* a sua capacidade plena para titular os direitos e contrair as obrigações que se houver por bem, em ordem à realização do fim a que se propõem.

<sup>98</sup> Utilizando a expressão de ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., p. 156.

<sup>99</sup> PORTUGAL, *Código Civil – Livro I – Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, cit.

## 10. CONT.: A SUPERANÇA PURA

I – Como *terminus* da evolução dogmática apontada, surge a superança pura do princípio da especialidade do âmbito do Direito societário e das pessoas coletivas em geral.

Encontramo-la formulada em MENEZES CORDEIRO: “[...] o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas coletivas: tal como emerge do art. 160.º/1, ele diz-nos, no fundo, que todos os direitos e obrigações são, salvo exceções [...], acessíveis às pessoas coletivas.”

E conclui: “(...) o chamado princípio da especialidade não tem, hoje, alcance dogmático.”<sup>100</sup>.

A *differentia specifica* desta via de superança é, sobretudo, de natureza histórica-dogmática. Os fundamentos originais do princípio da especialidade encontram-se superados na atualidade. A sua consagração legal, para além de anómala, é um resquício histórico, uma herança pretérita de um problema oitocentista.

A este fator some-se a absoluta inoperacionalidade do preceito, já ilustrada, que compromete a sua capacidade de resolução de casos concretos.

O abandono puro da especialidade torna-se, portanto, o desaguar natural da evolução dogmática apontada.

II – Toda esta construção tem por campo especial de aplicação o art. 6.º CSC<sup>101</sup>. Preterido o princípio da especialidade, a única e verdadeira limitação à capacidade jurídica de gozo das sociedades advém da sua natureza: elas são incapazes para aqueles direitos e obrigações inseparáveis da personalidade singular ou que exijam a qualidade humana do sujeito<sup>102</sup>.

Os direitos e obrigações “*que lhe sejam vedados por lei*” não compreendem verdadeiras hipóteses de incapacidades mas antes de proibição legal para a prática de certo ato, conduzindo a sua violação à nulidade, nos termos do art. 280.º/1 e/ou 294.º CC.

<sup>100</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IV cit, p. 677.

<sup>101</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Sociedades*, I (Parte Geral). 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 385.

<sup>102</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I cit., p. 386 e ss. Não obstante, o autor parece inverter a sua posição no estudo “Direito bancário e alteração das circunstâncias”, *I Congresso de Direito Bancário*, 2015, 27-81, 78.

As cláusulas contratuais e as deliberações sociais também não limitam a capacidade das sociedades, num passo pacífico na doutrina.

## § 4.º RECONSTRUÇÃO DOS DADOS NORMATIVOS: O ESCOPO LUCRATIVO COMO MÁXIMA DE ATUAÇÃO

### 11. O ESCOPO LUCRATIVO COMO *CONCEITO-QUADRO*

I – A superação do princípio da especialidade não significa, naturalmente, que a noção de lucro deva de todo ser arredada da disciplina societária. Tal seria aliás impossível, tendo em conta a sua abundante presença nas fontes. Todavia, a utilidade dogmática do conceito exige que se reequacionem os termos da sua formulação.

Existe, em primeiro lugar, uma aceção de lucro associada à aplicação de um concreto regime jurídico. Assim sucede, por exemplo, nos arts. 31.º, 33.º, 217.º, 294.º, 297.º... Nestas hipóteses, *lucro* é um elemento da previsão normativa cujo sentido está diretamente associado à aplicação do regime estatuído. A noção de lucro poderá conhecer, neste contexto, diversas classificações de acordo com os critérios que se houverem por bem adotar no âmbito do processo de realização do Direito<sup>103</sup>.

37

<sup>103</sup> GROSSMANN, por exemplo, ante a pluralidade semântica do conceito resultante dos diversos dados normativos do sistema, propõe um conjunto de critérios que garantam a operacionalidade da noção de lucro como fim (*Gewinnziel*). São eles: a definição do próprio escopo (*Zieldefinition*), a sua referência temporal (*Zeitbezug*) e o seu referencial de risco (*Riskobezug*), sempre tendo por pano de fundo o *Zielausmaß*, cuja ponderação obriga a compreender o escopo lucrativo como uma questão de maximização dos proveitos em ordem à satisfação dos interesses dos sócios (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., p. 78-85). Tomando por critério a definição do próprio escopo (*Zieldefinition*), o fim lucrativo poder-se-á identificar com a distribuição ou retenção de lucros: “A análise das normas que regem a determinação e aplicação demonstra que o Vortstand e o Aufsichtsrat podem decidir, dentro de um quadro amplo, geral, a distribuição ou a retenção de lucros. Isto conduz à questão de saber qual dos dois lucros – o distribuído ou o retido – deve ser maximizado.” (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., p. 78). A formulação dos conceitos, em GROSSMANN, surge sempre sob a ótica da conduta da administração e fiscalização da AG, mas é fácil ver neste critério – retirado diretamente do regime jurídico – o conceito de lucro distribuível/não distribuível, orientado também a uma decisão de bom governo societário. Tomando por critério a referência temporal, o lucro pode ser considerado no momento presente, associado à maximização do valor de mercado, aos interesses dos sócios a longo prazo, etc. (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., p. 78-82). Nesta aceção o diálogo entre a noção de lucro, o interesse acionista e considerações de natureza económica (*ökonomische Gewinn*) é especialmente intenso. O escopo lucrativo pode ainda ser ponderado sob a ótica do risco. Este contexto é especialmente apto ao desenvolvimento normativo de um conflito de escopos (*Zielkonflikt*) entre o lucro e a liquidez da sociedade; o mesmo é dizer: entre a posição dos sócios e a tutela dos credores. A participação na estrutura acionista pode também ser analisada sob esta ótica (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., p. 82-85). A proposta de GROSSMANN nem sempre permite identificar um concreto sentido técnico-jurídico de lucro. Em causa está, uma vez mais, a assistemática do conceito. Por outro lado, o ângulo de análise adotado pelo autor (a conduta da

Não se exige um conceito unitário, talvez de escassa utilidade, tendo em conta que os contextos normativos em que surge a referência a lucro são, como vimos, muito diversificados. Também não se nega aprioristicamente essa possibilidade. Em qualquer dos casos, em causa está sempre um *sentido técnico-jurídico* de lucro: aquele que resultar da aplicação de certo regime.

II – Todavia, é mister reconhecer que para além desta imediata função técnico-jurídica, a noção de lucro conhece uma distinta funcionalidade no processo aplicativo do Direito. Ela confere ao discurso uma *dimensão de realidade sócio-económica*. Permite ao jurista trabalhar com ponderações não exclusivamente jurídicas e que têm por base a realidade do mercado e do comportamento económico dos seus agentes<sup>104</sup>.

A dimensão ora assinalada é útil no processo aplicativo. Permite um nível de compreensão mais profundo da densidade problemática do caso concreto e ajuda o intérprete-aplicador a realizar uma hermenêutica mais articulada com a realidade que o Direito regula.

Mas tem naturais limitações. Em causa está um conceito descritivo, insuscetível de uma apreensão analítica e que apenas permite um manuseamento «*compreensivo*», *i. e.*: assente, sobretudo, na dimensão cultural, histórica e sócio-económica da realidade societária, e não num esforço de distinção conceptual.

Associada a esta última nota está ainda a consideração, inegável, de que o conceito de lucro transporta em si um lastro valorativo e ideológico, em especial no Ocidente, associado à própria ideia de comercialidade, também ela de espinhosa apreensão.

III – Tais limitações são, em igual medida, consideráveis potencialidades. Enquanto *conceito aberto e compreensivo*, o lucro é capaz de expressar um conjunto amplo de escopos

---

administração e da fiscalização da sociedade) tende a facilitar a adoção de noções *performativas* de lucros, *i. e.*: aceções do conceito que evidenciem ou conduzam a padrões de decisão. Não obstante, os critérios propostos estão sempre orientados à perceção da realidade normativa que, sendo plural e eivada de diversas orientações teleológicas, exige a utilização de um conceito de lucro polissémico ou, melhor dito, suscetível de diversas concretizações, segundo os critérios que se adotem. Disto depende a sua operacionalidade.

<sup>104</sup> GRIGOLEIT, Hans Christoph *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*. München: Beck, 2006, p. 56 e ss., refere-se a um perceção *empírica* de lucro como escopo normal da atividade empresarial (*empirisches Normalziel von Unternehmen*), associado à compreensão do comportamento económico dos agentes: “Um dos pressupostos básicos da economia neoclássica é o de que as empresas estão focadas na maximização do lucro. Este pressuposto corresponde ao modelo de comportamento económico segundo o qual as decisões humanas têm por base uma orientação racional e tendente à maximização da utilidade. No caso do comportamento das empresas, procede o princípio da maximização do lucro, que conduz à maximização da utilidade individual do empresário; a realização do máximo de lucros permite maximizar os seus próprios benefícios, após a distribuição”.



empresariais, comportamentos e opções económicas. Não sendo suscetível de uma apreensão analítica, goza da capacidade representativa de uma valoração social plurifacetada, que o jurista pode agora utilizar em termos unitários.

Com este alcance, *lucro* surge-nos como um *conceito-quadro*. A sua utilização confere ao discurso jurídico uma dimensão de realidade, convocando um conjunto de valorações diversas e plurais aptas ao diálogo com dados oriundos de outras áreas do saber.

IV – Estas duas aceções ilustradas – *lucro em sentido técnico-jurídico*, associado a um concreto regime normativo e confinado, no seu âmbito significativo, a esse mesmo regime; e *lucro como conceito-quadro* –, não se excluem. Ao contrário: encontram-se ambas presentes no processo realizador do Direito, operando em níveis diversos da apreensão normativa, e com intensidades também elas diversas, consoante a problemática subjacente ao caso concreto.

V – Isto posto, é inegável que às sociedades comerciais subjaz um escopo lucrativo; que o seu fim é o lucro. Contudo, tal afirmação deve ser reconduzida à sua justa ponderação. Em causa está – tão só e apenas – a utilização da noção de lucro como conceito-quadro.

Ao afirmar o escopo lucrativo das sociedades pretende-se convocar para o processo aplicativo do Direito um universo de representações histórico-culturais e valorativas, na mesma medida em que se apela à dimensão de realidade económica subjacente à construção jurídico-formal.

Nos termos já assinalados, a afirmação é útil: confere ao intérprete-aplicador uma dimensão compreensiva da realidade normativa. É uma janela aberta para ponderações da análise económica do Direito<sup>105</sup>.

Mas não é possível ir mais além do que isso. Sobretudo, não é possível pretender retirar desta afirmação – sem a mediação de institutos ou vias normativas de concretização –, uma qualquer solução de Direito. Afinal, como recorda GRIGOLEIT, o próprio carácter empírico do escopo lucrativo não pode deixar de se encontrar fundado no próprio regime<sup>106</sup>.

Em concreto: não é possível, a partir do manuseamento da ideia de escopo lucrativo como fim da sociedade, retirar qualquer consequência de Direito, para efeitos aplicativos do art. 6.º/1.

<sup>105</sup> Neste sentido, GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung* cit., p. 56 e ss.

<sup>106</sup> GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung* cit., p. 58.

## 12. O ESCOPO LUCRATIVO COMO *HANDLUNGSMAXIME*

I – Há uma pista normativa presente no art. 6.º/2 e 3 que deve, contudo, ser explorada: a identificação entre *fim* da sociedade e *interesse* social.

Esta identificação normativa já havíamos encontrado na doutrina e na jurisprudência: sempre que se procura identificar quais os direitos e obrigações necessários ou convenientes ao fim da sociedade somos inevitavelmente conduzidos à noção de interesse.

A identificação *fim da sociedade e interesse social* desloca a problemática subjacente do art. 6.º para o âmbito dos deveres gerais dos administradores: em causa está, fundamentalmente, a concretização normativa e a eventual violação do art. 64.º/1.

A verdadeira *quaestio juris* a que a identificação entre *fim* e *interesse* conduz não é, portanto, saber se as sociedades são capazes para a prática de liberalidades e para a constituição de garantias mas, outrossim, saber quando é que a prática de tais atos consubstancia uma violação do art. 64.º.

II – Compreende-se, portanto, que na doutrina continental, em particular na doutrina alemã, a noção de lucro seja essencialmente tratada a propósito da conduta da administração<sup>107</sup>.

Com efeito, a maioria da doutrina, no espaço germânico, parte de um conceito de lucro em sentido amplo, visto como o escopo do contrato de sociedade (associado à maximização dos proveitos económicos dos sócios) e tratado, por regra, a propósito do objeto social<sup>108</sup>.

Contudo, a relação que se estabelece entre o lucro e o fim legal-tipológico do contrato de sociedade (que não deixa de ser questionada<sup>109</sup>), tem sido colocada *ab initio* a propósito da prossecução do interesse da sociedade.

<sup>107</sup> Como vemos suceder em GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., por exemplo.

<sup>108</sup> Veja-se, por todos, SERVATIUS, Wolfgang. *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*. Köln: Heymann, 2004, p. 34; WÜRDINGER, Hans. *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1981, p. 40-42; PAEFGEN, Walter. *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG*, Köln: Heymann, 1982, p. 50 e ss.; WIEDEMANN, Herbert. Grundfragen der Unternehmensverfassung, *ZGR* 4, 1975, p. 385-432, p. 413 e ss.; ZÖLLNER, Wolfgang. Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, *ZHR*, 162, 1998, p. 235-248; REUTER, Dieter. Die Änderung des Vereinszwecks”, *ZGR*, 16, 1987, p. 475-488, p. 482 e WESTERMANN, Harry. Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht. In: *FS Ludwig Schnorr von Carolsfeld 70. Geburtstag*. Köln: Heymann, 1972, p. 517-532.

<sup>109</sup> Assim, por exemplo, SERVATIUS, *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*, p. 35 e ss. e WESTERMANN, *Zweck der Gesellschaft...* cit., p. 517-532, *passim*. Com interesse, veja-se também SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, 4. ed. Köln: Heymann, 2002, p. 107-108, acerca das sociedades com “*atysche Verbandszwecke*”, entre os quais se incluiriam fins de natureza ideal. Veja-se ainda GROßMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., p. 30 e SEMLER, Johannes. *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*. 2. ed. Köln: Heymann, 1996, p. 31 e ss.



É ilustrativo o que afirma SEMLER quando afronta a questão de saber se o escopo lucrativo pode ser considerado uma máxima de conduta (*Handlungsmaxime*) para administração da sociedade:

«Em geral – afirma –, a busca de um escopo lucrativo agrega todos os interesses da empresa»; ainda que depois precise: «podem surgir constelações de interesses que não são, ou não são totalmente compatíveis com a prossecução do lucro».<sup>110</sup>

III – Independentemente das variações de construção, escopo lucrativo está intimamente associado à noção de interesse social e à determinação da conduta da administração normativamente devida.

Em Portugal – sem prejuízo das similitudes quanto à presença do lucro na ponderação do fim legal-tipológico das sociedades e da relação entre tal aceção de fim e o objeto social – a consagração do princípio da especialidade importou um significativo desvio à rota germânica: o lucro, como *Handlungsmaxime*, não foi diretamente equacionado a propósito da determinação normativa da conduta dos administradores, mas antes deslocado para o âmbito da capacidade das sociedades.

A trajetória pode e deve ser corrigida, no respeito pelos dados positivos do sistema: o escopo lucrativo pode ser devolvido pacificamente ao que se afigura ser o seu ambiente natural, enquanto elemento coadjuvante para a determinação da conduta da administração normativamente devida.

## § 5.º SINOPSE

É tempo de concluir.

Volvamos à interrogação central com que iniciámos a nossa exposição: *podemos imputar às sociedades comerciais todas as situações jurídicas compatíveis com a sua natureza ou, ao contrário, a instrumentalidade da pessoa jurídica exige uma limitação da sua capacidade? Em que medida é possível conceber, e com que critério, uma capacidade de gozo limitada das sociedades comerciais?*

<sup>110</sup> SEMLER, *Leitung und Überwachung* cit., p. 31-32. Sustentando a primeira afirmação, o autor apoia-se em FRITZ RITTNER, “Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG 1965”, *FS Ernest Gessler* 65. *Geburtstag*, 1971, 139-158, 151).

A tentativa de limitar a capacidade das sociedades em razão do seu escopo lucrativo foi uma tentativa que fez carreira no Direito português e que encontrou eco na experiência jurídica brasileira. Cremos, no entanto, que se encontra dogmaticamente superada.

O Direito societário português permite, sem alteração das fontes, a recondução do escopo lucrativo a uma máxima de atuação das administrações. Tal envolve, fundamentalmente: (i) uma leitura positiva do princípio da especialidade; (ii) e interpretação dos n.º 2 e 3 do art. 6.º como presunções legais de violação do art. 64.<sup>o111</sup>.

Se bem avaliamos, este trilha pode também ser explorado no Direito brasileiro, talvez até mais facilmente, tendo em conta o silêncio das fontes.

As limitações à capacidade das sociedades comerciais só pode, em nosso entender, serem impostas *ab extra*: mediante a criação de normas proibitivas de imputação<sup>112</sup>.

A instrumentalidade da pessoa coletiva, como afirmámos no início, continua a ser um dado central da dogmática das pessoas coletivas. Mas as eventuais perversões de tal instrumentalidade devem ser resolvidas, dentro do sistema, pelo recurso a outros institutos que não a limitação da capacidade.

42

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Pedro de. A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiros. *ROA*, 55, 1995, p. 689-771.

ALBUQUERQUE, Pedro de. Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades, *ROA*, 1997, p. 69-147.

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Annotado*. 3. ed. São Paulo: Acadêmica, 1926.

ANDRADE, Manuel de. *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, I. Coimbra: Casa do Castelo, 1944.

BEVILÁQUA, Clovis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*. Bahia: Magalhães, 1897.

<sup>111</sup> Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 782 e ss.

<sup>112</sup> Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 761 e ss.

BRIOS A E GALA, Francisco. As participações sociais e o conceito de lucro nas sociedades de advogados. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV. Coimbra: Almedina, 2011, p. 163-196.

BRITO CORREIA, João de. Parecer – Sobre a capacidade de gozo das sociedades anônimas e os poderes dos seus administradores, *ROA*, 57, 1997 II, p. 739-776, *passim*.

CAEIRO, António. *A Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 1988.

CARVALHO FERNANDES, Luis A. *Teoria Geral do Direito Civil, I (Introdução. Pressupostos da relação jurídica)*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO FERNANDES, LUIS A; CUNHA, Paulo Olavo. Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anônimas. Qualificação do negócio jurídico (Parecer), *ROA*, 57, 1997, II, p. 693-719.

CARVALHO NETO, Inácio de. História da codificação civil brasileira: In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIRÊDO ALVES, Jones. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. v. 6. São Paulo: GEN, 2007, p. 17-41.

COSTA GONÇALVES, Diogo. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*. Coimbra: Almedina, 2015.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial, II (Das sociedades)*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. Vinculação das sociedades comerciais. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1213-1239.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil, I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

ENGRÁCIA ANTUNES, José A. *Direito das Sociedades* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013

ESPÍRITO SANTO, João. *Sociedades por Quotas e Anônimas*. Almedina: Coimbra, 2000.

FERREIRA COELHO, A. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1923.

FERRER CORREIA, António. Anteprojeto do Código Civil, *BMJ*, 67, 1957, p. 247-281.

FERRER CORREIA, António. Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto), com a colaboração de António Caeiro, *BMJ*, 185, 1969, p. 25-81.

FIGUEIREDO MARQUES, Rui; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

FURTADO, Jorge. *Curso de Direito das Sociedades*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

GRIGOLEIT, Hans Christoph *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*. München: Beck, 2006.

GROSSMANN, Adolf. *Unternehmensziele im Aktienrecht – Eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1980.

HONORÉ, Tony. *Emperors and Lawyers*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992 reimpr. 2012.

LABAREDA, João. Nota sobre a prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades. In: *Direito Societário Português – Algumas questões*, Quid Juris, 1998

MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel de. *Da legitimidade no acto jurídico*, Lisboa, 1948.

MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas – O jurisconsulto do império*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1979.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português, IV (Parte Geral – Pessoas)*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português, I (Introdução...)*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Sociedades, I (Parte Geral)*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MESQUITA, Henrique. Parecer, *ROA*, 57, 1997 II, p. 721-737.

MIGUEL ASCENSO, João. As sociedades não lucrativas – Breve análise do direito dos sócios aos lucros, *RDS III*, 2011, 3, p. 811-856.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português*. Coimbra: Editora da Universidade, 1907.

MOTA PINTO, Carlos. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. (por António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil – Teoria Geral, I (Introdução. As pessoas. Os bens)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Comercial*, IV. Lisboa: [s.n.], 1993.

OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades, *ROA*, 56, 1996, II, p. 565-593.

OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras, *ROA*, 58, 1998, II, p. 823-858.

OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. A prestação gratuita de garantias e a assistência financeira no âmbito de uma relação de grupo. In: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 413-433.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

PAEFGEN, Walter. *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG*. Köln: Heymann, 1982

PEREIRA DE ALMEIDA, António. *Sociedades Comerciais, valores mobiliários e mercados*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado*, I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928.

PORTUGAL. *Código Civil – Livro I – Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, 1961.

REI, Maria Raquel. Sociedades anónimas desportivas – O fim lucrativo. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV. Coimbra: Almedina, 2011, p. 281-291.

REUTER, Dieter. Die Änderung des Vereinszwecks”, *ZGR*, 16, 1987, p. 475-488.

RIBAS, António Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, II. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.

SANTOS, Cassiano dos. O direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz de 15 anos de vigência). In: *Problemas do Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 185-199.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts*, II. Berlin: Veit, 1840.



- SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, 4. ed. Köln: Heymann, 2002.
- SEMLER, Johannes. *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*. 2. ed. Köln: Heymann, 1996.
- SERPA OLIVEIRA, Luís. Prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiros, *ROA*, 59, 1999 I, p. 389-412.
- SERVATIUS, Wolfgang. *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*. Köln: Heymann, 2004.
- SOVERAL MARTINS, Alexandre de. Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais. In: *Estudos de Direito das Sociedades (Coutinho de Abreu)*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- TAVARES, José. *Sociedades e empresas comerciais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1924.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.
- VENTURA, Raul. *Adaptação do Direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre Direito das Sociedades*, Lisboa, 1981.
- VENTURA, Raul. *Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1989, 4.ª reimp., 2007.
- WESTERMANN, Harry. Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht. In: *FS Ludwig Schnorr von Carolsfeld 70. Geburtstag*. Köln: Heymann, 1972, p. 517-532.
- WÜRDINGER, Hans. *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.
- ZÖLLNER, Wolfgang. Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, *ZHR*, 162, 1998, p. 235-248





## ALCOOLISMO E TRANSPLANTES HEPÁTICOS – UM CASO DE JUSTIÇA\*

### ALCOHOLISM AND HEPATIC TRANSPLANTS – A CASE OF JUSTICE

Fernando Araújo\*\*

**RESUMO:** Podem os alcoólicos competir com não-alcoólicos nos transplantes hepáticos – e se sim, com que justificativa? A escassez de doadores implica que nem todos os que se têm necessidade de transplante conseguirão tê-lo, e isso suscita dilemas éticos e jurídicos relativos à gestão das listas de espera, especificamente quanto a quem tem, ou não, prioridade nessas listas. Isso, por sua vez, remete para a ponderação da natureza e implicações éticas – se existem – do alcoolismo; para a necessidade de se estabelecer critérios de justiça (distintos dos de compaixão ou solidariedade) para a afectação de recursos escassos em situações de vida-ou-morte; para o interesse de uma reflexão sobre as implicações de uma neutralidade liberal quando são inevitáveis as escolhas trágicas na concorrência por transplantações hepáticas urgentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transplantes hepáticos. Doença hepática terminal. Listas de espera. Alcoolismo. *Actio libera in causa*. Neutralidade liberal. Escassez de doadores e rivalidade de recipientes. Afectação de órgãos. Justiça e compaixão.

**SUMÁRIO:** 1. O Problema Básico. 2. Escassez, Inalienabilidade e Triagem. 3. Rivalidade no Acesso: Rastreabilidade, Listas de Espera, Prioridades. 4. O Argumento da Responsabilidade. 5. A Imposição da Abstinência. 6. Críticas ao Argumento da Responsabilidade. 7. Neutralidade Liberal ou Boémia Burguesa? 8. Externalidades Negativas. 9. Retributivismo ou Interesse (do) Público? 10. Uma Solução Contratualista? 11. O Regresso da Responsabilidade. A “*Actio Libera in Causa*”. 12. Críticas à Neutralidade Liberal. 13. Da Rivalidade de Acesso ao “Jogo de Soma Zero”. 14. Da Justiça à Compaixão – e de Regresso à Justiça. Referências.

**ABSTRACT:** *Should alcoholics compete equally for liver transplants – and if so, what is the basis for such an equality? Donor shortage means that not everyone with acute liver failure can get a transplantation, and therefore ethical and legal dilemmas arise regarding management of waiting lists, especially about who deserves to be a recipient of a transplant organ, and who does not. That, in turn, points to the need to evaluate the nature, and ethical implications – if any –, of alcoholism; to establish criteria of justice (versus compassion or solidarity) in the allocation of scarce resources in the context of life-and-death decisions; and to think through the implications of liberal neutrality when tragic choices are unavoidable in the competition for urgent liver transplants.*

**KEYWORDS:** *Liver transplants. End-stage liver disease. Waiting lists. Alcoholism. Actio libera in causa. Liberal neutrality. Donor scarcity and recipient competition. Organ allocation. Justice v. compassion.*

48

*"First you take a drink, then the drink takes a drink, then the drink takes you"*  
F. Scott Fitzgerald

*"the people who thrive in this period are the ones who can turn ideas and emotions into products"*  
David Brooks<sup>1</sup>

## 1 O PROBLEMA BÁSICO

O transplante hepático é uma cirurgia relativamente recente; e, mais recentemente ainda, descobriu-se que poderia ser uma solução para situações extremas de doença hepática induzida

\* Artigo originalmente publicado na *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 3 (2017), nº 5, p. 671-726, sob responsabilidade do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

\*\* Doutor em Ciências Jurídico-Económicas pela da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

<sup>1</sup> BROOKS, 2000, p. 10.

pelo alcoolismo. Aberta esta nova possibilidade, suscitam-se problemas novos, *radicalmente* novos, de justiça e de compaixão, juntamente com os mais imediatos e óbvios problemas científicos e clínicos.

Segundo dados recentes referidos à Europa e aos Estados Unidos, o alcoolismo é responsável por 80% das mortes por doença hepática, 50% das mortes por cirrose, e a segunda causa de transplante hepático, logo atrás da hepatite C (cerca de 50% dos transplantes hepáticos são hoje devidos à infecção com o vírus da hepatite C)<sup>2</sup>.

O progresso das terapias antivirais aponta para a progressiva erradicação da hepatite C<sup>3</sup> – pelo que, a manterem-se as actuais tendências, em breve o alcoolismo poderá ser a primeira causa *directa* de transplante hepático<sup>4</sup>, sem embargo de terem emergido recentemente outras causas importantes em concorrência com aquela<sup>5</sup>, algumas conexas com os hábitos do sedentarismo<sup>6</sup>.

## 2 ESCASSEZ, INALIENABILIDADE E TRIAGEM

49

Significa isso, pois, que um hábito – ou, se quisermos, um vício que emerge de um hábito – gera uma pressão sobre o uso de recursos escassos, como o são os órgãos e tecidos *aptos* para transplante, mesmo nos ambientes jurídicos que adoptaram a solução do “dador presumido”, o sistema dito de “*opting-out*”<sup>7</sup>, que aparentemente mitigaria extremamente o problema.

E uma pressão sobre recursos tecnologicamente sofisticados, muito onerosos, como aqueles que asseguram a solução do transplante hepático<sup>8</sup> – uma técnica recente, como

<sup>2</sup> JIMÉNEZ PÉREZ; SÁEZ GÓMEZ; GONZÁLEZ GRANDE; RODRIGO LÓPEZ, 2012, p. 193-204.

<sup>3</sup> JIMÉNEZ PÉREZ; SÁEZ GÓMEZ; GONZÁLEZ GRANDE; RODRIGO LÓPEZ, 2012, p. 197 e ss.

<sup>4</sup> TESTINO, 2017, p. 1.

<sup>5</sup> Os 20% de casos de Hepatite B que, na ausência de tratamento antiviral, degeneram em cirrose ou em carcinoma podem também constituir indicação para transplante – MCCAUGHAN; JAMIAS; FU; SHACKEL; STRASSER, 2009, p. 145-167.

<sup>6</sup> Pense-se no impacto da obesidade, um problema grave das economias desenvolvidas e urbanizadas, sobre as complicações da esteatose hepática (“fígado gordo”), já com uma prevalência de 20 a 30% na Europa e de 30% ou mais nos Estados Unidos; havendo uma crescente indicação para transplante, com 75% de sobrevida aos 5 anos. Cabem aqui as patologias hoje designadas por “*Non-Alcoholic Fatty Liver Disease*” (NAFLD) e “*Non-Alcoholic Steatohepatitis*” (NASH) – CHARLTON, 2009, p. 170 e ss. 178 e ss.; DOWMAN; FARRELL; NEWSOME, 2016, p. 8-9; WILLIAMS, 2016, p. 203-208.

<sup>7</sup> É o caso em Portugal, por força do art. 10º, 1 da Lei nº 12/93, de 22 de Abril (complementado pelo Decreto-Lei nº 244/94, de 26 de Setembro, que regulamenta o Registo Nacional de Não Dadores [RENDA]).

<sup>8</sup> Basta pensar-se que a aparente abundância de oferta assegurada pelo “*opting-out*” é sempre contrariada pela escassez de dadores em morte cerebral, e concomitante escassez daquilo que designámos como “órgãos e tecidos



referimos já, pois somente foi difundida após 1983 com a utilização eficiente de imunossuppressores<sup>9</sup> –; recursos confrontados com uma procura que se expande continuamente, seja pela multiplicação de patologias com indicação para transplante, seja pelo incremento da esperança de sucesso pós-operatório, seja ainda pela natural melhoria das exigências civilizacionais quanto ao que é pessoalmente exigível em termos de saúde e de bem-estar<sup>10</sup>.

Claro que, se recorrermos a um raciocínio económico elementar, o problema da disparidade entre oferta e procura de órgãos e tecidos para transplante poderia ser resolvido através do mecanismo de preços num mercado livre – sendo que ficariam favorecidos aqueles que, dispondo de maior poder económico ou de mais intensa disposição de pagar, vencessem, através das licitações mais elevadas, o estrangulamento imposto pela escassez.

Mas uma longa tradição ética, convertida em adquirido civilizacional, proíbe essa “comercialização”, por mais otimizada que ela pudesse ser em termos de afectação óptima de tais recursos, em termos de pura eficiência (a eficiência “Paretiana”) – e por isso se fala de “indisponibilidade”, de “inalienabilidade”, de “jogo excluído”, ou de “bens fora do comércio”<sup>11/12</sup>, nestes domínios da afectação de recursos escassos para solução de problemas (graves, vitais) de saúde<sup>13</sup>.

Não quer isso dizer que não haja boas razões para se conceber o funcionamento de um mercado de órgãos, e que não haja um debate académico sério em torno da análise dessa possibilidade, liderado por nomes da Análise Económica do Direito<sup>14</sup>. Mas, no actual estado da questão, a repugnância pelo comércio de órgãos vence qualquer ponderação fria do tema, por mais pretensões de objectividade e pragmatismo de que essa ponderação se revista, por mais respeito que alguns dos seus argumentos mereçam. Na melhor das hipóteses, a solução “de mercado” é prematura.

Dado esse constrangimento (que ocasionalmente é contornado através de “fugas para o privado”), resta resolver o problema da afectação de recursos escassos em saúde através dos conhecidos sucedâneos do racionamento e da triagem – nos quais têm que imperar critérios de

*aptos para transplante*”. MANZEI, 2016, p. 129 e ss.

<sup>9</sup> ROSS; SAUNDERS; CRONIN II, 2015, p. 760.

<sup>10</sup> MANZEI, 2016, p. 134 e ss.

<sup>11</sup> A proibição de comercialização ou remuneração na dádiva de tecidos e órgãos para transplante estava já estabelecida no art. 5º, 1 da Lei nº 12/93, de 22 de Abril, e é reafirmada pelo art. 4º da Lei nº 36/2013, de 12 de Junho.

<sup>12</sup> A alusão a “inalienabilidade” remete para o clássico de Calabresi e Melamed. CALABRESI; MELAMED, 1972.

<sup>13</sup> SIPARSKY; AXELROD; FREEMAN, 2012, p. 75 e ss.

<sup>14</sup> Por todos, veja-se a abordagem de Gary Becker. BECKER; ELÍAS, 2007, p. 3 e ss.



justiça, temperados (ou não, como se verá) por outros valores<sup>15</sup>.

### 3 RIVALIDADE NO ACESSO: RASTREABILIDADE, LISTAS DE ESPERA, PRIORIDADES

Admitamos que nem todo o alcoolismo nasce somente de um hábito, podendo haver situações de vulnerabilidade congênita ou de predisposição precoce a interferirem na respectiva etiologia: mas é muito evidente a predominância do hábito, e de factores sociais e culturais, na formação da dependência alcoólica<sup>16</sup>.

Ponderemos ainda duas outras circunstâncias:

- 1) a complexidade da patologia hepática atribuível ao alcoolismo, que não permite afirmações muito categóricas em todas estas matérias; podendo falar-se, quando muito, de um “espectro” de sintomas – esteatose, hepatite, fibrose, cirrose – associáveis ao consumo excessivo de álcool;
- 2) o facto de nem todo o consumo alcoólico redundar em patologias hepáticas graves, sendo pelo contrário que essas patologias são minoritárias no universo do alcoolismo – um facto algo surpreendente, tributário da “sorte moral”<sup>17</sup>, mas que não altera a gravidade social da dependência: pensemos no impacto do alcoolismo sobre a violência doméstica, sobre os acidentes rodoviários e sobre a criminalidade em geral – sendo o alcoolismo associável a 4% das mortes a nível global anualmente, o que o torna mais mortífero do que o HIV ou a tuberculose<sup>18</sup>.

Isto tem uma implicação muito evidente: visto que diversas patologias não relacionadas com o alcoolismo conduzem a situações em que é indicado o transplante hepático (ou o retransplante, nalguns casos<sup>19</sup>), e visto que há uma concorrência pelos recursos escassos, e não-renováveis, implicados nesse transplante hepático, é questionável se os pacientes que apresentam uma patologia causada pelo alcoolismo devem, ou não, concorrer em condições de

<sup>15</sup> FREEMAN JR., 2014, p. 116 e ss.

<sup>16</sup> BERESFORD; WONGNGAMNIT; TEMPLE, 2015, p. 25.

<sup>17</sup> ARAÚJO, 2013, p. 1-71.

<sup>18</sup> HAYES; WILLIAMS, 2015, p. 79; WURST; THON; WEINMANN; YEGLES; WONG; PREUSS, 2015, p. 113.

<sup>19</sup> Não obstante o progresso na imunossupressão, a rejeição ocorre em 10 a 20% dos pacientes adultos – COILLY; SAMUEL, 2012, p. 10-11.

paridade com os pacientes com patologias não relacionadas com o alcoolismo.

Devem ou não?

O problema nasce da formação de listas de espera para a referida cirurgia – sendo as listas de espera o resultado inevitável da opção pelo racionamento e pela triagem<sup>20</sup>: por exemplo, nos Estados Unidos apenas 1/3 dos pacientes naquelas listas recebe anualmente um fígado transplantado, o que implica que, salvo soluções residuais de busca de cirurgias no estrangeiro, as listas de espera se alongam constantemente, com consequências trágicas – anualmente morre 1/10 dos pacientes nas referidas listas de espera, e é evidente a degradação da qualidade de vida dos que sobrevivem e continuam a esperar, em situações de esperança de vida que não costuma ultrapassar um ano (em média a espera é de um ano ou mais nos Estados Unidos, e de 100 dias no Reino Unido<sup>21</sup>).

Convirá referir, antes que se estranhe a disparidade de números entre a dimensão das doenças hepáticas de origem alcoólica e o número relativamente restrito daqueles que, por se encontrarem em situações extremas, têm indicação para transplante, que uma primeira triagem de pacientes com patologias hepáticas de origem alcoólica e descompensadas, por simples “rastreadibilidade”<sup>22</sup>, deixa de fora 90 a 95% dos candidatos – o que significa que, por cada 1200 candidatos anuais a transplante hepático por patologia de base alcoólica (no caso norte-americano), há aproximadamente 12 mil rejeitados por uma avaliação física e psicológica, que resultam, como seria de esperar, em 12 mil mortes anuais<sup>23</sup>.

Não se trata, como é fácil de entender, de uma questão estritamente médica, que possa, ou deva, ser resolvida pelo arbítrio dos prestadores de saúde, mesmo quando eles deliberem concertada e ponderadamente, recorrendo a critérios explícitos (ou seja, mesmo que nos

<sup>20</sup> Entre nós, cabe ao Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST), apoiado pelo seu Conselho Consultivo do Sangue, da Histocompatibilidade e da Transplantação (CCSHT) “manter e gerir um sistema de informação único e integrado para gestão da lista de espera de doentes candidatos a transplantação, selecção do par dador receptor em transplantação, banco de tecidos e rastreabilidade”; para esse efeito, o IPST gere um Registo Português da Transplantação (RPT) e permite o acesso a ele por parte da Direcção-Geral da Saúde (DGS), e, através desta, das autoridades competentes da união Europeia – arts. 3º, 2, o) e 7º do Decreto-Lei nº 39/2012, de 16 de Fevereiro, art. 6º, 4 da Lei nº 36/2013, de 12 de Junho.

<sup>21</sup> WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; LUCEY, 2000, p. 769; HOULIHAN, D.D; NEWSOME, 2014, p. 29-30.

<sup>22</sup> Rastreabilidade é “a capacidade de localizar e identificar o órgão em cada etapa do processo, desde a dádiva até à transplantação ou eliminação, incluindo a capacidade de: i) Identificar o dador e o organismo de colheita; ii) Identificar o recetor e o centro de transplantação; e iii) Localizar e identificar todas as informações não pessoais relevantes, relacionadas com os produtos e materiais que entram em contacto com o órgão” – arts. 3º, o) e 13º da Lei nº 36/2013, de 12 de Junho.

<sup>23</sup> WEINRIEB; ABBASI, 2015, p. 99.

elevemos do plano do directo “*bedside rationing*” para o plano de actuação das comissões de ética).

Trata-se, antes, de um problema de justiça, de adjudicação de recursos em ambiente de escassez e de rivalidade de uso, de escolhas trágicas – um problema que exige que sejam traçados, com a possível generalidade e abstracção, critérios de deliberação.

Pode, no fim, essa deliberação ser cometida aos prestadores de saúde, às equipas cirúrgicas, às comissões de ética – mas só o será satisfatoriamente se corresponder a uma ponderação explícita, clara, cuidadosa, do problema de justiça que está aqui implicado<sup>24</sup>.

#### 4 O ARGUMENTO DA RESPONSABILIDADE

Devem ou não?

A doutrina divide-se, neste ponto, em torno daquilo que é conhecido como o “Argumento da Responsabilidade”, que uns aceitam e outros rejeitam.

Em termos gerais, o “Argumento da Responsabilidade” defende que, dada a escassez de recursos, se atribua prioridade aos pacientes não-alcoólicos, em detrimento dos pacientes alcoólicos; e, entre estes, se dê prioridade àqueles que abandonaram atempadamente o vício, em detrimento daqueles que persistem no vício até ao momento agendado para a intervenção cirúrgica – presumindo-se que, em termos gerais, não só a persistência do hábito contribui cumulativamente para a degradação do estado de saúde do viciado, como até 1988 era factor de exclusão, pura e simples, da indicação de qualquer alcoólico ou ex-alcoólico para transplante hepático<sup>25</sup>.

Em termos mais específicos, trata-se de saber se, para lá da simples “escala MELD” (*Model for End-Stage Liver Disease*)<sup>26</sup>, que desde 2002 é a forma predominante de medir a severidade da condição do doente hepático crónico, com ESLD (*End of Stage Liver Disease*), e de aferir a indicação para transplante, deverá, ou não, um critério de justiça distributiva discriminar contra as situações de ARESLD (*Alcohol-Related End of Stage Liver Disease*).

Ou seja, trata-se de saber se deverá, *ceteris paribus*, para efeitos de desempate, preterir-

<sup>24</sup> RASHID; GIMSON, 2014, p. 3-17; TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 215-222.

<sup>25</sup> KENDRICK; DAY, 2015, p. 47 e ss.; HAYES; WILLIAMS, 2015, p. 79-86.

<sup>26</sup> Há outras escalas, algumas simples variantes da MELD: “Child-Turcotte-Pugh” (CTP), “refit MELD”, “Integrated MELD”, “MELD-Na”, “UKELD”, “PELD” – SIPARSKY; AXELROD; FREEMAN, 2012, p. 80 e ss.; RASHID; GIMSON, 2014, p. 8-9; COILLY; SAMUEL, 2012, p. 7; BURRA; LUCEY, 2005, p. 492-493; NEUBERGER, 2014, p. 21-24.

se aqueles que chegaram à condição ESLD através do consumo excessivo e incontrolado de bebidas alcoólicas<sup>27</sup>.

A aplicação de um critério *ceteris paribus* no “Argumento da Responsabilidade” não é tão simples como parece, advirta-se desde já:

- 1) seja porque, evidentemente, a situação “*Alcohol-Related*” pode ter implicações ulteriores, como efeitos secundários, co-morbidades e complicações extra-hepáticas que rebaixem a qualidade de vida do paciente, despromovendo-o objectivamente na simples “escala MELD”<sup>28</sup>.
- 2) seja também, lembremo-lo, porque o transplante hepático, até em razão da escassez de recursos, é uma solução de último recurso, e que pela mesma razão é fútil a intervenção na qual as co-morbidades diminuem muito a qualidade de vida no pós-operatório, ou mesmo a hipótese de sobreviver à intervenção<sup>29</sup>.

Para simplificar, presumamos que a discriminação se cinge ao desempate (“*tie break*”) entre dois pacientes com os mesmos valores nessa “escala MELD”: um alcoólico, ou ex-alcoólico recente, e o outro não-alcoólico, ou ex-alcoólico antigo<sup>30</sup>.

Ou seja: dois pacientes atingem o mesmo valor na “escala MELD” e avizinha-se uma oportunidade de transplante hepático – mas somente para um deles.

Qual deles?

Podemos levar em conta a conduta dos pacientes para decidir qual deles beneficiará do transplante? E qual continuará em sofrimento, ou até, eventualmente, qual morrerá? Ou, para sermos mais rigorosos – e menos dramáticos<sup>31</sup> – quem verá, e quem não verá, a sua vida prolongada para lá da esperança gerada pela história natural da sua principal patologia?<sup>32</sup>

Para alguns autores, podemos<sup>33</sup>.

Para esses autores, o “Argumento da Responsabilidade” tem pleno cabimento – embora

<sup>27</sup> BARNABAS; O’GRADY, 2014, p. 85-92.

<sup>28</sup> BURRA; GERMANI, 2015, p. 136 e ss.; GEIER; MÜLLHAUPT, 2012, p. 13 e ss.; ASRANI; TALWALKAR, 2014, p. 47-59.

<sup>29</sup> RASHID; GIMSON, 2014, p. 4. Para uma enumeração de 5 razões que tornam fútil o transplante hepático, ver BARNABAS; O’GRADY, 2014, p. 91.

<sup>30</sup> THORNTON, 2009, p. 740-741; HOULIHAN; NEWSOME, 2014, p. 29-38.

<sup>31</sup> Esse dramatismo fica simbolizado no nome adoptado pelas comissões encarregadas de proceder à triagem de pacientes na Universidade de Washington, nos anos 60, as “*God Squads*”, e pela sua congénere no Estado de Washington, a “*Seattle God Committee*” – FREEMAN JR., 2014, p. 117; FATEH-MOGHADAM, 2016, p. 192.

<sup>32</sup> Lembrando que a indicação para transplante hepático significa normalmente que a esperança de vida do paciente já é inferior a um ano – COILLY; SAMUEL, 2012, p. 4.

<sup>33</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1295-1298; GLANNON, 1998, p. 31-49; THORNTON, 2009, p. 739-742.



existam previsíveis “nuances” no modo como, estabelecido o argumento, se introduzem distinções entre “classes” de alcoólicos e ex-alcoólicos.

Para os defensores do “Argumento da Responsabilidade”, o paciente numa situação de ARESLD (*Alcohol-Related End of Stage Liver Disease*) cede o lugar ao doente hepático crónico com simples ESLD (*End of Stage Liver Disease*) não relacionada com o alcoolismo – ou, pelo menos, não relacionada proximamente<sup>34</sup>.

Há quem lembre o que já referimos: que, até 1988, o transplante hepático nem sequer era indicado para os pacientes em situação de ARESLD – presumindo-se, até se ter alcançado prova em contrário naquele ano, que tal intervenção, nas situações de ARESLD, era pura e simplesmente fútil<sup>35</sup>.

Falámos de “nuances”, de distinções de “classes” de alcoólicos e ex-alcoólicos, dentro da defesa do “Argumento da Responsabilidade”.

Numa versão mais radical do argumento, seria preterido quem tivesse sido alcoólico em qualquer momento, em favor de quem nunca o tivesse sido.

Chamaremos a esta versão radical – mas minoritária –, o “argumento da responsabilidade *retrospectiva*”: o paciente seria responsável pela sua saúde e por tudo o que conduziu à sua actual situação crítica. Não que isso represente necessariamente uma visão “castigadora” que não admita a redenção ou a superação de vícios, ou queira revestir tonalidades retributivas face ao vício: trata-se, lembremos, de um mero critério de desempate, que não tem qualquer pretensão de interferir no valor objectivo que um paciente tenha alcançado na “escala MELD”. Como melhor veremos adiante, se se trata de escolher genuinamente, no sentido de que alguém será inevitavelmente preterido, então prefere-se o “inocente” ao “culpado” (mesmo que essa “culpa o seja apenas em sentido latíssimo e remoto).

Na versão mais branda – e a largamente maioritária –, que designaremos como o “argumento da responsabilidade *prospectiva*”, o paciente só é responsável a partir do momento em que a sua saúde se degradou e ele, apercebendo-se tanto das possibilidades de superação voluntária do vício como das possibilidades de acesso a tratamentos, nada fez para melhorar a sua condição.

<sup>34</sup> CHARLTON, 2009, p. 169-190; CALDWELL; ARGO, 2016, p. 3-7; MARGINI; DUFOUR, 2016, p. 131-137.

<sup>35</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1295.

## 5 A IMPOSIÇÃO DA ABSTINÊNCIA

Numa versão mais específica deste “argumento da responsabilidade *prospectiva*”, exige-se ao paciente numa situação de ARESLD (*Alcohol-Related End of Stage Liver Disease*) um período de abstinência – tipicamente de 6 meses (“*6-month rule*”), mas variando por vezes entre os 6 meses e um ano – antes da data prevista para o transplante, para que, *em igualdade de condições (ceteris paribus)*, o seu nome possa alcançar o topo da lista de espera.

Esta exigência está hoje difundida mundialmente, correspondendo à política de seguradoras e de centros de transplante<sup>36</sup>, e faz-se acompanhar pontualmente de outras exigências, de controle da obesidade, do tabagismo, do consumo de estupefacientes, e do controle de outros factores de risco para a diabetes e para doenças cardio-respiratórias<sup>37</sup> – além de a imposição do comportamento da abstinência ser já, por si mesma, um teste à situação psiquiátrica do paciente, um elemento não despreciando na medida em que a auto-disciplina (socialmente apoiada, decerto) é crucial para o sucesso do pós-operatório, conexo que está este sucesso com a existência de tratamentos continuados, em princípio para o resto da vida do paciente<sup>38</sup>.

Sem embargo de mesmo esta versão “branda” e “prospectiva” merecer, como veremos, o repúdio da parte daqueles que contestam, *tout court*, o “Argumento da Responsabilidade”, há que reconhecer que aqui se insinua um aparente elemento de justiça *procedimental*, de “*fairness*”: o paciente é advertido de que, se não adoptar uma conduta responsável durante um período definido, sofrerá uma consequência específica – a de ser preterido em favor daqueles que, chegado o momento da intervenção cirúrgica, tenham uma posição equiparável à sua na “escala MELD”, e com os quais teria podido, se não fosse a sua irresponsabilidade, disputar o acesso a esse recurso escasso. Tendo sido lealmente advertido, não pode queixar-se de ser vítima de injustiça no momento de ser preterido.

Mas, em bom rigor, não é apenas de justiça que se trata aqui: o que de mais importante se veicula ao paciente é que a sua recusa de adopção de um comportamento responsável não

<sup>36</sup> EVERHART; BERESFORD, 1997, p. 220-226; WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; LUCEY, 2000, p. 769-776.

<sup>37</sup> RASHID; GIMSON, 2014, p. 13-14; SIMPSON, 2014, p. 76 e ss.

<sup>38</sup> WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; LUCEY, 2000, p. 770 e ss.; BURRA; LUCEY, 2005, p. 493 e ss.; HOULIHAN; NEWSOME, 2014, p. 31-32; CASANOVAS TALAVULL; PEÑA-CALA; RODRÍGUEZ BRUZOS, 2012, p. 175 e ss.

deixará de ter um impacto negativo na sua própria classificação na “escala MELD” – ou seja, o que se lhe transmite é que ele tem a oportunidade de, respeitado o período de abstinência, melhorar a sua classificação na “escala MELD”: o que, indirectamente, significa melhorar a sua esperança de sobrevivência<sup>39</sup>, e até mesmo evitar, eventualmente, o próprio transplante<sup>40</sup>.

Não se trata, pois, de uma mera situação estática de “desempate”, mas sim da promoção de uma oportunidade de “empate”, ou até de “ultrapassagem”, nos critérios de alocação de posições nas listas de espera, por eventual melhoria do estado geral de saúde<sup>41</sup>.

Reconheçamos que de pouco valeria a intervenção médica se não se procurasse, através dela, combater as causas da patologia: a abstinência é um esforço dirigido especificamente a essas causas<sup>42</sup>.

A abstinência exige pois, no mínimo, o abrandamento de dois dos três aspectos que compõem a caracterização do alcoolismo: 1) a dependência psicológica (por habituação e ressaca); 2) a perda de controle do uso de produtos alcoólicos (por impaciência “sôfrega”); e aponta para a melhoria do terceiro aspecto dessa caracterização, que é 3) o declínio físico e social do paciente (as patologias, a perda de auto-estima, os comportamentos obsessivos)<sup>43</sup>.

E, como é notório, não tem sido alheio ao sucesso da abstinência o apoio e intervenção de algumas organizações, como a famosa “*Alcoholics Anonymous*”<sup>44</sup>.

Pensando bem nas exigências enumeradas, nem poderia ser de outro modo, pois senão a abstinência de seis meses, ou mais, ao invés de representar uma oportunidade terapêutica, não seria senão uma expiação imposta por um adjudicador particularmente insensível<sup>45</sup> – um ordálio impiedoso, tanto menos admissível quanto é certo que, do ponto de vista clínico, a abstinência já é válida em termos de “grau”, ou seja, mesmo que não seja *total*, mas desde que seja *predominante*<sup>46</sup>; razão pela qual se têm por válidas propostas de simples redução, de confinamento da ingestão de álcool às refeições, ou até de “dias livres de álcool”<sup>47</sup>.

Há efeitos relevantes detectáveis que resultem da imposição desse período de

<sup>39</sup> Pacientes com cirrose alcoólica e clinicamente acompanhados diminuem a sua esperança de sobrevivência a 5 anos de 90% para 70%, se desrespeitarem a abstinência – TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 216.

<sup>40</sup> TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 217.

<sup>41</sup> NEUBERGER, 2015, p. 197-202.

<sup>42</sup> COILLY; SAMUEL, 2012, p. 5.

<sup>43</sup> BERESFORD; WONGNGAMNIT; TEMPLE, 2015, p. 25.

<sup>44</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1296; BRITTON; LOMBARD, 2015, p. 18-20.

<sup>45</sup> BRAMSTEDT; JABBOUR, 2006, p. 263-265.

<sup>46</sup> TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 218; SAUNDERS, 2015, p. 36 e ss.

<sup>47</sup> FRÖDING; PETERSON, 2016, p. 94 e ss; KENDRICK; DAY, 2015, 52.

abstinência?

Parece que sim: as estatísticas demonstram que alguns pacientes em situação de ARESLD mas com atitude prospectiva responsável (mormente os alcoólicos de “tipo 1”, ou “primários”, mais do que os alcoólicos de “tipo 2”, ou “polidrogas”<sup>48</sup>) têm o mesmo sucesso pós-operatório do que os pacientes com simples ESLD, os que nunca foram alcoólicos – esperanças de sobrevida de 84%, 78%, 73% e 58%, respectivamente a 1, 3, 5 e 10 anos –, pelo que não há razões *médicas* para, *ceteris paribus*, discriminar contra eles<sup>49</sup>.

Isto, insistamos, sem embargo de poderem subsistir razões *não-médicas* para uma tal discriminação. E também sem embargo de o agravamento progressivo da escassez – o problema de base que condiciona toda esta área – ter determinado algumas revisões de critérios ao longo do tempo: por exemplo, o critério de “futilidade” está a expandir-se agora até àqueles transplantes hepáticos nos quais a esperança de sobrevida a 5 anos seja inferior aos 50%<sup>50</sup>. A futilidade pode ser, em casos extremos, um eufemismo cruel para o racionamento e para a triagem.

58

## 6 CRÍTICAS AO ARGUMENTO DA RESPONSABILIDADE

Mas esta interpretação “terapêutica” da versão “branda” ou “prospectiva” do “Argumento da Responsabilidade” não está isenta de dificuldades.

Por um lado, há quem avise que os seis meses (ou mais) de abstinência podem ser insustentáveis, seja em casos agudos em que a espera é demasiado arriscada, seja em casos em que a regeneração induzida pela abstinência é rápida, tornando a espera inútil: pelo que, ao menos nesses dois casos, a regra deveria ser abandonada<sup>51</sup>.

No primeiro caso, forçar alguns pacientes a uma abstinência longa pode ter o efeito contrário do pretendido: pode degradar rapidamente a posição na “escala MELD”, e pode mesmo significar a morte do paciente<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Os “de tipo 2”, na medida em que combinam diversas dependências, não apenas a alcoólica, tendem a ter muito menos sucesso em esforços de abstinência – BERESFORD; WONGNGAMNIT; TEMPLE, 2015, p. 24; BERESFORD, 2012, p. 70; SAUNDERS, 2015, p. 39 e ss.

<sup>49</sup> BURRA; LUCEY, 2005, p. 494; BURRA; GERMANI, 2015, p. 135-146; ANAND; FERRAZ-NETO; NIGHTINGALE; WHITE; MCMASTER; NEUBERGER, 1997, p. 1478-1487; TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 219.

<sup>50</sup> HOULIHAN; NEWSOME, 2014, p. 29 e ss.; SIMPSON, 2014, p. 75ss.

<sup>51</sup> WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; LUCEY, 2000, p. 769 e ss; TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 216.

<sup>52</sup> TESTINO; BURRA; BONINO; PIANI et al., 2014, p. 14642-14651; TESTINO; BORRO, 2014; TESTINO, 2017, p. 2.

Dir-se-á todavia, mesmo nesses casos, que os inerentes riscos não chegam para obstar à função original para a qual o período de abstinência foi concebido: o de responsabilizar o paciente na superação do hábito que começou por provocar a degradação do seu estado de saúde – e subsidiariamente avaliar a sua capacidade de acatamento disciplinado dos imperativos terapêuticos (*compliance*), uma avaliação que, lembremo-lo, será também relevante para passos subsequentes, mesmo os pós-operatórios<sup>53</sup>.

Por outro lado, mesmo que “branda” ou “prospectiva”, é ainda de uma versão do “Argumento da Responsabilidade” que se trata: pelo que se discute se é, ou não, legítimo que, verificada a irresponsabilidade continuada do paciente, tanto retrospectiva como prospectiva, fique legitimada a despromoção sistemática dos alcoólicos “activos” ou “não-abstinentes” no momento da triagem, levando-os, na melhor das hipóteses, a concorrerem com pacientes com posições inferiores na “escala MELD”.

Essa despromoção numa escala que pretende ser objectiva, e assente em critérios puramente médicos, é o “calcanhar de Aquiles” do “Argumento da Responsabilidade” – ao menos da perspectiva de muitos médicos e filósofos.

Para os médicos, o abandono dos seus próprios critérios inevitavelmente fragiliza o procedimento decisório na gestão das listas de espera para transplantes hepáticos.

Se o fundamento da gestão não for um critério estritamente médico, a que outros critérios *não-médicos* se poderá recorrer? Por exemplo, por que razão se desempatará sistematicamente *contra* um alcoólico “não-abstinente” ou “irresponsável”, relegando-o para o concurso com pacientes pior colocados do que ele na “escala MELD”?

E como compatibilizar isso com o dever do médico de dar prioridade aos pacientes com mais elevado QALY (“*Quality-Adjusted Life Years*”), com mais qualidade de vida esperada no pós-operatório, verificada nos prazos de um e cinco anos de sobrevivência, com a esperança genérica de regresso dos pacientes a vidas activas e produtivas?<sup>54/55</sup>

Ou ainda: como admitir que a tonalidade retributiva do “Argumento da

<sup>53</sup> BURRA; LUCEY, 2005, p. 496; GEIER; MÜLLHAUPT, 2012, p. 13-25; SIMPSON, 2014, p. 73-81; FRÖDING; PETERSON, 2016, p. 89-102; RASHID; GIMSON, 2014, p. 15.

<sup>54</sup> NEUBERGER, 2014, p. 18-25; CASANOVAS TALTAUVULL; PEÑA-CALA; RODRÍGUEZ BRUZOS, 2012, p. 159-190 (este comparando testes genéricos de “qualidade de vida” como o “*Nottingham Health Profile [NHP]*”, o “*Medical Outcomes Study Form [SF-36]*” e o “*Sickness Impact Profile [SIP]*”, e testes específicos como o “*Chronic Liver Disease Questionnaire [CLDQ]*” e o “*Liver Disease Quality of Life Questionnaire [LDQOL]*”).

<sup>55</sup> Parece que, com efeito, pacientes em situação ARESLD podem ter melhores perspectivas de sucesso pós-operatório do que pacientes com hepatite C, dado o elevado grau de reincidência do vírus HCV no pós-transplante – JIMÉNEZ PÉREZ; SÁEZ GÓMEZ; GONZÁLEZ GRANDE; RODRIGO LÓPEZ, 2012, p. 194 e ss.

Responsabilidade” se insinue no estrito acatamento da deontologia médica – colocando o prestador de cuidados de saúde numa posição de adjudicador que, mais do que ingrata, lhe não é socialmente atribuída?<sup>56</sup>

Para os filósofos, são múltiplas as objeções ao “Argumento da Responsabilidade”, e temos que nos limitar a uma amostragem em seis pontos genéricos<sup>57</sup>:

- 1) Desde logo, como conjugar a intenção de fazer justiça distributiva a partir de concepções de “mérito” que só por ficção atribuiríamos a um consenso social? Em sociedades plurais e abertas, como pautar o que seja uma vida “boa” ou “responsável” para efeitos de administração justa de recursos escassos e de adjudicação de acessos rivais a esses recursos – aquém da zona da tutela penal que só estabelece pautas de mérito e demérito retributivos em situações extremas, e mesmo aí acompanhadas de especiais garantias processuais?<sup>58</sup>
- 2) Por outras palavras, ainda que se admita a legitimidade de um adjudicador não-judicial, como fazer corresponder a exclusão no “*tie break*”, ou o abrandamento de prioridades, como consequência da alegada “irresponsabilidade” de um doente hepático crónico em situação *objectivamente* grave – ao menos sem se entrar em considerações sancionatórias explícitas, e sem se estabelecer as garantias que o Direito exige a todas as práticas sancionatórias?<sup>59</sup>
- 3) Ainda dentro dessa concepção de “neutralidade liberal” (de certo modo, uma radicalização da resposta libertária e relativista ao “comunitarismo” filosófico, na era pós-Rawls<sup>60</sup>), como confiar a um adjudicador não-judicial a avaliação do que seja a “voluntariedade”, o empenho “responsável” (com todas as inerentes dificuldades “semânticas” e filosóficas em torno dos conceitos de vontade, liberdade, responsabilidade<sup>61</sup>), para daí fazer derivar consequências que podem consistir, literalmente, em decisões de vida e de morte? Mas, em contrapartida, como confiar a um adjudicador jurisdicional, dada a especificidade dos critérios relevantes e a exiguidade dos períodos relevantes para a decisão? Ou seja, como compatibilizar as urgências das

<sup>56</sup> BRUDNEY, 2007, p. 41-47.

<sup>57</sup> ZAMBRANO, 2016, p. 692 e ss.

<sup>58</sup> CANEY, 1992, p. 41-45; LECCE, 2003, p. 524-541; PATTEN, 2012, p. 249-272.

<sup>59</sup> THORNTON, 2009, p. 739-742.

<sup>60</sup> HAWORTH, 1988, p. 711-719.

<sup>61</sup> BRUDNEY, 2007, p. 42 e ss.



decisões de transplante com o recurso a tribunais?<sup>62</sup>

- 4) E será mesmo da “voluntariedade”, do “empenho responsável”, que se trata – mesmo quando se apela para as virtualidades que a abstinência poderá ter em termos de “desintoxicação”? Ou não se tratará antes, insiste-se, de uma reacção retributiva à identificação de um vício pretérito, estabelecendo-se a abstinência como um misto de pacto e de ordálio – um teste de obediência que procederá já, presume-se, a uma primeira triagem entre “viciados”, senão mesmo à liminar exclusão do processo de “rastreadibilidade”?<sup>63</sup>
- 5) A complicar este quadro, não podemos excluir que alguns comportamentos “dependentes” sejam relevados através de “argumentos de relevância social” que invertam a graduação em caso de empate; argumentos que podemos classificar em duas vertentes:
  - a. Argumentos de relevância social da conduta – o vício foi contraído em consequência de um risco profissional numa actividade tida por meritória (é mais difícil pensar num exemplo com alcoolismo<sup>64</sup>, mas pense-se no exemplo de uma insuficiência pulmonar registada num bombeiro, e que seja associável aos riscos da sua actividade);
  - b. Argumentos de relevância social da pessoa – o paciente alcoolizado tem uma importância presente que ultrapassa qualquer reserva que possa formular-se em função do desvalor da sua conduta pretérita (um estratega de que depende a segurança de um país, o cientista do qual se espera a conclusão de uma investigação importante)<sup>65</sup>
- 6) Acresce ainda uma série de argumentos de ordem pragmática e “consequencialista”, de que destacaríamos dois:
  - a. Será avisado cometer essa ponderação do “Argumento da Responsabilidade” a prestadores de cuidados de saúde? Não destruirá isso a relação médico-paciente e a necessária relação de confiança? Não deveria, por isso, seguir-se antes a máxima

<sup>62</sup> PATTEN, 2012, p. 257 e ss.

<sup>63</sup> LECCE, 2003, p. 531 e ss.

<sup>64</sup> Mas não impossível: imaginemos um agente infiltrado numa rede criminosa e que, para entrar na rotina e na cumplicidade do grupo nuclear, tem que partilhar hábitos de consumo pesado de álcool – acabando viciado ele próprio.

<sup>65</sup> WILKINSON, 1999, p. 263 e ss.



“tratar sem julgar”?<sup>66</sup>

- b. Não criaremos nós, com a introdução do referido “Argumento”, um incentivo à ocultação, ao menos parcial, da informação voluntariamente prestada pelo paciente quanto ao seu historial? É que até a biópsia e o emprego de biomarcadores nos pacientes com ESLD não bastam para se apurar esse historial<sup>67</sup>, tal como outros meios de diagnóstico e detecção falham na avaliação até do alcoolismo activo<sup>68</sup>: pelo que a cooperação do paciente é, neste ponto, indispensável, e ele terá, deste modo, um incentivo para sonegar estrategicamente a informação relevante e explorar a assimetria que lhe concede vantagem de “risco moral”<sup>69</sup>.

## 7 NEUTRALIDADE LIBERAL OU BOÉMIA BURGUESA?

Todas estas objecções, e mormente a primeira, remetem-nos para um entendimento de “neutralidade liberal” quanto à conduta individual das nossas vidas: sugerindo que em sociedades livres, plurais e abertas não se deve admitir que haja concepções de “vida boa” que superem outras, de forma mais aberta, ou mais veladamente, paternalista<sup>70</sup>.

Contudo, o apelo à “neutralidade liberal” é altamente problemático, desde logo porque impediria a formulação de um núcleo ético e cívico intangível, cuja transgressão justificasse a proibição jurídica absoluta, e as consequentes coerção e repressão penal.

É problemático também porque bloquearia a percepção objectiva dos referenciais de que depende a “função comparativa” que se abriga no próprio conceito de Justiça: com efeito, como aferir méritos e compará-los, deferindo e indeferindo pretensões, sem uma prévia afectação de recursos de acordo com critérios consensuais – ou presumivelmente consensuais, de acordo com a ficção contratualista – constitucionalista?

A “neutralidade liberal” pode assentar num atraente equívoco em torno de ideais

<sup>66</sup> HO, 2008, p. 77-83.

<sup>67</sup> EVERHART; BERESFORD, 1997, p. 222-223; BURRA; GERMANI, 2015, p. 136-138; WURST; THON; WEINMANN; YEGLES; WONG; PREUSS, 2015, p. 113-121; NEIL, 2015, p. 123-133; BRUNT; KLEINER, 2016, p. 72-81; HAYES; WILLIAMS, 2015, p. 86.

<sup>68</sup> TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 218-219.

<sup>69</sup> Ao mesmo tempo essa assimetria informativa pode demonstrar a futilidade da visão “radical”, “retrospectiva”, do “Argumento da Responsabilidade”.

<sup>70</sup> FRÖDING; PETERSON, 2016, p. 89 e ss; ARNESON, 2003, p. 191-218; GAUS, 2003, p. 137-165; WILKINSON, 1999, p. 255-269.





libertários e de relativismos culturais, mas não se compagina com os ideais “fundacionais” que, não obstante os assaltos pós-modernos, ainda subsistem na estruturação política, ética e jurídica das sociedades modernas.

As Constituições dos Estados contemporâneos não nascem do cepticismo nem são rigorosamente neutras, veiculam valores – aliás, tendem a veiculá-los com forte carga ideológica –; as cláusulas gerais e conceitos indeterminados que perpassam a Ética e o Direito postulam sentidos *objectivamente* alcançáveis através de um esforço interpretativo fundamentado e sindicável; os agregados humanos são frutos de uma historicidade cimentada em partilhas de interesses, valores e convicções – daí emergindo noções como a de “*res publica*”, ou como a de “bem comum”, ou como a de justificação utilitarista / democrática da organização política das nações.<sup>71</sup>

Aliás, aplicando-se a si mesma, a ideia subjacente à “neutralidade liberal” ferir-se-ia a si própria de morte, submergindo nos mesmos paradoxos que afectam o relativismo axiológico: com efeito, como se defenderia a “neutralidade liberal” contra uma maioria que, aproveitando-se dela, invocando-a, a renegasse democraticamente? Como se distinguiria a “neutralidade liberal” de uma “anomia” que só pudesse ser derrotada com o auxílio “não-neutral” do Estado?

Mas não é apenas de um equívoco que se trata: é que a invocação da “neutralidade liberal” não é, certamente, ela própria “neutra”.

Por um lado, afigura-se que ela veicula a visão romântica de um certo “libertarismo inconsequente”, que porque presume que a “sociedade” é um ente abstracto, tende a justificar a primazia constante do “individual” sobre o “colectivo”, retirando, como corolário, a conclusão de que o indivíduo nada deve à sociedade, e que esta é, ou deve ser, um instrumento inerte dos desígnios individuais.

Esta visão romântica é, aliás, um dos alicerces em que assenta a escala de valores dos “burgueses boémios”, que entendem que a primazia absoluta do plano individual de realização, de sucesso, não pode, nem deve, ser entravado por considerações “responsabilizantes” ou “solidaristas”, e que por isso a vida individual – como se se tratasse de uma perene infância ou adolescência – pode e deve decorrer em termos de uma fundamental irresponsabilidade, e com dispensa de qualquer disciplina ou congruência de conduta: daí o epíteto de “boémia”<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> HURKA, 1995, p. 36-57; FOWLER, 2010, p. 367-381; MANG, 2013, p. 297-315; SARAJLIC, 2015, p. 515-537.

<sup>72</sup> Por todos, o icónico – e cáustico (mas, também, ironicamente cúmplice): *Bobos in Paradise. The New Upper*

## 8 EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Por outro lado, a “neutralidade liberal” presume, mas presume mal, que os vícios e as dependências fazem uma única vítima, o próprio afectado – o que ainda é tributário do individualismo radical ínsito na “boémia burguesa”<sup>73/74</sup>.

Presume mal porque, em geral, isso é falso: começámos por referir números que demonstram que o alcoolismo é, em si mesmo, um gravíssimo problema de saúde pública a justificar medidas profilácticas muito vigorosas<sup>75</sup>: a dependência alcoólica afecta 7 a 10% da população dos Estados Unidos, envolvendo um terço das famílias norte-americanas<sup>76</sup>.

Em particular, olhando-se para o caso do alcoólico que se colocou na situação de ARESLD, e agora aguarda a oportunidade de um transplante hepático, é evidente que a sua conduta pretérita, e a situação que ela criou, lesam interesses de terceiros: mesmo que não tenha havido lesados *económicos directos* no passado (suponhamos um solteiro que vive dos seus rendimentos, que não tem quem dependa economicamente dele, e que não adopta, em resultado do vício, nenhuma conduta insustentável para as suas economias), a partir do momento em que ingressa na lista de espera para o transplante hepático passa a lesar os interesses de terceiros, sendo esses terceiros todos os outros que rivalizam com ele no acesso ao recurso escasso do transplante; terceiros cuja situação melhora com cada *saída* da lista, e piora com cada *entrada* na lista de espera<sup>77</sup>.

Lesada em que sentido?

Provoca, na esfera de interesses alheios, consequências negativas, sem que esse efeito tenha sido precedido de uma autorização da parte daqueles que ele afecta, ou seja, sem que haja uma cobertura pactuada para o suporte desses efeitos por terceiros; esses efeitos excedem, em suma, a “disposição de suportar” que tenha sido manifestada, explícita ou até implicitamente, por aqueles que têm agora, efectivamente, que suportar parte das consequências dessa conduta.

E isso torna-se claro se percebermos que a rivalidade no acesso a recursos escassos gera

---

*Class and How They Got There* (BROOKS, 2000).

<sup>73</sup> BROOKS, 2000, p. 234.

<sup>74</sup> SADURSKI, 1989, p. 351-373; SADURSKI, 1990, p. 122-133; MARTIN, 2017, p. 143-162.

<sup>75</sup> GILMORE; GILMORE, 2015, p. 1-10; BRITTON; LOMBARD, 2015, p. 11-21.

<sup>76</sup> BERESFORD; WONGNGAMNIT; TEMPLE, 2015, p. 23.

<sup>77</sup> MARTIN, 2017, p. 148 e ss.



uma situação de “soma zero”, em que os ganhos de uns são as perdas de outros: como presumir, então, que um qualquer pacto celebrado livremente por um agente racional autorizaria, fosse por que preço fosse, as consequências negativas (para a saúde, para a vida) advindas de uma *entrada* inesperada ou injustificada na lista de espera?

Estamos a falar, como alguns já terão percebido, de “externalidades negativas”.

Na prática, o alcoólico “externaliza” uma parte dos seus custos privados, faz recair sobre terceiros efeitos para que esses terceiros não contribuíssem, e efeitos que eles não toleraram nem toleram, nem teriam autorizado se tivessem sido previamente abordados para deles se obter uma autorização.

Na presença de tais “externalidades negativas”, é legítimo que, ou a sociedade, em representação da classe difusa dos lesados, ou os próprios lesados concretos, coligadamente e por via de adjudicação judicial ou arbitral, devolvam esses custos ao lesante, por via de “internalização das externalidades”, vedando em concreto esse parasitismo do interesse colectivo através do empolamento dos ganhos privados e da correspondente desvalorização dos custos suportados por aqueles que são privados desses ganhos, e que são “chamados” apenas, de forma leonina, à partilha das perdas.

Devendo ainda sublinhar-se o facto, não isento de consequências, de que, no caso em apreço, o paciente com ARESLD não externaliza somente sobre aqueles que podem *empatar* com ele na “escala MELD”, mas externaliza também sobre aqueles que estão *abaixo dele* na lista de espera, e que estariam em posição mais favorável, mais próxima do transplante, se não fosse a “intromissão” do paciente alcoólico na lista de espera<sup>78</sup>.

Concretamente no que respeita às listas de espera, dir-se-á então que o paciente ex-alcoólico (no sentido, insistamos, de não ser um “alcoólico praticante” no próprio momento previsto para a intervenção), pelo facto de se ter colocado, por razões imputáveis à sua conduta, numa situação de ARESLD, não deve ser beneficiado, por um desempate a seu favor, na disputa de prioridades face a pacientes no mesmo degrau da “escala MELD”.

Ou, da perspectiva inversa, dir-se-á que têm direito a não ser “ultrapassados”, ou preteridos num “*tie break*”, aqueles que têm uma legítima expectativa dentro da lista de espera, nomeadamente por cumprirem todos os critérios de justiça e por terem mantido uma conduta “responsável”, não patentemente causadora ou agravadora da patologia: a ponto de poder dizer-

<sup>78</sup> BRUDNEY, 2007, p. 44.

se que a situação de ESLD simples em que se encontram se deve fundamentalmente à “sorte bruta”, não a alguma opção livre que, conscientemente, pudesse contribuir para a ocorrência da doença hepática crônica – como se presume que terá sucedido com o paciente em situação de ARESLD, o que configuraria um caso de “sorte das opções”<sup>79</sup> –.

## 9 RETRIBUTIVISMO OU INTERESSE (DO) PÚBLICO?

Mas, perguntar-se-á, não se abriga nesta “internalização das externalidades” que recai sobre o paciente em situação de ARESLD, a mesma “óptica retributivista” que tentámos já afastar, denunciando-lhe os riscos quando ela seja adoptada sem o acompanhamento das salvaguardas jurídico-penais que poderiam contrabalançar o retributivismo – isto para aqueles que aceitem o retributivismo como um dos legítimos fins das penas –?

Sem querermos complicar demasiado a nossa análise deste tópico, remetamos para a lógica geral das próprias listas de espera – que é, lembremos, a da gestão do acesso rival a meios escassos, de acordo com critérios de justiça distributiva – para recordarmos que o tema, e o problema, é exclusivo da prestação *pública* de cuidados de saúde.

Em meios em que coexistam sistemas *públicos* e *privados* de saúde, não há forma de impedir que aquele paciente que disponha de recursos económicos *abandone* a lista de espera do serviço público e procure obter o mesmo resultado, com ganho de tempo, acedendo a um serviço privado no qual a mesma intervenção cirúrgica esteja disponível sem escassez e sem esperas.

Isto, evidentemente, no pressuposto de que o serviço *privado* dispõe dos mesmos meios que o serviço *público*, ou que a lei lhe permite a concorrência pelos recursos – o que nem sempre ocorrerá<sup>80</sup>, sendo que muitas vezes a única vantagem dos serviços privados é a de agilizarem

<sup>79</sup> A terminologia é tributária de Ronald Dworkin, e distingue situações de presença ou ausência de voluntariedade (opções) na geração ou empolamento de riscos: “Option luck is a matter of how deliberate and calculated gambles turn out-whether someone gains or loses through accepting an isolated risk he or she should have anticipated and might have declined. Brute luck is a matter of how risks fall out that are not in that sense deliberate gambles.” – DWORKIN, 1981, p. 293.

<sup>80</sup> A lei portuguesa não veda essa concorrência, mas limita-a fortemente:

- a) ao estabelecer uma coordenação centralizadora da actividade de colheita de tecidos ou órgãos de origem humana para fins de transplantação, assegurada pelos Gabinetes Coordenadores de Colheita e Transplantação (GCCT) integrados numa Rede Nacional de Tecidos e Células, inicialmente sob a tutela da Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação (ASST) e agora sob a tutela do Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST);
- b) ao prever um Registo Português de Transplantação (RPT);



os procedimentos relativos ao transplante parcial de fígado de um dador vivo, pois aí dador e beneficiários são identificados e podem ter uma relação entre eles<sup>81</sup>, o que faz com que nesta situação, mas só nela, desapareça o “pooling” dos recursos<sup>82</sup> e o concomitante problema da justiça distributiva<sup>83/84</sup>.

Dir-se-á que, saindo da lista de espera para antecipar a data do transplante hepático – quando possa fazê-lo –, o paciente literalmente *compra tempo*; ou, se quisermos, dir-se-á que o serviço *privado* permite que, *ceteris paribus*, se pague *em dinheiro* aquilo que o serviço público impõe que se pague *em tempo de espera*.

Tendo presente esta dicotomia, compreende-se a legitimidade de se impor uma certa “óptica retributivista” no serviço público, e especificamente na gestão das listas de espera – dado em especial o “estigma social” que acompanha o alcoolismo, a expressão de uma espécie de instinto de auto-defesa de uma sociedade que pode ser seriamente ameaçada pela magnitude do problema<sup>85</sup>.

Mas, mesmo que ponhamos de lado qualquer escopo sancionatório, é de não esquecer que o “público”, no sentido de “povo soberano”, se reserva sempre uma legitimidade política para estabelecer critérios distributivos quanto à alocação de órgãos para transplantes, seja genericamente porque é ele quem financia o serviço *público* de saúde, seja, mais especificamente, pela razão elementar de que é o próprio “público” quem fornece os órgãos para transplante, sendo que os desvios inaceitáveis face a critérios distributivos de justiça

67

- c) ao estabelecer números mínimos de transplantes por ano (20 no caso dos transplantes hepáticos como condição para autorização da actividade);
- d) ao prever procedimentos de referenciação com âmbito nacional e até internacional;
- e) ao prever a eventual importação condicionada de tecidos e células de origem humana;
- f) ao estabelecer o intercâmbio exclusivamente institucional de órgãos com países terceiros.

Ver Portaria nº 31/2002, de 8 de Janeiro, Decreto Regulamentar nº 67/2007, de 29 de Maio, Portaria 357/2008, de 9 de Maio, Lei nº 12/2009, de 26 de Março, Decreto-Lei nº 39/2012, de 16 de Fevereiro, Lei nº 36/2013, de 12 de Junho, e a Portaria nº 76/2014, de 21 de Março (aditada e alterada pela Portaria nº 16/2015, de 23 de Janeiro).

<sup>81</sup> Previa-se uma relação de parentesco até ao 3º grau no art. 6º, 2 da Lei nº 12/93, de 22 de Abril, mas, por força da alteração introduzida pela Lei nº 22/2007, de 29 de Junho, desapareceu essa limitação, que foi substituída (no nº 3 do art. 6º) pela necessidade de um parecer favorável por parte da Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA – prevista no novo art. 6º-A da Lei nº 12/93, de 22 de Abril). Ver também a Portaria nº 802/2010, de 23 de Agosto.

<sup>82</sup> Espelhado no dever de confidencialidade quanto à identidade de dador e receptor de órgão ou tecido, nos termos do art. 4º, 1 da Lei nº 12/93, de 22 de Abril (na redacção da Lei nº 22/2007, de 29 de Junho), e no art. 18º da Lei nº 36/2013, de 12 de Junho.

<sup>83</sup> THOMASMA; MICETICH; BREMS; VAN THIEL, 1999, p. 326 e ss; CRONIN II; MILLIS, 2008, 11.

<sup>84</sup> Sobre o tema das “*donor-recipient relationships*”, ROSS; SAUNDERS; CRONIN II, 2015, p. 764-765. Entre nós, o “Programa Nacional de Doação Renal Cruzada (PNDRC)” estabelecido na Portaria nº 802/2010, de 23 de Agosto.

<sup>85</sup> BRUDNEY, 2007, p. 44-45.



podem provocar (em especial em ambientes de “*opting-in*”) movimentos de retracção na oferta de órgãos – uma escassez induzida que corresponde, em termos de “bem-estar geral”, a uma situação de “perda absoluta” (“*deadweight loss*”) por erosão de incentivos<sup>86</sup>.

Por outras palavras, um simples cálculo utilitarista denunciará os efeitos negativos que poderão nascer das interferências num critério de justiça que goze de apoio generalizado, por mais “justiceiro” ou “impiedoso” ou “retributivista” que possa afigurar-se esse critério – e que, portanto, rectificações por outros critérios de justiça, alegadamente superiores mas menos populares, podem redundar num colapso, no “fim de mundo” (“*ne pereat mundus*”) ou na “queda dos céus” (“*ruat caelum*”) que o “*fiat iustitia*” proclamava não temer.

Adianta impor uma justiça que a maioria não entende ou repudia – e com isso provocar a redução drástica do número dos próprios transplantes hepáticos? Quando, em 2002, a vedeta do futebol britânico, George Best, teve uma recidiva de alcoolismo pouco depois de receber um novo fígado, houve um marcado declínio na oferta de órgãos para transplante no Reino Unido<sup>87</sup>. E inquéritos têm revelado que o público, numa esmagadora maioria (uma proporção de mais de 10 para 1), é partidário de que se favoreçam os pacientes “inocentes” em detrimento dos pacientes tidos por “responsáveis” pelas suas patologias – seja nas prioridades nas listas de espera, seja no financiamento público dos tratamentos<sup>88</sup>.

Lembremos ainda que a sofisticação tecnológica implicada nos transplantes hepáticos faz deles pontos focais num debate mais amplo sobre financiamento, justiça distributiva e racionamento de cuidados de saúde, ponderados por critérios políticos de afectação de recursos, de estabelecimento de prioridades e de fixação de tectos orçamentais – e não apenas os recursos, as prioridades e os orçamentos do sector da saúde. Um procedimento caro e exposto a alegações de injustiça é um candidato natural à retracção do financiamento público, com óbvias consequências<sup>89</sup>.

Em defesa do “neo-abstinente” com ARESLD poderemos sempre invocar a noção dos “trunfos contra a maioria”, proclamando um *direito fundamental de não ser discriminado* em casos de desempate, protegendo-o, dessa forma, contra uma discriminação de base maioritária,

<sup>86</sup> Relembramos que até em ambientes de “*opting-out*” é grande a escassez de situações genuínas de “morte cerebral”; e que, evidentemente, a vontade política pode fazer qualquer sistema regressar ao “*opting in*”, se se generalizarem as desconfianças ou as percepções de injustiça – MANZEI, 2016, p. 131 e ss.

<sup>87</sup> THORNTON, 2009, p. 741.

<sup>88</sup> BRUDNEY, 2007, p. 41; STORKEBAUM, 2016, p. 202 e ss.

<sup>89</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1297.

assente num critério utilitarista. Mas, não obstante o entusiasmo que suscitou esta solução de Ronald Dworkin<sup>90</sup>, sublinhemos-lhe o pendor anti-democrático, sobretudo quando, banalizando-se, multiplica as excepções à regra maioritária. A universalização do expediente “*ad hoc*” do “trunfo contra a maioria” não é, pura e simplesmente, viável; não é candidato, portanto, a tornar-se numa regra moral.

Ainda: de que vale um critério de justiça que, de tão sofisticado, tão crítico, se transforma em base de dissonância e de perda de consenso – quando não em pretexto para doutrinarmos proto-totalitário? Adianta, *na prática*, denunciar o consenso como “mero preconceito”, se, no fim, temos que apelar à boa vontade dos preconceituosos?<sup>91</sup>

E ainda mais: de que vale esse critério de justiça tipo por “superior”, se ele determina o colapso no sistema – e agora não somente na acepção da “*deadweight loss*” decorrente da retracção da oferta de órgãos para transplante, mas também na “fuga” para o sistema *privado* de saúde daqueles que, como médicos, como pacientes ou como dadores, objectam à não-discriminação dos ex-alcoólicos no sistema *público*?<sup>92</sup>

69

## 10 UMA SOLUÇÃO CONTRATUALISTA?

Uma extrapolação a partir da prática consensual da imposição de um período de abstinência de 6 meses, ou mais, antes do transplante permite-nos, aliás, ponderar as possibilidades, e eventuais benefícios, de um mais genérico e ambicioso “contrato anti-alcoólico”, ou “contrato de abstinência”, ou “contrato de reabilitação”, que conferiria ao problema uma feição “deontológica” ou “procedimental”.

Tal como em outras situações de “vícios” ou “dependências”, poderia estabelecer-se contratualmente uma “regra de jogo” relativamente a todo aquele em quem fosse detectada a dependência alcoólica, mesmo precocemente: a advertência de que qualquer reincidência, qualquer agravamento de estado de saúde em resultado dessa reincidência, qualquer verificação, em decorrência disso, de uma situação de ARESLD, levaria a uma despromoção nas listas de espera (relativamente aos doentes crónicos mas abstinentes), a uma suspensão

<sup>90</sup> DWORKIN, 1984, p. 153-167.

<sup>91</sup> TOMÉ; LUCEY, 2015, p. 216-217.

<sup>92</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1295 e ss.

temporária<sup>93</sup>, ou até à pura e simples exclusão (para os pacientes não-abstinentes, os “alcoólicos praticantes”<sup>94</sup>), como aquela que ocorre contra esses alcoólicos “não-regenerados”, e aparentemente sem contestação, nos casos de transplantes cardíacos, nos quais é alegada a futilidade do procedimento em relação e esse tipo de pacientes<sup>95</sup>.

Advertido o público em geral quanto a esta regra de jogo, estaria aparentemente salvaguardada a lealdade “deontológica” da solução discriminatória – até na sua forma mais severa, a da “responsabilidade *retrospectiva*”<sup>96</sup>. Contudo, mesmo esta solução “contratualista” está exposta a três sérias objecções:

- 1) O problema da inconsistência temporal resultante da fraqueza da vontade, ou acrasia, ou do “desconto hiperbólico”, ou da “miopia comportamental”.
- 2) O problema do oportunismo contratual.
- 3) O problema da vontade na formação do vício ou dependência – ou seja, o problema da *responsabilidade* do paciente pelo seu estado, seja no início da conduta da qual nasceu a dependência, seja no combate à dependência – na busca de soluções, no reinício da conduta por recaída.

Quanto à primeira objecção, ela é fácil de formular, até porque nos seus contornos básicos ela ultrapassa muito o âmbito das situações de vício ou dependência: como esperar-se que um ex-alcoólico cumpra pontualmente o seu “contrato de abstinência” de forma a que, se porventura vier a ocorrer uma situação de ESLD, ela possa ser novamente remetida para os domínios da “sorte bruta”, ou ao menos ser demarcada de qualquer suspeita de ARESLD?

É que, no caso de um viciado, mais do que porventura em qualquer outro caso – mas isso depende da resposta que se dê à terceira objecção –, não é descartável a hipótese de ocorrer, seja uma fraqueza de vontade, uma genuína “acrasia” (tendo todos os incentivos bem presentes e actuantes para prevenir a recaída, no entanto o alcoólico sucumbe à tentação, não obstante saber que consequências acarretará a sua fraqueza), seja um “desconto hiperbólico” das consequências do incumprimento (o alcoólico não desconhece os riscos de cair numa situação de ARESLD, e no entanto não se deixa condicionar por eles, porque os toma por muito distantes ou improváveis – razão pela qual vai procrastinando o início de um genuíno cumprimento do

<sup>93</sup> GEIER; MÜLLHAUPT, 2012, p. 23.

<sup>94</sup> EVERHART; BERESFORD, 1997, p. 222-223; WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; M.R. LUCEY, 2000, p. 774 e ss.

<sup>95</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1295.

<sup>96</sup> GLANNON, 1998, p. 34 e ss.



“contrato de abstinência”, até ser tarde de mais).

Dir-se-á aqui aberto o campo para o reforço dos vínculos contratuais, seja por mecanismos anti-procrastinatórios, seja por um expediente anti-acrático como o “Contrato Ulisses”<sup>97</sup>.

A segunda objecção ainda é mais fácil de formular: conhecendo as dificuldades e custos inerentes a uma efectiva observação e verificação da conduta prometida, o alcoólico celebra de má-fé o “contrato de abstinência”, pois aposta na não-deteção do incumprimento.

Como já referimos antes que algum do historial do paciente em situação de ESLD não é reconstituível sem a prestação de declarações sinceras por parte do paciente, está aqui aberto amplo terreno para o “risco moral”, e para o correspondente oportunismo contratual.

Dada a pronunciada assimetria informativa detectável nestes domínios, a celebração do “contrato de abstinência”, longe de ser uma garantia de conduta responsável, pode ser uma ampliação da margem de irresponsabilidade ao alcance do paciente – como aliás é verificado, em concreto, com os “*alcohol contracts*” que são especificamente celebrados no pré-operatório para evitar a frustração do transplante através de recidivas no vício, e que têm tido um sucesso muito limitado<sup>98/99</sup> – o que, refira-se de passagem, e tendo presente que os níveis de recidiva andam estimados pelos 15 a 40%<sup>100</sup>, ajuda a desfazer um mito sobre os transplantes hepáticos, o de que eles teriam a virtualidade de, por eles próprios, “curar” o alcoolismo<sup>101</sup>.

A terceira objecção é a mais difícil, e também a mais polémica, e tem essencialmente a ver com a responsabilidade pela génese do vício ou dependência, e pela sua manutenção ou reinício. Intervém aqui um conjunto muito amplo de considerações de ordem científica e até filosófica – tão amplo que não conseguiremos abarcá-lo convenientemente<sup>102</sup>, vendo-nos forçados a esboçar uma mera síntese.

<sup>97</sup> ARAÚJO, 2017, p. 165-217.

<sup>98</sup> JAUHAR; TALWALKAR; SCHNEEKLOTH; JOWSEY; WIESNER; NARAYANAN MENON, 2004, p. 408-411; MASSON; MARROW; KENDRICK; ELSHARKAWY; LATIMER; HUDSON, 2014, p. 475-481.

<sup>99</sup> As recaídas no vício variam entre os 11% e os 50% dos casos, e só em 17% dos casos essas recaídas causam a rejeição dos tecidos transplantados – TESTINO, 2017, p. 2. Cfr. EVERHART; BERESFORD, 1997, p. 223-224.

<sup>100</sup> Um quadro dos factores de risco de recidiva em: TESTINO; BURRA; BONINO; PIANI *et al.*, 2014, p. 14648.

<sup>101</sup> BERESFORD; WONGNGAMNIT; TEMPLE, 2015, p. 32-33; COILLY; SAMUEL, 2012, p. 5; BRAMSTEDT; JABBOUR, 2006, p. 263; ANAND; FERRAZ-NETO; NIGHTINGALE; MIRZA; WHITE; MCMMASTER; NEUBERGER, 1997, p. 1482-1484.

<sup>102</sup> Começando pela própria caracterização do que seja a genuína “dependência” e dos factores neurobiológicos que concorrem para a sua formação – ver quadros em SAUNDERS, 2015, p. 37-38.

## 11 O REGRESSO DA RESPONSABILIDADE. A “*ACTIO LIBERA IN CAUSA*”

Sinteticamente, diremos somente que o problema tem a ver com a natureza das dependências e dos comportamentos viciados:

- a) serão doenças genuínas, de “sorte bruta”, no sentido de serem inevitáveis por razões neuro-fisio-patológicas, servindo os estímulos ambientais à conduta viciada como meros “gatilhos” que despoletam irresistivelmente essa conduta (embora uma predisposição congênita não seja propriamente uma condenação à conduta, mas apenas um incremento da respectiva probabilidade<sup>103</sup>); ou, pelo contrário,
- b) serão patologias auto-infligidas, de “sorte das opções”, no sentido de nascerem de hábitos livremente assumidos, apesar de ambientalmente estimulados (comportamentos, padrões sociais, hábitos alimentares, vícios vários), e só progressivamente irem, por prática reiterada, e por alterações do metabolismo degenerado através de mecanismos patológicos, subvertendo a força de vontade que poderia oferecer-lhes resistência, ou bloqueando os estímulos ambientais contrários à eclosão e subsistência do vício?<sup>104</sup>

Sem subestimarmos factores de hereditariedade e de *hereditabilidade* epigenética, que determinarão propensões congénitas muito vincadas nalguns casos<sup>105</sup>, e sem querermos explorar o potencial estigmatizador da atribuição do hábito alcoólico a uma “falência moral”, duas razões levam-nos a assumirmos a posição “*responsabilizante*” na génese, manutenção e reincidência do alcoolismo:

- 1) A posição jurídica, que não trata o alcoólico como um inimputável, ou ao menos não o presume inimputável<sup>106</sup> – embora possa fazer corresponder a uma relativa inimputabilidade algumas consequências extremas da dependência alcoólica, mediante o reconhecimento de estados de incapacidade permanente, um reconhecimento obtido através de declarações de inabilitação ou de interdição, ou através da aplicação de medidas de segurança (como o internamento compulsivo) em situações graves de demência induzida pelo alcoolismo. Será uma posição pouco sofisticada sobre o assunto,

<sup>103</sup> GLANNON, 1998, p. 36 e ss.

<sup>104</sup> AITHAL; GROVE, 2015, p. 55-64.

<sup>105</sup> KENDRICK; DAY, 2015, p. 50-51. O factor genético mais forte é o do sexo: as mulheres representam um risco muito mais elevado do que os homens em matéria de geração de situações de ARESLD, aos mesmos níveis de dependência alcoólica – o que corresponde à circunstância, facilmente observável, de níveis mais baixos de tolerância ao álcool.

<sup>106</sup> WEINRIEB; ABBASI, 2015, p. 99-108; BERESFORD, 2012, p. 62-74.

mas compreende-se que o Direito não possa ficar enredado em polémicas científicas nem entravado por impasses filosóficos – que redundariam num indesejado “*non liquet*”.

- 2) A constatação do facto, público e notório, de que o alcoolismo é um fenótipo fortemente estimulado por factores ambientais – por apelos comerciais e publicitários, por pressões sociais, por complacência consuetudinária, até por uma iconografia carismática que romantiza e glorifica, em especial junto dos adolescentes, as “transgressões” que conduzem directamente a vícios e dependências – não sendo o alcoolismo, nesse particular, uma excepção na galeria dos comportamentos culturalmente promovidos, não obstante o seu potencial destrutivo<sup>107</sup> (o que explica a frequente sobreposição de vícios de origens diversas<sup>108</sup>). Nada disso faria sentido se o alcoolismo fosse um fenómeno estritamente congénito e determinista – e, portanto, imune a apelos e pressões, a glorificações e a outros factores ambientais. Bem ou mal, com maior ou menor apoio científico, os comportamentos que conduzem ao alcoolismo são estimulados de uma forma que subentende a liberdade de opção e a plena competência dos destinatários – começando pela circunstância de os produtos alcoólicos serem oferecidos através do mercado, e prosseguindo pelo modo como, com uma boa dose de farisaísmo, se faz apelo ao consumo moderado, *responsável*, desses produtos<sup>109</sup>.

Podemos mesmo acrescentar que alguns estudos têm demonstrado – por observação em gémeos – que alguns riscos associados ao alcoolismo dependem em partes iguais (cerca de 50%) de factores de hereditabilidade e de factores ambientais<sup>110</sup>. Mas o que releva, para o nosso ponto, é que há uma margem não despreciable de factores ambientais em jogo.

Chegados aqui, reabre-se a consideração do “argumento da responsabilidade”, incluindo da sua versão mais forte, a “*retrospectiva*”, porque é possível atribuir a um alcoólico a culpa pelo seu estado, em toda a amplitude evolutiva desse estado, bastando que se reconheça – como acabámos de ver que o Direito e alguns factos evidentes autorizam que se faça – que na génese do seu vício, da sua dependência, esteve ainda um acto livre, uma opção responsabilizante.

Além disso, ninguém chega a uma situação de ARESLD sem um consumo intenso de álcool durante 10 a 20 anos – muito tempo para que a pessoa alcoolizada não tenha a

<sup>107</sup> KENDRICK; DAY, 2015, p. 47.

<sup>108</sup> SAUNDERS, 2015, p. 35-45.

<sup>109</sup> GILMORE; GILMORE, 2015, p. 9-10; TESTINO; BORRO, 2014. A ingestão de bebidas alcoólicas na adolescência faz aumentar de 2 a 4 vezes a probabilidade de se cair na dependência: TESTINO, 2017, p. 1.

<sup>110</sup> KENDRICK; DAY, 2015, p. 47-48.

oportunidade de experimentar a deterioração do seu estado, a oportunidade de procurar apoio externo, a oportunidade até de sentir em si mesma os custos das oportunidades desperdiçadas em intervalos tão longos de conduta reiterada<sup>111</sup>; e muito tempo para não ouvir as advertências e alertas que, contra os riscos do alcoolismo, se multiplicam nas sociedades modernas (não obstante, insista-se, a dissonância com a promoção comercial do consumo)<sup>112</sup>.

O facto de a dependência alcoólatra diminuir a vontade, gerar problemas de acrasia ou de miopia comportamental, ou até de degenerar em patologias extremas que sejam denegadoras de autonomia e de imputabilidade, não interfere com essa responsabilidade inicial que, do ponto de vista ético e jurídico, recobre todos os passos subsequentes.

Aquele que teve em seu poder a escolha entre dois caminhos assume, e deve assumir, as consequências da escolha de um deles – não pode, nem deve, esperar que a sua presença num dos caminhos seja tomada como resultado de “sorte bruta”, como uma fatalidade que lhe não é atribuível.

Especificando: o paciente alcoólico, ou ex-alcoólico, pode ver a sua situação fragilizada, não porque com o seu vício, com o seu “estilo de vida”, tenha cometido um pecado, uma afronta à virtude (como se insinua nas críticas provindas da “*liberal neutrality*”, que são também críticas à “Ética da Virtude”<sup>113</sup>), ou porque seja inequívoco que o hábito alcoólico constitua um “*malum in se*” – mas apenas porque ele é responsável, tanto pelo controle como pela perda de controle sobre a sua própria conduta, com todas as consequências daí advenientes<sup>114</sup>.

É precisamente este entendimento que explica a solução da “*actio libera in causa*”, de consagração universal, e prevista tanto no Direito Civil como no Direito Penal portugueses:

Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório” (Artigo 488º, 1 do Código Civil)

A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto” (Artigo 20º, 4 do Código Penal).

Embora a “*actio libera in causa*” seja apenas a solução para um problema concreto e de natureza transitória, o entendimento que lhe subjaz é evidente (e abarca aliás tanto a questão da

<sup>111</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1296.

<sup>112</sup> THORNTON, 2009, p. 740.

<sup>113</sup> FRÓDING; PETERSON, 2016, p. 91 e ss.

<sup>114</sup> GLANNON, 1998, p. 33 e ss., p. 46-47.



*voluntariedade inicial* do hábito alcoólico como a questão de uma eventual recusa de auxílio ou tratamento), e o corolário para a situação que nos interessa é muito claro: invocar a “irresponsabilidade da sua condição” não livra o alcoólico – nem sequer o “neo-abstinente” – dos deveres básicos que impendem sobre qualquer agente livre, mesmo que a evolução da sua condição de “dependente” tenha entretanto comprometido o pleno uso da sua autonomia.

A mesma “*actio libera in causa*” poderá ainda, refira-se de passagem, resolver situações de emergência provocadas oportunisticamente, como tentativas de subverter a lista de espera – por exemplo, situações propositadas de “*overdose*” (por exemplo, hepatotoxicidade provocada por paracetamol) com o fito único de, gerando uma situação fulminante, “passar à frente” na “fila de espera”<sup>115</sup>.

Até por razões de prevenção geral e de prevenção especial, é aconselhável que os propósitos desses gestos de desespero sejam frustrados de forma muito clara e consistente. Esta inflexibilidade perante o “oportunismo do desespero” não quer dizer que a “escala MELD” seja perfeita e não tenha que ser revista, ou “recalibrada”, para nela se incorporarem outras ponderações de prioridade, mormente do foro oncológico ou para situações em que o risco de morte não é preponderante<sup>116</sup>. São apenas as situações de “emergência induzida”, e não todas as outras, que devem ser desconsideradas, ou até reprimidas.

Além disso, o paciente em situação aguda, com aproximadamente 72 horas de vida esperada pela frente<sup>117</sup> (induzida ou não por “*actio libera in causa*”) já tem genericamente contra ele a presunção de que não acatou os imperativos da abstinência, ou de que a abstinência não produziu as melhorias esperadas, caso em que as suas esperanças de sobrevida são ínfimas; o que pode fazer com que, por si só, a própria intervenção passe a considerar-se fútil<sup>118</sup>.

## 12 CRÍTICAS À NEUTRALIDADE LIBERAL

Poderão considerações de ordem científica ou filosófica apontar num sentido diferente, poderão vectores culturais – como o atraente paradigma da “boémia burguesa” – exercer a sua

<sup>115</sup> RASHID; GIMSON, 2014, p. 4 e ss.; BARNABAS; O’GRADY, 2014, p. 85 e ss.; NEUBERGER, 2014b, p. 93-100.

<sup>116</sup> GEIER; MÜLLHAUPT, 2012, p. 20 e ss.; MCCAUGHAN; JAMIAS; FU; SHACKEL; STRASSER, 2009, p. 147; RASHID; GIMSON, 2014, p. 8 e ss. Uma lista de 17 exceções à “escala MELD” em COILLY; SAMUEL, 2012, p. 7.

<sup>117</sup> THORNTON, 2009, p. 741.

<sup>118</sup> COILLY; SAMUEL, 2012, p. 5; TESTINO; BURRA; BONINO; PIANI *et al.*, 2014, p. 14646ss..



atração gravitacional <sup>119</sup>: não obstante, a Ética e o Direito continuam ainda a assentar no pressuposto da responsabilidade e da autonomia; ou, se quisermos, assentam numa versão não-escapista, não-romântica, do individualismo <sup>120</sup>.

Em versão mais drástica ou mais branda, o “argumento da responsabilidade” corresponde a uma exigência mínima de *justiça* na gestão de listas de espera para transplantes hepáticos – um momento em que se confrontam, como já referimos, pacientes que se encontram ali por “sorte bruta” (os puros ESLD) e pacientes que se encontram ali por “sorte das opções” (os ARESLD), numa disputa por recursos escassos que, precisamente por serem escassos, vão reclamar comparações, deferimentos, indeferimentos, escolhas e preterições de acordo com um critério uniforme, congruente (não-casuísta), acessível e compreensível – o critério da Justiça.

Quem somos nós para julgar? – subentendia-se numa das objecções dos defensores da “neutralidade liberal” ao “argumento da responsabilidade”.

Quem somos? Somos sociedades organizadas que vivem à sombra de alguns valores partilhados, entre eles, com especial proeminência, o valor “Justiça”. Se não julgamos, não aplicamos esse valor – e sem isso é a desagregação cívica que espereita.

O ideal do individualismo inconsequente, “boémio”, que condena a prática social da justiça, quer somente ser míope quanto às consequências da generalização de condutas injustas. As sociedades politicamente organizadas não sobrevivem à força centrífuga da injustiça generalizada.

Por outras palavras, apelando ao legado kantiano, o ideal do “burguês boémio” não é, pura e simplesmente, universalizável: serve para uma minoria, mas na condição de que a maioria, malgrado suportar as “externalizações negativas” de condutas daquela minoria, seja privada de aceder a esse estatuto privilegiado, e se mantenha, apesar de excluída, apegada a uma prática de aplicação estrita da Justiça <sup>121</sup>.

Além disso, não parece que, na situação das listas de espera para transplantes hepáticos, uma situação que configura o já mencionado “jogo de soma zero” (significando que o que os puros ESLD ganham é o que os ARESLD perdem, e vice-versa), possa haver um abrandamento da aplicação estrita de regras de justiça distributiva através de ponderações equitativas, de

<sup>119</sup> Uma atração gravitacional nítida quando se defende que, no equilíbrio entre o individual e o colectivo, prevalece o direito de cada um de adoptar “condutas sub-óptimas” – HO, 2008, p. 83.

<sup>120</sup> GLANNON, 1998, p. 32 e ss.

<sup>121</sup> BROOKS, 2000, p. 270 e ss.



“justiça do caso concreto”.

A disputa de recursos escassos faz-se, pela própria natureza dos recursos em disputa, em termos de rivalidade: não é possível sobreviverem dois pacientes com o transplante de material que só é apto para salvar um único paciente<sup>122</sup>.

E no entanto, por alguma razão o “argumento da responsabilidade” suscita tão imediato, tão epidérmico, repúdio, entre alguns cientistas, filósofos, e médicos – sem que possa sequer presumir-se, nem sequer caricaturalmente, que todos são subscritores da visão irresponsabilizadora ou “boémia”, ou que foram contaminados por ela; embora a muitos escape que o “sentimentalismo” e a “compaixão” tornam a posição do médico (ou de outro prestador de cuidados de saúde) demasiado vulnerável a ameaças de “quebra de confiança” por parte de um paciente irresponsável ou oportunista que queira torna-lo cúmplice numa quebra das regras do jogo ou na violação de princípios de justiça – como transpareceu, não há muito na Alemanha, em sucessivos escândalos de cumplicidade de médicos com pacientes visando o falseamento de dados e a promoção indevida nos critérios de afectação de recursos e nas listas de espera<sup>123</sup>.

77

Isso deve conduzir-nos a uma outra reflexão.

O paciente ex-alcoólico, imaginemos, está profundamente arrependido do seu passado de maus hábitos; apercebendo-se da gravidade da sua situação, imediatamente abandonou o vício, e através de uma extraordinária demonstração de fortaleza manteve-se abstinente; sabendo das exigências da “responsabilidade prospectiva”, satisfez todas, cumprindo pontualmente tudo o que lhe foi ordenado.

Não é louvável esse esforço?

Deve ele ser “castigado” através de uma discriminação – mesmo que se trate apenas de uma discriminação *para desempate* –? Não significa tanto a vida e a saúde para ele como para os demais candidatos ao transplante? Não é relevante o seu arrependimento?

Não estará, porventura, a desconsiderar-se ilegitimamente a possibilidade de regeneração pessoal, e de reinserção social, de cada indivíduo, estigmatizando indelevelmente alguém que foi alcoólico somente no passado?

Mais ainda: a própria libertação do vício, como demonstração de fortaleza da vontade, não poderá ser tomada como demonstrativa de uma capacidade de cumprimento rigoroso das

<sup>122</sup> THOMASMA; MICETICH; BREMS; VAN THIEL, 1999, p. 321-329; SIPARSKY; AXELROD; FREEMAN, 2012, p. 75-87; FREEMAN JR., 2014, p. 116-124.

<sup>123</sup> THORNTON, 2009, p. 741; FATEH-MOGHADAM, 2016, p. 187 e ss.

exigências de conduta no pós-transplante?

### 13 DA RIVALIDADE DE ACESSO AO “JOGO DE SOMA ZERO”

Todas estas considerações são relevantes – conquanto nenhuma seja decisiva.

O paciente em situação de ARESLD é tão merecedor de respeito e de proteção como qualquer outro; não deve ser estigmatizado, e menos ainda de forma indelével, pelo seu passado; a vida e a saúde dele merecem uma solicitude não-condicionada, como a dos demais pacientes em condições comparáveis à sua; nada justifica a sua preterição no acesso a tratamentos que estejam disponíveis para todos os doentes hepáticos crônicos, e especificamente aqueles que otimizem as hipóteses de sobrevivência e o bem-estar daqueles que se encontram em lista de espera para os transplantes; nada justifica a sua preterição em situações em que exista oferta de órgãos suficientes para proceder ao transplante hepático em benefício de *todos* aqueles que se encontram na mesma posição *objetiva* na “escala MELD”.

O paciente em situação de ARESLD verá evidentemente a sua situação melhorar à medida que se for progredindo em sucedâneos do transplante hepático tradicional, ou seja, na “doação *inter vivos*” (a “*Living Donor Liver Transplantation [LDLT]*”)<sup>124</sup>, no pluritransplante (a “*reduced-size liver transplantation*” e a “*split-liver transplantation*”<sup>125</sup>), na “xenotransplantação”<sup>126</sup>, ou mesmo na clonagem de tecidos e órgãos, que, se tiverem sucesso, poderão mitigar a escassez, embora suscitem muitos outros problemas médicos e éticos, que vão da pressão exercida pelo critério de “morte cerebral” sobre os moribundos<sup>127</sup>, até à pressão sobre vivos que resulta do comércio de órgãos e tecidos<sup>128</sup>.

Mas, em nome da estrita Justiça, o paciente em situação de ARESLD deve ser preterido quando não exista a possibilidade de se proceder ao transplante hepático em benefício de *todos* aqueles que se encontrem na mesma posição *objetiva* na “escala MELD”: e nesse caso, e só nesse caso – como temos repetidamente sustentado – é que deverá haver uma discriminação

<sup>124</sup> EGHTEHAD; JAIN; FUNG, 2003, p. 51-52; CRONIN II; MILLIS, 2008, p. 11-13; ROSS; SAUNDERS; CRONIN II, 2015, p. 760-774.

<sup>125</sup> SIPARSKY; AXELROD; FREEMAN, 2012, p. 84.

<sup>126</sup> ASSADI; POURABDOLRAHIM; MARCKMANN, 2016, p. 221-238.

<sup>127</sup> Sobre o tão polêmico critério da morte cerebral, veja-se o art. 12º da Lei nº 12/93, de 22 de Abril, a Declaração da Ordem dos Médicos publicada no Diário da República (I Série – B) de 11 de Outubro de 1994, o art. 2º da Lei nº 141/99, de 28 de Agosto, o Despacho nº 14341/2013 do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, de 6 de Novembro.

<sup>128</sup> MANZEI, 2016, p. 129; HILPERT, 2016, p. 84 e ss.





contra o ex-alcoólico, em favor de todos os outros pacientes que não têm um passado de alcoolismo – ao menos enquanto outras patologias de raiz voluntária não alcançarem a gravidade que o alcoolismo já evidencia, ou não houver relativamente a elas a aguda consciência do nexos causal com a doença hepática crônica<sup>129</sup> –; uma discriminação contra quem contribuiu conscientemente para o agravamento da sua patologia, em favor de quem nunca o fez (no sentido de que pode algo na conduta do “paciente inocente” ter contribuído para esse agravamento, mas não é possível estabelecer esse nexos causal face ao “estado da arte” da ciência médica).

Convirá referir que a introdução de “escalas”, de aferidores, de critérios de desempate, sempre teve por principal objectivo fazer com que houvesse justiça – e só justiça – na gestão das listas de espera para transplantes. Não é por acaso que a introdução da “escala MELD”, em 2002, levou a uma imediata redução das listas de espera nos Estados Unidos e à consequente redução da mediana dos prazos – pela primeira vez na história dos transplantes hepáticos<sup>130</sup>.

Se porventura subsistem dúvidas, creio que dois argumentos adicionais bastarão:

- 1) Dado que estamos numa disputa por um recurso escasso, num ambiente de “jogo de soma zero” (só se obtêm ganhos à custa das perdas de outros, não é possível haver ganhos sem perdas correspectivas), *não-indeferir* a pretensão dos ex-alcoólicos acarreta necessariamente *indeferir* a posição dos não-alcoólicos. E nesse caso, que fundamento encontraríamos para, *ceteris paribus*, desvalorizarmos a posição dos não-alcoólicos (dos puros ESLD)?<sup>131</sup>
- 2) Se nos recusarmos a discriminar, o empate subsistirá – pelo que, se houver material de transplante para um paciente e forem dois ou mais os candidatos empatados, não deverá ocorrer nenhum transplante: prosseguirão todos em lista de espera, em sofrimento, em risco; e, alongando-se este impasse, esta recusa de discriminação, morrerão todos.

Parece, pois, que o critério da estrita Justiça, por muito que afronte a sensibilidade ética e cultural daqueles que consideram em especial a posição pessoal daqueles que estão em situação de ARESLD (e às vezes imperceptivelmente desconsideram, com essa atenção parcial,

<sup>129</sup> Estamos a pensar nos já referidos distúrbios de metabolismo resultantes de sedentarismo e de certos hábitos alimentares, e que estão a ganhar terreno muito rapidamente nas indicações para transplantes hepáticos – Williams, R. (2016), 203 –; o que torna plausível que, a breve trecho, o alcoolismo deixe de ficar isolado como “vício causador” de ESLD.

<sup>130</sup> COILLY; SAMUEL, 2012, p. 6.

<sup>131</sup> STORKEBAUM, 2016, p. 201-205.

a posição dos demais – e em especial desvalorizam a “*agência moral*” daqueles que resistiram a tentações e evitaram riscos<sup>132</sup>), é aquela que permite decidir, quebrar impasses, resolver empates, salvar vidas de acordo com critérios distributivos congruentes e compreensíveis.

De passagem, esclareça-se que o critério de afectação de órgãos para transplante é o da justiça estrita, mas que essa acepção estrita faz apelo a uma consideração complexa do valor “Justiça”, tanto da sua vertente *deontológica* (apego rígido a regras objectivas, gerais, abstractas e uniformes) como da sua vertente *material* ou *substantiva* (tratamento igual das situações equiparáveis, tratamento desigual das situações não-equiparáveis, apelando a juízos de mérito), como ainda da sua vertente *consequencialista* ou *utilitarista* (tomando em conta os ganhos advenientes da aplicação das regras, apelando a juízos de benefício)<sup>133</sup>.

Retomemos o primeiro dos argumentos adicionais acabados de utilizar: num “jogo de soma zero” provocado por escassez e rivalidade, os ganhos de uns são necessariamente os prejuízos de outros, e vice-versa – e isso basta para retirar, à despromoção do interesse do paciente alcoólico, qualquer conotação sancionatória (que, para ser legítima, exigiria uma intencionalidade lesiva, ou um conhecimento perfeito das consequências, para lá da simples “externalização negativa”<sup>134</sup>). Se alguém tinha que ser indeferido, e não o fosse o paciente com ARESLD, outro paciente com simples ESLD teria necessariamente que ser o indeferido. E, neste último caso, que justificações poderíamos encontrar?<sup>135</sup>

#### 14 DA JUSTIÇA À COMPAIXÃO – E DE REGRESSO À JUSTIÇA

Insistamos que nada disso colide, ou deve colidir, com a compaixão que devemos sentir por todos os pacientes em lista de espera para um transplante hepático<sup>136</sup>, mesmo, no limite, por aqueles que tiveram recaídas no pré- ou no pós-transplante, violando ou não compromissos assumidos<sup>137</sup> – embora tenhamos que admitir que a compaixão não tem que ser indiscriminada, e pode ser compreensivelmente mais intensa nuns casos do que noutros (para darmos apenas um exemplo, talvez nos condoa mais a situação de uma criança com um problema hepático

<sup>132</sup> HO, 2008, p. 77.

<sup>133</sup> SIPARSKY; AXELROD; FREEMAN, 2012, p. 76-77.

<sup>134</sup> BRUDNEY, 2007, p. 45-46.

<sup>135</sup> Este o cerne do “*Restoration Argument*”, muito utilizado por filósofos que ignoram a terminologia da “*Welfare Economics*”, e especificamente o tema das externalidades – WILKINSON, 1999, p. 255 e ss.

<sup>136</sup> HILPERT, 2016, p. 83-88.

<sup>137</sup> WEINRIEB; VAN HORN; MCLELLAN; LUCEY, 2000, p. 769 e ss.

congénito e que pode receber, através do transplante, o seu primeiro fígado *normal*, do que a situação daquele que, tendo nascido com um fígado *normal*, busca agora, através do transplante, obter o seu segundo fígado *normal*<sup>138</sup>).

Feita a justiça de operar em primeiro lugar um paciente com ESLD simples, o paciente com ARESLD não pode ser abandonado à sua sorte, e deve beneficiar de um transplante logo que possível – no pressuposto, bem entendido, de que não haja na lista de espera ninguém com melhores valores do que ele na “escala MELD”, ou subsistam outros “puros ESLD” com os mesmos valores do que ele na “escala MELD”.

Entendamo-nos: a necessidade de aplicação, em casos precisos, da Justiça estrita, não significa que, em mais do que um sentido, a beneficência e compaixão não sejam valores superiores ao da justiça<sup>139</sup> – ou até que o “*a cada um conforme as suas necessidades*” não seja um critério mais nobre de justiça do que o “*a cada um conforme o seu mérito*”. É por isso mesmo que reclamar justiça estrita se pode considerar, no caso, “*unfortunate but not unfair*”<sup>140</sup>.

Mas falemos mais claro ainda: por todo o respeito que nos mereça a ciência médica, ela não está qualificada, ou legitimada, para formular regras *normativas* de aplicação de critérios de justiça distributiva, nem especificamente para fixar *normativamente* as prioridades na afectação dos recursos disponíveis para os transplantes hepáticos. Cabe-lhe, neste caso, subordinar-se àquilo que o Direito formule e defina – ou àquilo que o Direito permita que seja formulado pela Ética<sup>141</sup>.

Decerto o sonho de uma sociedade mais solidária, mais fraterna, mais filadélfica (mais assente no amor fraterno), é um dos sonhos mais nobilitantes de que foi, e é, capaz a nossa civilização.

Mais ainda, a matriz cristã esprou por sobre essa nossa civilização a convicção – raramente assumida, é verdade –, de que o Amor sobreleva à Justiça, porque é o Amor que aceita, apoia e acolhe, enquanto que a Justiça só compara, indefere e vinga.

Haverá moralidade mais exaltante e interpeladora do que aquela que se ilustra na parábola evangélica dos trabalhadores na vinha (Mateus 20: 1-16), que faz ao Senhor da vinha pagar o mesmo aos que vieram na primeira hora e aos que vieram na última, aos que trabalharam mais

<sup>138</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1297.

<sup>139</sup> THOMASMA; MICETICH; BREMS; VAN THIEL, 1999, p. 327-328.

<sup>140</sup> MOSS; SIEGLER, 1991, p. 1296.

<sup>141</sup> FATEH-MOGHADAM, 2016, p. 189-190.

e aos que trabalharam menos, aos que merecem mais e aos que merecem menos – porque ama a todos por igual, porque sabe que todos têm as mesmas necessidades, e porque, nessa “*caritas*” paternal, os últimos serão os primeiros?

Tudo isso explica que, independentemente de qualquer contaminação romântica pelos padrões egoístas da “burguesia boémia”, todos sintamos compaixão por aquele que, no momento decisivo, vê indeferido um seu interesse importantíssimo – quiçá vital.

Condoemo-nos com a situação dele, a nossa solicitude ergue-se para atender à sua vulnerabilidade, desejamos que nunca tivesse sido necessário escolher, comparar, deferir e indeferir.

Admitamos, até, que se impõe educarmo-nos nessa direção, e há que reconhecer a necessidade de abandonarmos algumas atitudes sociais comuns perante os pacientes alcoólicos<sup>142</sup> – para que uma ética de compaixão e solicitude tenha mais espaço para se manifestar e para exercer a sua influência.

Mas até que isso aconteça a deusa da justiça, Themis, continuará a ser representada com a balança que compara, com a venda que bloqueia a compaixão, e com a espada que, cortando *a direito*, vence impasses e indecisões.

Uma Justiça que cedesse perante sentimentos de compaixão, de simpatias, de parcialidades – tudo sentimentos que o Amor comporta – cedo soçobriaria em sentimentalismo, em hesitações, em capturas, em caprichos, em imprevisibilidades, traindo a função que todas as sociedades organizadas lhe confiam<sup>143</sup>.

## REFERÊNCIAS

ABDELDAYEM, Hesham; ALLAM, Naglaa (Orgs.). *Liver Transplantation – Basic Issues*, Rijeka: InTech, 2002.

AITHAL, Guruprasad P; GROVE, Jane I. *Mechanisms of Alcohol Toxicity*. In: NEUBERGER, J.; DiMartini, A. (Orgs.), 2015, p. 55-64.

ANAND, Anil C; FERRAZ-NETO, Ben-Hur; NIGHTINGALE, Peter; MIRZA, Darius F; WHITE, Alfred C; MCMASTER Paul; NEUBERGER, James M. Liver Transplantation for Alcoholic Liver Disease: Evaluation of a Selection Protocol. *Hepatology*, 25, 1997, p. 1478-1487.

<sup>142</sup> TESTINO; BURRA; BONINO; PIANI *et al.*, 2014, p. 14648.

<sup>143</sup> FATEH-MOGHADAM, 2016, p. 187-199; MATESANZ; DOMÍNGUEZ-GIL, 2016, p. 303-312.

ARAÚJO, Fernando. Sorte Moral, Carácter e Tragédia Pessoal. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB*, a. 2, n. 1, 2013, p. 1-71.

ARAÚJO, Fernando. O Contrato-Ulisses – I: O Pacto Anti-Psicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, a. 3, n. 2, 2017, p. 165-217.

ARNESON, Richard. *Liberal Neutrality on the Good: An Autopsy*. In: WALL, S; Klosko; G. Klosko (Orgs.), 2003, p. 191-218.

ASRANI, Sumeet K; TALWALKAR, Jayant A. *Management on the Waiting List*. In NEUBERGER, J; FERGUSON, J; Newsome; P.N. (Orgs.), 2014, p. 47-59.

ASSADI, Galia; Pourabdollahim, Lara; MARCKMANN, Georg. *Xenotransplantation: The Last Best Hope? Ethical Aspects of a Third Way to Solve the Problem of Organ Shortage*. In JOX, R.J; ASSADI, G; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 221-238.

BARNABAS, Ashley; O'GRADY, John. *Assessment of the Patient with Acute Liver Failure*. In: NEUBERGER, J; FERGUSON, J; NEWSOME, P.N. (Orgs.), 2014, p. 85-92.

BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations. *Journal of Economic Perspectives*, v. 21, n. 3, 2007, p. 3-24.

BERESFORD, Thomas P. *Psychiatric and Substance Abuse Evaluation of the Potential Liver Transplant Recipient*. In: CLAVIEN, P.A., TROTTER, J.F; MÜLLHAUPT, B. (Orgs.), 2012, p. 62-74.

BERESFORD, Thomas P; WONGNGAMNIT, Narin; TEMPLE, Benjamin A. *Alcoholism: Diagnosis and Natural History in the Context of Medical Disease*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI; A. (Orgs.), 2015, p. 23-34.

BRAMSTEDT, K.A; JABBOUR N. (2006), When Alcohol Abstinence Criteria Create Ethical Dilemmas for the Liver Transplant Team. *Journal of Medical Ethics*, 32/5, 2006, p. 263-265.

BRITTON, Ed; LOMBARD, Martin. *Epidemiology of Alcohol-Related Liver Disease*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI; A. (Orgs.), 2015, p. 11-21.

BROOKS, David. *Bobos in Paradise. The New Upper Class and How They Got There*. New York: Simon & Schuster, 2000.

BRUDNEY, Daniel. Are Alcoholics Less Deserving of Liver Transplants? *Hasting Center Report*, 37/1, 2007, p. 41-47

BRUNT, Elizabeth M; KLEINER, David E. *When Is It NAFLD and When Is It ALD? Can the Histologic Evaluation of a Liver Biopsy Guide the Clinical Evaluation?* In: WILLIAMS, R; TAYLOR-ROBINSON, S.D. (Orgs.), 2016, p. 72-81.

BURRA, Patrizia; GERMANI, Giacomo. *General Assessment and Management*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 135-146.

BURRA, Patrizia; LUCEY, Michael R. Liver Transplantation in Alcoholic Patients. *Transplant International*, 18/5, 2005, p. 491-498.

BUSUTTIL, Ronald W; KLINTMAN, Göran B.G. (Orgs.) *Transplantation of the Liver*. 3. ed. Philadelphia, PA: Elsevier, 2005.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85/6, 1972, p. 1089-1128.

CALDWELL, Stephen H; ARGO, Curtis K. *Non-Alcoholic Fatty Liver Disease: Hype or Harm?* In: WILLIAMS, R; TAYLOR-ROBINSON, S.D., Taylor-Robinson (Orgs.), 2016, p. 3-7.

CANEY, Simon. Thomas Nagel's Defence of Liberal Neutrality. *Analysis*, 52/1, 1992, p. 41-45.

CASANOVAS TALAVULL, Teresa; PEÑA-CALA, Maria Carmen; RODRÍGUEZ BRUZOS, Eva. *Disease Targeted Measures of Health-Related Quality of Life (HRQOL) in Patients with Advanced Liver Disease Before and After Liver Transplantation*. In: ABDELDAYEM, H; ALLAM, N. (Orgs.), 2012, p. 159-190.

CHARLTON, Michael. *Liver Transplantation for Nonalcoholic Fatty Liver Disease*. In: EVERSON, G.T; TROTTER, J.F. (Orgs.), 2009, p. 169-190.

CLAVIEN, Pierre-Alain; TROTTER, James F; MÜLLHAUPT; Beat MÜLLHAUPT (Orgs.). *Medical Care of the Liver Transplant Patient*. 4. ed. Oxford: Wiley Blackwell, 2012.

COILLY, Audrey; SAMUEL, Didier. *Selection and Evaluation of the Recipient (Including Re-transplantation)*. In: CLAVIEN, P. A; TROTTER, J.F; MÜLLHAUPT, B. (Orgs.), 2012, p. 3-12.

CRONIN II, David C; MILLIS, J. Michael. Living Donor Liver Transplantation: The Ethics and the Practice. *Hepatology*, 47/1, 2008, p. 11-13.

DOWMAN, Joanna K; FARRELL, Geoffrey C; NEWSOME, Philip Newsome. *NAFLD: A Worldwide Problem*. In: WILLIAMS, R; TAYLOR-ROBINSON, S.D. (Orgs.), 2016, p. 8-14.

DWORKIN, Ronald. What Is Equality? Part 2: Equality of Resources. *Philosophy and Public Affairs*, 10/4, 1981, p. 283-345.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. (Org.), 1984, p. 153-167.

EGHTESAD, B; JAIN, A.B; FUNG, J.J. Fung. Living Donor Liver Transplantation: Ethics and Safety. *Transplantation Proceedings*, 35/1, 2003, p. 51-52.

EVERHART, James E; BERESFORD, Thomas P. Liver Transplantation for Alcoholic Liver Disease: A Survey of Transplantation Programs in the United States. *Liver Transplantation and Surgery*, 3/3, 1997, p. 220-226.

EVERSON, Gregory T; TROTTER, James F. (Orgs.). *Liver Transplantation. Challenging Controversies and Topics*. Totowa NJ: Humana Press, 2009.

FATEH-MOGHADAM, Bijan. *Legal Justice in Organ Allocation. A Legal Perspective on the Failure of the German Organ Allocation System*. In: JOX, R.J., ASSADI, G; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 187-199.

FOWLER, Timothy Michael. The Problems of Liberal Neutrality in Upbringing. *Res Publica*, 16/4, 2010, p. 367-381.

FREEMAN JR., Richard B. Liver Allocation. In: NEUBERGER, J; FERGUSON, J; NEWSOME, P.N. (Orgs.), 2014, p. 116-124.

FRÖDING, Barbro; PETERSON, Martin. *How to be a Virtuous Recipient of a Transplant Organ*. In: JOX, R.J; ASSADI, G. Assadi; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 89-102.

GAUS, Gerald F. *Liberal Neutrality: A Compelling and Radical Principle*. In: WALL, S; KLOSKO, G. (Orgs.), 2003, p. 137-165.

GEIER, Andreas; MÜLLHAUPT, Beat. *Monitoring the Patient Awaiting Liver Transplantation*. In: CLAVIEN, P.-A., TROTTER, J.F; MÜLLHAUPT, B. (Orgs.), 2012, p. 13-25.

GILMORE, Ian; GILMORE, William. Epidemiology of Alcohol Use. In: NEUBERGER, J; DI-MARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 1-10.

GLANNON, Walter. Responsibility, Alcoholism, and Liver Transplantation. *Journal of Medicine and Philosophy*, 23/1, 1998, p. 31-49.

HAWORTH, Lawrence. Liberal Neutrality. *Dialogue*, 27, 1988, p. 711-719

HAYES, Peter; WILLIAMS, Michael. *Patterns of Alcohol-Associated Liver Damage*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 79-86.

HILPERT, Konrad. *The Theological-Ethical Dimension of Organ Transplantation in the Context of Contemporary Discussions*. In: JOX, R. J; ASSADI, G; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 83-88.

HO, Dien. When Good Organs Go to Bad People. *Bioethics*, 22/2, 2008, p. 77-83.

HOULIHAN, Diarmaid D; NEWSOME, Philip N. *Assessing the Potential Transplant Recipient*. In: NEUBERGER, J; FERGUSON, J; NEWSOME, P.N. (Orgs.), 2014, p. 29-38.

HURKA, Thomas. Indirect Perfectionism: Kymlicka on Liberal Neutrality. *Journal of Political Philosophy*, 3/1, 1995, p. 36-57.

JAUHAR, Sameer; TALWALKAR, Jayant A; SCHNEEKLOTH, Terry; JOWSEY, Sheila; WIESNER, Russell H; MENON, K.V. Narayanan. Analysis of Factors that Predict Alcohol Relapse Following Liver Transplantation. *Liver Transplantation*, 10/3, 2004, p. 408-411.

JIMÉNEZ PÉREZ, Miguel; SÁEZ GÓMEZ, Ana Belen; GONZÁLEZ GRANDE, Rocío; RODRIGO LÓPEZ, Juan Miguel. Hepatitis C and Liver Transplantation. In: ABDELDAYEM, H; ALLAM, N. (Orgs.), 2012, p. 193-204.

JOX, Ralf J; ASSADI, Galia; MARCKMANN, Georg. *Organ Transplantation in Times of Donor Shortage. Challenges and Solutions*, Cham, Springer, 2016.

KENDRICK, Stuart; DAY, Chris. Risk Factors for Alcohol-Related Liver Disease. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 47-53.

LECCE, Steven A. Contractualism and Liberal Neutrality: A Defence. *Political Studies*, 51, 2003, p. 524-541.

MANG, Franz Fan-lun. Liberal Neutrality and Moderate Perfectionism. *Res Publica*, 19/4, 2003, p. 297-315.

MANZEI, Alexandra. Organ Shortage as a Structural Problem in Transplantation Medicine. In: JOX, R.J; ASSADI, G; MARCKMANN G. (Orgs.), 2016, p. 127-140.

MARGINI, Cristina; DOUFOUR, Jean-François. Are the Guidelines—AASLD, IASL, EASL, and BSG—of Help in the Management of Patients with NAFLD? In: WILLIAMS, R. & TAYLOR-ROBINSON; S.D. (Orgs.), 2016, p. 131-137.

MARTIN, Nick. Conceptions of the Good, Rivalry, and Liberal Neutrality. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 20/2, 2017, p. 143-162.

MASSON, Steven; MARROW, Benjamin; KENDRICK, Stuart; ELSHARKAWY, Ahmed M; LATIMER, Sandra; HUDSON, Mark. An «Alcohol Contract» Has No Significant Effect on Return to Drink-ing After Liver Transplantation for Alcoholic Liver Disease. *Transplant International*, 27/5, 2014, p. 475-481.

MATESANZ, Rafael; DOMÍNGUEZ-GIL, Beatriz. The Spanish Model of Organ Donation and Transplantation. In: JOX, R.J; ASSADI, G; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 303-312.

MCCAUGHAN, Geoffrey; JAMIAS, Jade D; FU, Qingchun; SCHACKEL, Nicholas; STRASSER, Simone. *Hepatitis B and Liver Transplantation*. In: EVERSON, G.T; TROTTER, J.F. Trotter (Orgs.), 2009, p. 145-167.



MOSS, Alvin H; SIEGLER, Mark. Should Alcoholics Compete Equally for Liver Transplantation? *JAMA*, 265/10, 1991, p. 1295-1298.

NEIL, Desley A.H. The Role of Histology. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 123-133.

NEUBERGER, James; DIMARTINI, Andrea (Orgs.). *Alcohol Abuse and Liver Disease*. Oxford: Wiley Blackwell, 2015.

NEUBERGER, James. Prognostic Models in Liver Transplantation. In: NEUBERGER, J., FERGUSON, J; NEWSOME, P.N (Orgs.), 2014, p. 18-25.

NEUBERGER, James. *Management of the Patient with Fulminant Hepatic Failure Awaiting Liver Transplantation*. In: NEUBERGER, J., FERGUSON, J; NEWSOME, P.N, 2014, p. 93-100.

NEUBERGER, James. Treatment of Liver Disease. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 197-202.

NEUBERGER, James; FERGUSON, James; NEWSOME, Philip (Orgs.). *Liver Transplantation. Clinical Assessment and Management*. Oxford: Wiley Blackwell, 2014.

PATTEN, Alan. Liberal Neutrality: A Reinterpretation and Defense. *Journal of Political Philosophy*, 20/3, 2012, p. 249-272.

RASHID, S. Tamir; GIMSON, Alexander E. GENERAL CONSIDERATIONS. In: NEUBERGER, J., FERGUSON, J; NEWSOME (Orgs.), 2014, p. 3-17.

ROSS, Lainie Friedman; SAUNDERS, Milda; CRONIN II, David C. *Ethics in Living Donor Transplantation*. In: BUSUTTIL, R.W; KINTMAN, G.B.G. (Orgs.), 2015, p. 760-774.

SADURSKI, Wojciech. Theory of Punishment, Social Justice, and Liberal Neutrality. *Law and Philosophy*, 7/3, 1989, p. 351-373.

SADURSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10/1, 1990, p. 122-133.

SARAJLIC, Eldar. Are Liberal Perfectionism and Neutrality Mutually Exclusive? *Canadian Journal of Philosophy*, 45/4, 2015, p. 515-537.

SAUNDERS, John B. Alcohol and Other Substance Misuse. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 35-45.

SIMPSON, Ken. *Specific Issues of Selection Including Non-Compliance, Futility, Nutritional and Social Issues*. In: NEUBERGER, J; FERGUSON, J; NEWSOME, P.N. (Orgs.), 2014, p. 73-81.

SIPARSKY, Nicole; AXELROD, David; FREEMAN, Richard B. *Organ Allocation in Liver Transplantation: Ethics, Organ Supply, and Evidence-Based Practice*. In: CLAVIEN, P.-A.; TROTTER, J.F; MÜLLHAUPT, B. (Orgs.), 2012, p. 75-87.

STORKEBAUM, Sibylle. In Whose Best Interest? Question Concerning the Weal and Woe of Transplant Patients. In: JOX, R.J; ASSADI, G; MARCKMANN, G. (Orgs.), 2016, p. 201-205.

TESTINO, Gianni; BURRA, Patrizia Burra; BONINO, Ferruccio; PIANI, Francesco et al. Acute Alcoholic Hepatitis, End Stage Alcoholic Liver Disease and Liver Transplantation: An Italian Position Statement. *World Journal of Gastroenterology*, 20/40, 2014, p. 14642-14651.

TESTINO, Gianni; BORRO, Paolo. Liver Transplantation and Severe Acute Alcoholic Hepatitis: An Ethical Consideration. *Journal of Hepatology* (online), 2014.

Testino, Gianni. Alcohol Use Disorder, Liver Transplantation and Ethic. *Bioethics* (online), 2017.

THOMASMA, David C; MICETICH, Kenneth C; BREMS, John; VAN THIEL, David. The Ethics of Competition in Liver Transplantation. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 8, 1999, p. 321-329.

THORNTON, V. Who Gets the Liver Transplant? The Use of Responsibility as the Tie Breaker. *Journal of Medical Ethics*, 35/12, 2009, p. 739-742.

TOMÉ, Santiago; LUCEY, Michael R. *Liver Transplantation in People with Alcohol-Related Liver Disease*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 215-222.

WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of Rights*. Oxford: OUP, 1984.

WALL, Steven; KLOSKO, George (Orgs.). *Perfectionism and Neutrality*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003.

WEINRIEB, Robert M; ABBASI, Omair. *Psychiatric Examination of Liver Transplant Patients with Alcohol Use Disorders*. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 99-108.

WEINRIEB, Robert M; VAN HORN, Deborah H.A; MCLELLAN, A. Thomas; LUCEY, Michael R. Interpreting the Significance of Drinking by Alcohol-Dependent Liver Transplant Patients: Fostering Candor Is the Key to Recovery. *Liver Transplantation*, 6/6, 2000, p. 769-776.

WILKINSON, Stephen. 'Smokers' Right to Health Care: Why the 'Restoration Argument' Is a Moralising Wolf in a Liberal Sheep's Clothing. *Journal of Applied Philosophy*, 16, 1999, p. 255-269.

WILLIAMS, Roger; TAYLOR-ROBINSON, Simon D. (Orgs.) *Clinical Dilemmas in Non-Alcoholic Fatty Liver Disease*. Oxford: Wiley Blackwell, 2016.

WILLIAMS, Roger. Liver Transplantation: What Can It Offer? In: WILLIAMS, R; S.D. TAYLOR-ROBINSON (Orgs.), 2016, p. 203-208.

WURST, Friedrich Martin; THORN, Natasha; WEINMANN, Wolfgang; YEGLES, Michel; WONG, Jessica Wong; PREUSS, Ulrich W. Biochemical Determination of Alcohol Consumption. In: NEUBERGER, J; DIMARTINI, A. (Orgs.), 2015, p. 113-121.

ZAMBRANO, Alexander. Why Alcoholics Ought to Compete Equally for Liver Transplants. *Bioethics*, 30/9, 2016, p. 689-697.

Submissão: 08/08/2019  
Aceito para Publicação: 12/08/2019



## TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

## DEMOCRATIC TRANSITION, CRIMINAL JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

Sofía Magdalena Cobo Téllez\*

José Zamora Grant\*\*

**RESUMO:** La transición democrática trajo consigo una ruptura y crisis del paradigma de la defensa social y con ello el surgimiento de modelos acusatorios de corte democrático donde la víctima adquiere una relevancia en el proceso penal. El presente artículo analiza el contexto histórico desde los orígenes del derecho penal hasta la actualidad con una metodología de reconstrucción socio-histórica idónea para evidenciar los procesos hacia la consolidación democrática del Estado Mexicano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justicia penal. Transición democrática. Defensa social. Modelo inquisitivo. Modelo mixto. Modelo democrático. Derechos humanos.

**SUMÁRIO:** Introducción: los orígenes del derecho penal. 2. Inquisición vs. Democracia. 3. La ideología de la defensa social y el surgimiento de los modelos mixtos – inquisitivos. 4. Ruptura y crisis del paradigma de la Defensa social: la contribución de la víctima al proceso de consolidación democrática de la justicia penal. 5. Transición democrática. Conclusiones.

**ABSTRACT:** The democratic transition brought with it a rupture and crisis of the paradigm of social defense, and with it the emergence of accusatory models of democratic court where the victim acquires a relevance in the criminal process. This article analyzes the historical context from the origins of criminal law to the present with a methodology of socio-historical reconstruction suitable to evidence the processes towards the democratic consolidation of the Mexican State.

**KEYWORDS:** Criminal justice. Democratic transition. Social defense. Inquisitorial model. Mixed model. Democratic model. Human rights.

91

## INTRODUCCIÓN: LOS ORÍGENES DEL DERECHO PENAL

Los orígenes del derecho penal y, por tanto, los parámetros de la justicia penal como la conocemos, fueron fincados en el liberalismo clásico hacia la segunda mitad del siglo XVIII. La justicia dejaba de ser ajusticiamiento y se acotaba la potestad punitiva de reacción al delito a los márgenes de la ley, para entonces más humana, y sobre todo basada en el reconocimiento de derechos para todos los seres humanos<sup>1</sup>.

\* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México. Master Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales en la Universidad de Barcelona (UAT), España. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla La Mancha (CENADEH), España. Profesora Investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. Profesora por Oposición en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México. Consultora de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA).

\*\* Doctor en derecho, cursado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Master Sistema Penal y Problemas Sociales en la Universidad de Barcelona (UB), España. Profesor Investigador en la Universidad Autónoma de Tlaxcala y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

<sup>1</sup> Beccaria, máximo referente del liberalismo clásico, en cuanto a justicia penal se refiere, basado en la idea de presunción de inocencia en el derecho penal garantista durante la naciente modernidad, afirmó que un hombre no

Con la modernidad cambiaron las fórmulas de la organización social, política y económica, al reconocerse en ley la igualdad para todos. El derecho se convirtió en el sustento de legitimación de las potestades públicas, y por tanto también de las punitivas. Así, el derecho penal en la, para entonces, naciente modernidad, se caracterizó por ser una respuesta pública y legítima a los actos delictivos que trastocaban la organización social fincada en ley. El delito significaba un ataque a la sociedad que habría que defender mediante reacciones punitivas tendientes, únicamente, a restaurar el orden público y el restablecimiento de la paz social, un derecho penal de orden público sustentado en la naciente fórmula de la defensa social<sup>2</sup>.

El Estado nace como Estado absoluto<sup>3</sup>, las fórmulas de ejercicio totalitario del poder le caracterizarían hasta el advenimiento de la modernidad con el reconocimiento de la igualdad para todos en la ley. El presupuesto de la igualdad, a su vez, maximizaría el ejercicio de las libertades; libertad igual, serían los presupuestos jurídicos que fundamentarían la organización política y también la función pública de los nacientes Estados constitucionales de derecho - Estados modernos-, y el despliegue de las potestades punitivas no serían la excepción. La legitimación ahora, sería el derecho mismo y no la divinidad. La transición de los modelos inquisitivos hacia los democráticos sería lenta pero verificable; y una de las más importantes unidades de medida de tal proceso evolutivo ha sido y es, la justicia penal.

92

## 1 INQUISICIÓN VS. DEMOCRACIA

La preposición latina *versus* significa *hacia*, encontrarse frente a algo pero en dirección hacia, da la idea de una transición desde y hacia, de ahí que resulte útil para expresar el sentido

---

podía ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad podía quitarle la pública protección, sino cuando estuviera decidido que había violado los pactos bajo los que se fundaba la convivencia social. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas, de 1774. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 246.

<sup>2</sup> Fórmula que se recrudecería hacia el siguiente siglo con la influencia del positivismo criminológico y variables represivas fundadas en una explicación, para entonces considerada científica, que sostuvo que los seres humanos se clasificaban en buenos y malos, peligrosos y no peligrosos, delincuentes y no delincuentes. A la postre, se asociaría la fórmula de defensa social con los modelos procesales mixtos inquisitivos, que pocos derechos reconocían en las personas que etiquetaban como delincuentes y en quienes pretendía encontrar al delito, presumiendo su culpabilidad.

<sup>3</sup> Juan Bustos Ramírez, afirma: “Cualquier análisis del Estado moderno tiene que partir de sus orígenes, esto es, del Estado absoluto, que es precisamente el Estado originario”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 11.

de transición del Estado y de los modelos de justicia penal, desde las fórmulas inquisitivas del Estado originario hacia su consolidación democrática.

En este orden de ideas, el Estado y el derecho, en la modernidad, desde su origen, evolucionan en conjunto hacia su consolidación democrática, y la justicia penal, es y debe ser reflejo de ello; por estas razones es considerada una unidad de medida del desarrollo democrático de un Estado dado<sup>4</sup>. Un modelo de justicia penal, luego entonces, es más democrático en la medida en que consagra, a la vez que garantiza, el goce y ejercicio de los derechos para los que con él entran en contacto, y sus potestades punitivas están debidamente acotadas.

En las instituciones que conforman los sistemas de justicia penal, la democracia es una expectativa política en desarrollo, y así como los modelos políticos democráticos no son modelos puros, sino que revisten características particulares que evidencian su grado de desarrollo y madurez, las instancias de la justicia penal no sólo no dejan de ser ajenas a esta inercia, sino que son uno de los reflejos más importantes del desarrollo, también democrático, de un sistema político determinado.

Bajo la fórmula de derechos y obligaciones que conforman los sistemas jurídicos occidentales, los derechos de unos, con sus excepciones, siempre exigen la contraprestación de otros, en tanto obligación; cuando se trata de las relaciones de derecho público, como las del derecho penal, los derechos para las personas se traducen en obligaciones para el Estado y las potestades que, a manera de derechos, tiene el Estado, como las punitivas, se traducirán en restricciones a los derechos de los personas, para el caso víctimas e imputados, quienes verán disminuidas, principalmente, sus libertades. Éstas son las relaciones de derecho público, donde los desequilibrios suelen ser manifiestos entre las vastas potestades de unos y los incipientes derechos de otros.

El despliegue ecuánime y responsable, incluso moderado, de la fuerza evidenciará, sin duda, un sistema de justicia penal de corte democrático; sin embargo, la justicia penal es la mejor posibilidad que tiene el Estado para ejercer el monopolio sobre ella, por lo que, entre mayor represión ejerza, menos democrática será su función. Entre mayor sea la fuerza

---

<sup>4</sup> En un sistema político democrático, las instituciones públicas deben corresponderse con una expectativa política tal; por ello, el desarrollo democrático de un sistema político depende, sin duda, del desarrollo democrático de las instituciones que le integran, la manera en que se conforman y la forma en la que despliegan su función pública, por lo que un sistema de justicia penal, en un modelo tal, debe revestir características democráticas; por ello, se habla de sistema de justicia penal democrático.

desplegada por las instancias punitivas, los derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, como víctimas e imputados de delito, se verán disminuidos de manera inversamente proporcional; pero, si las potestades punitivas del Estado disminuyen y se acotan, los derechos y libertades de estas personas aumentarán.

Es precisamente esta relación de derechos y obligaciones inversamente proporcionales la que define a la postre, el grado de desarrollo democrático de un sistema de justicia penal dado y, por supuesto, reflejo del grado de desarrollo democrático del Estado mismo.

Es en el diseño del modelo procesal penal que opere las variables sustantivas de un derecho penal dado, en donde las potestades del Estado pueden acotarse o ampliarse, por lo que el modelo procesal es en mucho el instrumento que define –y permite medir– el grado de desarrollo democrático de su sistema penal.

## 2 LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL Y EL SURGIMIENTO DE LOS MODELOS PROCESALES MIXTOS-INQUISITIVOS

94

La influencia de la ideología de la defensa social marcó no sólo el origen del derecho penal en la modernidad, sino que lo determinó por más de un siglo y, en cierta medida, aún lo hace. Esta ideología, con sus matices y diferencias, se genera por la influencia a su vez del contractualismo de Rousseau en los orígenes iluministas del siglo XVIII, primero, pero se recruce con la influencia del positivismo del siglo siguiente.

Ambas influencias en el derecho penal tienen diferencias radicalmente opuestas en tanto dieron origen a dos paradigmas epistémicamente opuestos: el de derecho penal de acto -influencia contractualista- y el de derecho penal de autor -influencia positivista-; sin embargo, tienen en común ello: la defensa de la sociedad, en tanto unidad respecto del enemigo, generalmente el diferente; esto es, aquél que no comparte los intereses mayoritarios en una sociedad para entonces muy homogénea en su composición y con intereses comunes<sup>5</sup>. Las

<sup>5</sup>Zaffaroni sostiene que el trato diferenciado que se depara al *enemigo* le niega su condición de persona, y sólo es considerado en tanto ente peligroso o dañino; se trata, afirma, de seres humanos a los que se priva de ciertos derechos en razón de dejar de considerarles personas, en su mayoría gente pobre y marginada, que sufre un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar, desde su inferior posición, los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobre-victimizadas por una justicia penal que nunca les consideró. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 19.



sociedades de entonces, relativamente bien integradas, se caracterizaban por la poca movilidad de sus miembros –en mucho por el escaso desarrollo de los medios de comunicación de la época–, lo que hacía que los valores culturales pasaran de generación en generación y, por ende, las ideologías y las costumbres. Luego, el delincuente sería el enemigo, aquél que atentaba contra los intereses mayoritarios y contra el interés superior de mantener los vínculos sociales en comunión.

Lo que diferencia a ambas influencias, es la manera de reaccionar al delito, es por ello que el derecho penal de acto, propia de la influencia contractualista en el iluminismo, daría origen al garantismo penal y la influencia del positivismo, a los modelos intervencionistas de represión y control, muy similares a los fundamentos de las políticas punitivas que se identifica hoy día como de derecho penal del enemigo. La influencia del positivismo se arraigaría desde su advenimiento hacia la segunda mitad del siglo XIX, e impactaría las políticas de la criminalidad en gran parte de América latina, y México no sería la excepción.

Los modelos de la defensa social con la influencia del positivismo<sup>6</sup>, tanto en el derecho penal como en la criminología y la política criminal, desde mediados del siglo XIX hasta recién entrado el siglo XXI - en el caso mexicano-, fueron la fuente de legitimación de una reacción punitiva arbitraria, dando contenido a un derecho penal represivo, donde hacer justicia ha significado sanciones calificadas de ejemplares, con el pretexto de mantener y/o restaurar el orden público bajo el imperio de la ley y el respeto irrestricto al principio de legalidad. Bajo estos parámetros, la sanción debía irremediabilmente llegar, por lo que los modelos alternativos a la misma, como los arrepentimientos, perdones o reparaciones del daño, no tenían cabida.

Las cosas no fueron muy diferentes en el devenir de más de siglo y medio; los modelos procesales de variables represivas y poco respetuosas de los derechos humanos fueron el común denominador; las leyes se endurecieron y la justicia penal se convirtió en un ámbito de discriminación, la justicia penal se ensañaría con los más débiles<sup>7</sup>, aquellos a los que el acceso a la justicia les estaba negado o les era inalcanzable; personas consideradas de menor valía y sacrificables en aras de una sociedad cimentada bajo principio –e ideologías- para entonces

<sup>6</sup> Este modelo de pensamiento también motivó una fórmula de Estado represiva: la intervencionista, que dio pauta –y también fundamentó– al nacimiento del Estado Nazi y que ha dejado para la historia de la humanidad el lamentable episodio del Holocausto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 18.

<sup>7</sup> Ver nota 5.

consideradas universalmente válidas. La historia de la humanidad viviría bajo esta concepción ideológica, sus más cruentas experiencias genocidas como el Holocausto Nazi<sup>8</sup>.

Inercias todas de una justicia, si bien legitimada por un argumento de apego irrestricto a la legalidad, pero siempre sustentada en variables inquisitivas de origen pre-moderno, y por tanto insostenibles bajo las expectativas de una sociedad democrática como la actual. La historia demostraría que la propia ley podría fundamentar hechos atroces y denigrantes de la condición humana, de su integridad y de su dignidad.

Es en este contexto y bajo esta ideología de Defensa social, que se construyeron los modelos procesales penales de mixtos de corte inquisitivo; fórmulas procesales que reconocía sí, una cierta cantidad de derechos para los imputados de delito, pero poco operables bajo una estructura procesal pesada para encontrar el delito en el así denominado delincuente; presunción de culpabilidad, carga de la prueba para el imputado y pocas garantías para ejercer el derecho reconocido a la defensa, caracterizaron a estas fórmulas procesales viejentes por décadas en la cultura jurídica occidental<sup>9</sup>.

Un modelo procesal mixto inquisitivo no es más que el reflejo de un desarrollo democrático pobre, en donde las potestades estatales tienen pocos límites y, por ende, los derechos y libertades de las personas están en demasía acotados. Por ello, en los modelos mixtos de corte inquisitivo, las potestades para la incriminación son vastas, de poca transparencia y con muchas posibilidades de violentar los derechos humanos, tanto de los imputados de delito como de las víctimas y demás involucrados.

Un bajo desarrollo democrático de un Estado en particular se reflejará en un modelo de justicia penal represiva y un proceso penal inquisitivo, aún con sus mixturas; un modelo democrático maduro, por el contrario, sin duda tendrá un sistema penal respetuoso y garante de los derechos de las personas. En los modelos occidentales de influencia romano-germánica, estos modelos se identifican como procesales acusatorios, de influencia garantista<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Ver nota 6.

<sup>9</sup> El Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 es el antecedente del primer Sistema Procesal Mixto e influenció a la doctrina jurídica alemana del Siglo XIX, la cual reconoce al acusado como sujeto del proceso con la posibilidad de defenderse, al sistema de libre valoración de la prueba, la desaparición de la tortura y la creación de un órgano público acusador que diferenciaba entre las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo que representaba un control frente al arbitrio judicial. En este sentido: AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 155.

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli estructura el modelo garantista sustentado en 10 axiomas o principios garantistas que responden a las preguntas de cuándo y cómo castigar, cuando y cómo prohibir y cuándo y cómo juzgar; es precisamente esta

En la modernidad, las fórmulas procesales acusatorias sin embargo, nunca han sido puras, como tampoco las inquisitivas, siempre existe un conjunto de características que se corresponden con una u otra fórmula, de ahí que Ferrajoli hable de grados de garantismo<sup>11</sup>. Es por ello que los sistemas procesales son reflejo del grado de desarrollo democrático de la justicia penal en general y del Estado mismo.

Zaffaroni<sup>12</sup> afirma que los sistemas que han existido históricamente no han revestido formas puras inquisitivas o acusatorias, sino que han sido mixtos; para el autor, estos sistemas no son más que meras abstracciones, donde quizá no correspondan, en toda extensión y estricta pureza, a un modelo determinado; son, en realidad, esquemas contruidos con los caracteres dominantes o extremos que en la práctica se han ido sucediendo, mezclando o combinando en proporciones o aspectos variadísimos.

Bajo la ideología de la Defensa social, los intereses “particulares” de las víctimas no interesaban, más bien habría que evitar las venganzas “privadas” para el bienestar colectivo. Por ello, el derecho penal es de interés público y no privado; la afectación social era de interés público y no de las víctimas en lo particular; por ello, para entonces, y durante muchas décadas, la reparación del daño de la víctima, por ejemplo, debía conocerse por ramas del derecho privado, como el derecho civil; si un victimario reparaba el daño a su víctima, ello no evitaba ni disminuía la reacción punitiva, a través de una sanción. El derecho penal moderno no fue construido para las víctimas, nunca las consideró; por el contrario, nació precisamente para lo contrario, para excluirlas, para evitar su venganza, para la defensa social<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, es fácil entender el porqué del complicado –y también lento– proceso de incorporación de la víctima en el derecho penal, desde su surgimiento y hasta la fecha, para consagrarle derechos y darle un protagonismo determinado en la justicia penal, principalmente en las variables procesales<sup>14</sup>.

---

última pregunta la que responde: mediante un proceso penal acusatorio, sustentado en los principios de acusación, carga de la prueba y contradicción. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, 1998, p. 93 y ss.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, p. 97 y ss.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*. México: Cárdenas Editores, 1986, p. 19 y ss.

<sup>13</sup> Tesis transversal de la obra de ZAMORA GRANT, José. *Derecho Victimial. La víctima en el nuevo escenario penal*. 3. ed. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018.

<sup>14</sup> En México, en las últimas décadas, reformas constitucionales y el surgimiento de leyes específicas como el Código nacional de procedimientos penales y la Ley general de víctimas, han consagrado un cúmulo de derechos para las víctimas, muestra del evidente proceso de democratización de la justicia penal.

### 3 RUPTURA Y CRISIS DEL PARADIGMA DE LA DEFENSA SOCIAL: LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA AL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL

Acontecimientos tan lamentables como el Holocausto, generaron la crisis teórica de las ciencias sociales en general y en particular de un modelo cuyas variables punitivas -Defensa social- se había ensañado con los más vulnerables y socavaba su dignidad. No es coincidencia que el concierto de las Naciones Unidas tuviera como eje central a las víctimas del Holocausto y a su dignidad; la historia de la humanidad no podía permitir que algo como aquello volviera a suceder y el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es claro en afirmarlo. A partir de entonces se generarían instrumentos internacionales para reconocer y garantizar los derechos de las personas cuya condición de vulnerabilidad le alejaba del acceso al ejercicio de sus derechos, e involucraran en la inercia a los Estados que aceptaran ser parte de los mismos

La justicia penal con mayores o menores resistencias haría lo propio para el reconocimiento de derechos y la garantía de acceso a la justicia para ejercicio de los mismos por las personas involucradas en y frente a la justicia penal.

El proceso de democratización de la justicia penal hacia las variables democráticas, mediante el reconocimiento cada vez mayor de derechos de los involucrados en y frente a la justicia penal, principalmente imputados de delito y víctimas de los mismos, y la consecuente limitación de las potestades punitivas, sería sí paulatino, pero muy lento en ciertos entornos geográficos como México. Sin hacer un recuento cronológico, tal incorporación ha revestido dos principales características:

Por un lado, un reconocimiento paulatino y de lento crecimiento de los derechos de imputados y víctimas en ley fundamental, primero, y luego reflejado en leyes secundarias; proceso en el que habría que destacar el surgimiento de instrumentos internacionales que consagran reglas del debido proceso legal y derechos para personas en situación de vulnerabilidad en general, que, sin duda, y en algunos casos por obligación, han influido directamente en la incorporación local de derechos humanos para imputados y víctimas, pero también para personas que, por su situación de vulnerabilidad, son frágiles frente al delito, sí,

pero también frente al sistema punitivo, ya sea en su calidad de víctimas, de imputados de delito o de testigos; esto es, potenciales víctimas de delito y de violaciones a los derechos humanos.

Por el otro lado, una dificultad mayor para hacer efectivos aquellos derechos que, si bien reconocidos en los textos legales, su operatividad y efectividad han sido casi nulas, merced a una serie de causas a identificar, entre ellas:

- 1) La influencia del positivismo en el derecho penal, en general, y en la victimología naciente de mediados del siglo XX, en lo particular, arraigarían a una justicia más represiva que democrática, en tanto las culpabilidades pretendían encontrarse en los sujetos; así, el hombre delincuente, desde el modelo criminológico positivista y el derecho penal de autor, en correspondencia, por un lado, y desde la óptica victimológica de ésta, influencia una inercia que pretendió encontrar en la víctimas las respuestas de las causas del delito y, por tanto, su grado de responsabilidad. Influencia que se correspondió con un modelo procesal identificado como mixto inquisitivo, cuyas variables procesales reflejaban –y aun lo hacen– las tendencias represivas de un modelo –el positivista– que pretendió encontrar el delito en el delincuente y que terminó ensañándose –como hasta ahora– con los más vulnerables.
- 2) El arraigo de aquel modelo procesal mixto inquisitivo, no apto para la atención y protección de las víctimas en particular, ni de los imputados en general, que aun cuando reconocía ciertos derechos para estos últimos –lo que le daba el calificativo de mixtos–, por su naturaleza represiva, ninguna variable respecto de derechos para involucrados en el proceso penal le resultaba adecuado; ello explica también el proceso tan complicado de inclusión de derechos para los imputados de delito.

Los orígenes de la victimología, si bien se sustentaron en un mal argumentado inexplicable olvido de la víctima, lo cierto es que pusieron en la discusión y debate, tanto penal como criminológico, a las víctimas de los delitos. Debate y discusión que se contiene principalmente en el recuento de la teoría victimológica, pero también en las alternativas democráticas para la justicia penal de la segunda mitad del siglo XX, producto de la revisión crítica de mediados de aquel siglo, en el que se analizó y puso en tela de juicio la reacción al delito. Modelos como el Realismo de Izquierda, el Abolicionismo penal y el Garantismo

penal<sup>15</sup>, recuperaría, en sus argumentos teóricos, en mayor o menor medida, el protagonismo y participación de la víctima en lo penal; se preocuparía principalmente por la igualdad de armas y los derechos de los imputados de delito, para encontrar los equilibrios procesales<sup>16</sup>, ausentes en los modelos procesales mixtos, de tendencias más inquisitivas que democráticas.

Es precisamente la influencia del modelo teórico conocido como garantismo penal lo que da contenido a gran parte de la reforma judicial de 2008 en México, por la que se incorpora un modelo procesal<sup>17</sup> acusatorio que está dejando atrás los mixtos inquisitivos de influencia positivista.

Los derechos de imputados y de víctimas son, principalmente, frente a la justicia penal, lo que implica entonces, de manera inversamente proporcional, una disminución y acotamiento de las potestades punitivas; sin duda, la incorporación de estos derechos son reflejo del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad, y por tanto de desventaja, en la que se encuentran imputados y víctimas frente a la justicia penal. Habrá que recordar que la esencia del modelo acusatorio de corte garantista es encontrar el equilibrio de fuerzas entre los involucrados en la justicia penal; esto es, la igualdad de armas para un juicio justo; y tales equilibrios se obtienen, en modelo tal, dando derechos a los más vulnerables, para evitar el arbitrio de la fuerza de los otros.

Se ha llegado así a un grado de desarrollo importante de derechos para los involucrados en y frente a la justicia penal; y, si bien, como se comentó, el proceso ha sido lento y complicado y los retos son aún mayores, lo cierto es que este proceso evidencia el desarrollo y evolución democrática de una justicia penal que trata de dejar atrás las variables inquisitivas, para arribar a inercias más democráticas.

<sup>15</sup> Si se quiere abundar en estos modelos, se recomienda la obra de ZAITCH, Damián y SAGARDUY, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito. *Delito y Sociedad*, a. 1, n. 2, Septiembre de 1992, p. 31-52.

<sup>16</sup> La influencia de los modelos sociológicos del conflicto en el garantismo penal es evidente. En este sentido, Massimo Pavarini explica que para los teóricos del conflicto, éste -el conflicto- es la constante no eliminable de toda estructura social. El problema de los conflictos -se sostiene en este modelo- es que generalmente no hay equilibrio en sus participantes; esto es, la desigualdad “de armas” en ellos es evidente. La balanza se cargará así, por lo general, hacia la parte más fuerte, lo que explica por qué la mayoría de las víctimas son personas en condición de vulnerabilidad. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Editorial Siglo XXI editores (8ª. Edición en español), 2003, p. 140.

<sup>17</sup> La reforma en México, impactó a las variables procesales pero muy a las sustantivas. Para Ferrajoli, no es suficiente la, incluso vasta, consagración de derechos sustantivos sin la debida estructuración de garantías procesales para su actualización, y viceversa; la correspondencia de un sistema penal, en cuanto tal, exige congruencia en cada elemento que le compone; de ahí la importancia de la correlatividad, expresada por él, entre las garantías de legalidad -presupuesto de las garantías penales o sustantivas- y la de jurisdiccionalidad, presupuesto de las garantías procesales. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, p. 537.

#### 4 TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

La década de los ochentas en el siglo XX en América Latina, se caracterizó por la transición de sistemas políticos autocráticos hacia gobiernos democráticos; el hilo conductor han sido los derechos humanos<sup>18</sup>. Como todo proceso, la transición democrática se ha reflejado en reformas constitucionales al sistema judicial en general y a los sistemas de justicia penal en lo particular, sobre todo por el cambio de los sistemas procesales. El proceso de transición ha seguido diferentes rumbos pero sobre todo diferentes ritmos y aún no se ha terminado de consolidar; proceso de transición y reformas en las que la administración de justicia juega un papel muy importante, debido a que su gran reto es otorgar certidumbre jurídica a la ciudadanía, mediante la certeza de sus reglas y la interpretación y defensa de la Constitución.

En este modelo de transición, la justicia penal cobra particular importancia, debido a que sirve -como se afirmó- para medir el grado de democracia de los Estados. En la mayoría de los países latinoamericanos se ha adoptado un nuevo modelo procesal penal de corte acusatorio, el cual pretende ser más democrático. A fin de poder definir a un sistema de justicia penal como democrático, resulta necesario analizar algunos de los indicadores del desarrollo, la democracia y los principios rectores del sistema de justicia penal<sup>19</sup>, descartando con ello los principales puntos de crítica del proceso inquisitivo (secreto de la instrucción, utilización de la tortura y poder omnímodo y arbitrario del Juez).

El grado de desarrollo y consolidación democrática de un Estado que se precie de serlo, depende de una serie de indicadores que es necesario medir e identificar; lo cual si bien excede los parámetros de este trabajo, baste decir aquí, que el índice de desarrollo humano por ejemplo, del que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), desde 1990 ha realizado

<sup>18</sup> Para José María Rico sin embargo, este proceso de transición no se ha producido con avances igualmente importantes en materia de justicia penal. RICO, José María. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo XXI editores, 1997, p. 315 y ss.

<sup>19</sup> RICO, José María. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo XXI editores, 1997, p. 24.

esfuerzos para medirlo<sup>20</sup>, es una de las variables más importantes para identificarlo; asimismo la libertad es siempre determinante en el desarrollo democrático, la cual es resultado importante de las opciones y libertades que tienen y que ejercen las personas y sus sociedades; la libertad es siempre determinante en el desarrollo pues constituye un principal parámetro para evaluar la democracia y el desarrollo en un país.

Los derechos de tipo social son también sin duda un elemento esencial para medir democracia, no sólo porque se consagren, sino, principalmente, por cómo se garantice el goce y ejercicio de los mismos y redunde en beneficios reales, materiales y verificables.

#### 4.1 TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN MÉXICO HACIA EL SIGLO XXI

La realidad mexicana en materia de justicia penal y de derechos humanos se recrudecería hacia finales del siglo XX y principios del XXI: el informe/diagnóstico de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en México, hacia el año 2003, evidenciaría no sólo los rezagos en el sistema de justicia penal, totalmente incorrespondido con los estándares internacionales consignados en los tratados de los que, en su mayoría, México ya era parte, así como la serie de violaciones a derechos humanos que, por ello mismo, se propiciaban.

En consecuencia, habrían de venir, como sucedió, una serie de reformas constitucionales de alto impacto que transformarían el fundamento mismo de la justicia penal y de los derechos humanos, en México, desde el 2005 y hasta la fecha. Así, la reforma en materia de justicia para adolescentes de 2005 y la reforma en materia judicial de 2008, transformarían el paradigma, para entonces vigente, del modelo procesal identificado como mixto inquisitivo, que se correspondía con un modelo de derecho penal de defensa social, vigente hasta entonces, y que se caracterizó por sus variables represivas, en las que se pretendía encontrar, como se afirmó, el delito en los delincuentes. Dicho sistema se basó en la no distinción entre la acusación y el juzgamiento, en la poca transparencia<sup>21</sup> de su actuar punitivo y en la presunción de culpabilidad,

<sup>20</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre desarrollo humano*, 1990. Disponible em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1990\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf)>. Acesso em: 14 de jun. 2019.

<sup>21</sup> Para Andrés Ibáñez, existen dos variables de la publicidad: interna y externa; la primera se erige como garantía del imputado, que se opone al secreto de las actuaciones judiciales, y busca darles transparencia, sin duda un mecanismo de control de dichas actuaciones para quienes son parte o están directamente interesados en la causa. La publicidad externa, por su parte, siguiendo al autor, implica un mecanismo de control para quienes, como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria y discurra





todo lo que lo caracterizó como un sistema gravemente vulnerador de los derechos humanos de los involucrados en la justicia penal, principalmente imputados de delito, víctimas y testigos.

La reforma de 2011 cambiaría, a su vez, el paradigma de la Constitución misma, dando un giro importante hacia los derechos humanos, a los que reconocería en su total dimensión, no sólo reconociéndoles la misma jerarquía a los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, sino incorporando el principio pro-persona, por el que el derecho humano a aplicar es el que signifique para la persona la protección más amplia. Evidentemente, esta reforma amplió, como nunca antes, el marco jurídico de protección de los derechos de las personas.

La reforma de 2011 en alusión, también reconoció las características de los derechos humanos contenidas de tiempo atrás en los tratados internacionales, a saber: universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad. Así, el reconocimiento de los derechos humanos y la garantía de su protección obliga, hoy día, constitucionalmente a todas y todos los servidores públicos a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas sin distinción alguna y en completo respeto de su dignidad.

Junto a estas reformas y la de materia de amparo, todas de rango constitucional, habrá de considerarse la legislación de leyes generales, como la Ley general de víctimas, que han significado un avance importante hacia aquellas expectativas democráticas. Así, la ley general de víctimas ha puesto en el centro de la justicia penal no sólo a las víctimas de los delitos, directas o indirectas, sino a las de violaciones a derechos humanos, lo que resulta de sí innovador, por supuesto, pero complejo, en el andamiaje estructural de una justicia penal que se enfrenta al reto que hoy día la propia constitución federal le mandata: condena para el culpable, absolucón para el inocente y reparación para la víctima.

Las reformas aludidas han cambiado, con sus excepciones, de manera diametral el paradigma penal y de derechos humanos, lo cual ha generado, sin duda, un choque cultural; tantas décadas repitiendo y aplicando las mismas fórmulas represivas y poco respetuosas de los derechos humanos han afianzado no sólo en las personas, en general, sino en los operadores mismos de la ley penal, en particular, una cultura tal: represiva, que se traduce en actitudes y

---

por cauces legales. IBÁÑEZ, Andrés. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2007, p. 259-260.

acciones que atentan contra la dignidad humana. Se debe investigar con seriedad esta realidad, para generar alternativas viables para la construcción de un modelo cultural más respetuoso de la dignidad y derechos de las personas.

#### **4.2. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL. IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO: SUS DIFERENCIAS CON LOS PROCESOS MIXTOS INQUISITIVOS**

La reforma constitucional mexicana, publicada en junio de 2008, implicó la introducción del Modelo de Justicia Procesal Penal Acusatorio, nuevo para nuestro país, robusteciendo así las reglas del debido proceso y haciendo más viable el respeto a los derechos humanos<sup>22</sup>. Para analizar su impacto en la garantía de los derechos humanos de las personas sujetas a proceso, es necesario contemplarla desde un contexto global; es decir, extra-procesal, desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos de los sujetos del proceso.

Desde esa óptica, entre los objetivos principales que persigue la reforma, se destacan los siguientes:

- a. Sustituir al sistema mixto por uno acusatorio;
- b. Incorporar las Audiencias públicas y orales;
- c. Separar las funciones de investigación, acusación y juzgamiento;
- d. Que la investigación sea realizada por el Ministerio Público y la Policía;
- e. Crear las figuras del Juez de control, Tribunal de Enjuiciamiento y el Juez de Ejecución;
- f. Fortalecer la defensa pública, los derechos del imputado y de la víctima.

El proceso acusatorio se define como un proceso contradictorio (adversarial), con un órgano que lleva a cabo la acusación y la instrucción (Ministerio Público) y en el que dos partes se enfrentan ante un órgano que decide (Tribunal de Enjuiciamiento)<sup>23</sup>. Por lo tanto, se diferencia del inquisitivo fundamentalmente en que las funciones, que en el proceso inquisitivo se encuentran bajo un mismo órgano, en el acusatorio se reparten entre dos órganos públicos diferentes. En la instrucción, el juez sólo se ve limitado, en cuanto al objeto de la instrucción, a través de las peticiones del Ministerio Público, instruyendo y actuando respecto de aquello

<sup>22</sup> ZAMORA GRANT, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 134.

<sup>23</sup> AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p.173

que le es planteado; es decir, dentro del principio inquisitivo, el Estado no encomienda la persecución de los ilícitos y el ejercicio del *ius puniendi* a cada sujeto particular, sino que establece órganos estatales que desempeñarán las funciones en defensa del interés público de oficio<sup>24</sup>.

También se ha considerado como elemento distintivo, en este tipo de Sistemas, el principio de la carga de la prueba, consagrado en la fracción V del artículo 20 Constitucional, que establece que la demostración de la culpabilidad corresponde a la parte acusadora<sup>25</sup>, principio íntimamente vinculado con el de presunción de inocencia contrario al de presunción de culpabilidad aplicado en el anterior modelo.

Los sistemas penales de corte acusatorio, a diferencia de los sistemas procesales mixtos de corte inquisitivo, apuestan a la existencia de un proceso penal fundado en la mínima intervención punitiva del Estado, merced a al cúmulo de de derechos para las personas.

Los sistemas de justicia penal de defensa social, históricamente, no han sido dirigidos a la satisfacción o al bienestar de las personas involucradas en el proceso, a través del cumplimiento de sus derechos, sino a compensar mediante el castigo una falta social; por su parte, el modelo de justicia procesal penal acusatorio, permite a las personas el ejercicio de sus derechos.

La reforma en cita diseñó un modelo particular de justicia penal, en la que sí, efectivamente se optó por un modelo procesal de corte acusatorio, pero la reforma introdujo también variables que se corresponden más con las fórmulas represivas propias de la ideología de la defensa social e incompatibles con la ideología garantista<sup>26</sup>. Habrá que identificar, siguiendo el argumento de Ferrajoli, cuál es el grado de garantismo de nuestro sistema de justicia penal, toda vez que las variables represivas incluidas ahí, evidencian reminiscencias claras de la ideología de la Defensa social.

<sup>24</sup> ABEGG, H., citado por AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, p. 177.

<sup>25</sup> ZAMORA GRANT, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 136

<sup>26</sup> Se afirma en el documento *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*, documento editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma, que ésta era en esencia garantista, sin embargo también se afirma que se fortalecía en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada, con prácticas más eficaces contra ella, como el arraigo y la extinción de dominio. Disponible em: <<https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>>. Acceso em: 07 fev. 19.



La reforma incluyó entonces, tanto variables democráticas como represivas, por lo que su análisis y evaluación nos permitiría identificar el grado de garantismo sí, y de consolidación democrática de la justicia penal también; sin obviar la incongruencia que significa construir un modelo de justicia penal que pone a convivir -y operar- variables propias de modelos epistémicos antagónicos.

De entre las variables democráticas, podemos destacar el incremento de los derechos para los inculpados y las víctimas, además de la restricción a las potestades punitivas del Estado. En este sentido, el artículo 20 Constitucional, tras la reforma del 2008, se reestructura en tres incisos, fortaleciendo los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos, particularmente en los incisos B y C.

Por su parte, el inciso A, asienta el objeto del proceso penal y consagra los principios de un modelo que se presume respetuoso de los derechos humanos, garantizando la presencia del Juez en las audiencias, considerando como pruebas únicamente las desahogadas dentro de la Audiencia de Juicio, priorizando la oralidad y publicidad para el mejor ejercicio del principio contradictorio, reforzando la presunción de inocencia y reforzando el equilibrio procesal por la igualdad de los derechos<sup>27</sup>.

Dentro de los indicadores que pueden medir la “calidad” de un proceso penal, conforme a su constitucionalidad, se encuentra la actuación policial<sup>28</sup>. Frecuentemente, y ante un contexto social desfavorable, el procedimiento convencional intentó resolver el problema otorgándole mayor posibilidad de intervención a la actuación policiaca, lo cual, en muchas ocasiones, trae como consecuencia abusos. Otro aspecto importante a considerar es la independencia judicial; es decir, que la reforma garantice la independencia de los operadores del sistema judicial (jueces, fiscales, funcionarios judiciales), del poder político.

Respecto a los principios rectores del sistema procesal acusatorio, el artículo 20 Constitucional y el 4º del Código nacional de procedimientos penales establecen que el Proceso Penal tendrá la característica de ser acusatorio y oral y en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, así como aquéllos previstos en la Constitución, tratados internacionales y demás leyes aplicables.

<sup>27</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín. *Sistema penal preventivo en sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal*. Mexico: INACIPE, 2015, p. 138.

<sup>28</sup> AMBOS, Kai. *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.



Con la introducción de estos principios, se propone un cambio de paradigma que, si bien se centra en el principio de oralidad, considera a los demás principios y al respeto y protección de los derechos humanos como fundamento de la Reforma Penal.

Se ha considerado al principio de oralidad como el centro de la reforma debido, entre otras cosas, a que es en la audiencia de juicio oral donde se tutelan garantías. Para autores como Ferrajoli, la audiencia de juicio oral es la garantía de las garantías, que necesita de la coexistencia de los otros principios que son la igualdad de las partes, intermediación, concentración, la continuidad, contradicción, como parte de un sistema; es decir, si uno de ellos es quebrantado, el sistema mismo lo es también<sup>29</sup>.

A su vez, el juicio oral implica la centralidad, por lo que hace que el Sistema sea más justo y neutral; dentro de él se concretan los demás principios, como el de publicidad, que consiste en la oportunidad procesal que se le da a la sociedad de observar la administración de justicia<sup>30</sup>, implicando que las audiencias sean públicas, con el fin de que a ellas pueda acceder, además de las partes que intervienen en el proceso, el público en general. Sin embargo, la publicidad no es absoluta, se limita según la legislación procesal, por lo cual observa diferentes grados de publicidad: su versión más limitada establece que la publicidad sólo alcanzará a las partes y la más amplia refiere a un proceso de puertas abiertas; ésta última es la que más corresponde a los postulados básicos del Sistema Acusatorio, porque se deduce de un Sistema Democrático Estatal.

En México, actualmente la publicidad tiene sus excepciones; por ejemplo, el acceso a los periodistas, medios de comunicación y a las personas contempladas en los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura.

La estructura contradictoria<sup>31</sup> permite que ambas partes discutan ante el Juez el caso, lo que se conoce también como la posibilidad de refutación o contra-argumentación de la información, actos y pruebas de la contraparte, según el principio contradictorio: “*Las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba durante el litigio*”. Una justa y oportuna contradicción permite alcanzar el objeto del proceso, debido a que la información es más completa, y se establecen con mayor

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, 1998, p. 94.

<sup>30</sup> AMBOS, Kai. Ambos, *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.

<sup>31</sup> AMBOS, Kai. Ambos, *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.

claridad los argumentos de ambas partes para una sentencia lo más apegada a la verdad real o histórica de los hechos. La fracción VI del apartado A del artículo 20 Constitucional establece la prohibición por parte del juzgador para tratar asuntos relacionados con el proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra. A este principio también se le considera como “igualdad de armas”, debido a que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, por lo cual, en toda Audiencia deben estar presentes ambas partes.

El principio de inmediación establece que el juicio sólo puede ser realizado por el Juez y no por cualquier otro funcionario. Este principio enmarca la configuración personalizada de la administración de justicia<sup>32</sup>: consiste en la obligación del juzgador de presenciar personalmente toda audiencia y percibir, recibir y valorar todo acto que se dé en ella. El Juez, por lo tanto, debe tener una relación directa con el proceso y los sujetos procesales, por lo que toda Audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional y de las partes. En ningún caso el órgano jurisdiccional podrá delegar en ninguna persona la admisión, desarrollo o valoración de las pruebas ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva, tal y como lo prevé el artículo 9 del Código Nacional de Procedimientos penales. El Juez debe presenciar el desahogo de todas las pruebas practicadas, apreciar las declaraciones, y observado directamente los medios de prueba (todos ellos desarrollados en la Etapa de Juicio Oral), a fin de emitir sentencia fundamentada en un buen razonamiento y análisis del caso.

El principio de concentración consiste en discutir el valor de las pruebas ante el Juez en la menor cantidad de audiencias, principio esencial para garantizar la equidad del proceso. Es la posibilidad de la refutación o la contraprueba<sup>33</sup>. El término concentración consiste en la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral, evoca la unificación o reunión en un mismo acto de cuestiones determinadas, por lo cual de preferencia la Audiencia se debe desarrollar en una sola sesión o en el menor número posible de sesiones. La concentración procede en cuanto a los actos, pero también en cuanto a los sujetos intervinientes (indispensables para que se desarrolle la Audiencia). Mediante este principio, el Juez recibirá la prueba que va a valorar, así como los argumentos, objeciones y otros de manera conjunta y contigua, por lo cual sólo en Audiencia se podrá recibir el desahogo de las pruebas

<sup>32</sup> BINDER, Alberto. Justicia penal en la transición democrática en América Latina. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 11. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-justicia-penal-en-la-transicion-a-la-democracia-en-américa-latina-0>>. Acceso en: 2 jul. 2019.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 150.

y solamente se consideran como tales las presentadas en la Audiencia de juicio, aunque la fracción III del apartado B del artículo 20 constitucional establezca que la Ley marcará los casos de excepción para admitir en juicio la prueba anticipada.

La prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales para ser practicada de manera concentrada en juicio oral con todas las garantías procesales. El artículo 8º del Código nacional de procedimientos penales determina que las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día, o en días consecutivos, hasta su conclusión. Según este principio, no se pueden valorar las pruebas que no se desahogaron en juicio, razón por la cual las pruebas presentadas ante el Ministerio Público en el sistema acusatorio no tienen validez, si no son introducidas en juicio aunque la Suprema Corte de Justicia ha argumentado que las diligencias más importantes del proceso son desahogadas en sede ministerial por ser las más inmediatas al hecho, por lo cual, no dan lugar a aleccionamiento.

El principio de continuidad se encuentra en el artículo 7º del Código Nacional de Procedimientos Penales, determinando que las audiencias se deberán llevar a cabo de manera continua, sucesiva y secuencial, salvo algunas excepciones previstas en el mismo. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días “consecutivos” que fueren necesarios, hasta su conclusión; es decir, las Audiencias se desarrollarán de manera sucesiva e inmediata también con el fin de asegurar el seguimiento por parte del Juzgador. La continuidad se interrumpe con la suspensión de la Audiencia, por lo que dicha suspensión se realizará sólo en casos excepcionales, expresamente señalados en el propio código en su artículo 351.

Otro principio importante dentro del Sistema que, si bien es cierto no se encuentra contenido en el inciso A), que debemos incluir, es el reconocimiento de los derechos de la defensa. Se reconoce la defensa “adecuada” al suprimirse la figura de “persona de confianza”, exigiendo la defensa por abogados titulados, es decir, garantizando una defensa de calidad.

Como se ha señalado, los principios procesales evidencian un incremento de los derechos procesales de los imputados, garantizándoles un juicio y sanción justa. En cuanto a los derechos de las víctimas, el reconocimiento de sus derechos fue más tardío, teniendo como fundamento la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder de 1985.

Salvo el régimen de delincuencia organizada, la reforma Constitucional de 2008 contiene casi todos los derechos al debido proceso legal o de tutela judicial efectiva establecidos en los instrumentos internacionales a los que México se ha adherido.

## CONCLUSIONES

Podemos concluir que sólo un juicio con estas características puede garantizar, en mínimas condiciones, la protección de los derechos humanos de los sujetos implicados y su bienestar. Por lo cual, se debe garantizar el cumplimiento de dichos principios en donde el juez resuelva oral y públicamente de manera directa y no a través de la delegación de funciones, exclusivamente desde el debate, garantizando la defensa de ambas partes y un control de tiempo a través de la concentración. Si esto se logra, a decir de Alberto Binder<sup>34</sup>, se garantizarán los principios como ejes centrales del proceso de reforma; es decir: la verdadera reforma judicial requiere de cambios estructurales, además de transformaciones normativas e institucionales.

Justicia penal y derechos humanos tienen, entonces, un ligue indisoluble; las reformas aludidas han dejado claro que las transformaciones al sistema de justicia penal no pueden tener otro referente que el de los derechos humanos; una justicia penal que ha dado, entonces, pasos agigantados hacia su consolidación democrática. Andar, sin embargo, lleno aún de obstáculos difíciles de librar, cuando la realidad nos recuerda, que las inercias de la vida moderna y la complejidad de las relaciones sociales hacen, del anhelo de una vida en paz y de normalidad democrática, un reto complejo de alcanzar.

Abatir la impunidad, disminuir la incidencia delictiva, pero también la cifra negra de la criminalidad, disminuir las violaciones a derechos humanos en el despliegue punitivo, lograr la sanción a servidores públicos que violenten la ley y los derechos fundamentales, reparar a las víctimas de los delitos y a las de violaciones a derechos humanos de manera integral, construir políticas de la criminalidad preventivas, más que reactivas o represivas, y encontrar e instrumentar verdaderas alternativas para una justicia penal hoy colapsada, son, sin duda, los

<sup>34</sup> BINDER, Alberto. *Justicia penal en la transición democrática en américa latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 9. Disponible em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-justicia-penal-en-la-transicion-a-la-democracia-en-amrica-latina-0>>. Acceso em: 2 jul. 2019.



principales retos a los que se enfrentan, tanto estudiosos de las ciencias penales, como los operadores de la justicia penal.

Por décadas, sin embargo, se han repetido hasta el cansancio no sólo las mismas formas de reaccionar al delito, merced a que seguimos trabajando las mismas definiciones y creyendo en las mismas alternativas. Las reformas aludidas suponen, sí, un primer paso para abandonar aquellos paradigmas que tanto han dañado a quienes de muy diversas formas, directa o indirectamente, han entrado en contacto con la justicia penal; pero quedan, sin embargo, muchos retos por delante, retos que deben ser asumidos desde otros ámbitos y espacios sociales, como el académico. Se siguen enseñando aquellas fórmulas y apostándosele a las mismas políticas; la propia reforma de 2008 dejó, contradictoriamente, un capítulo represivo para ciertas formas de criminalidad, que evidencia con certeza que no se le apuesta del todo a alternativas democráticas viables para el alcance de aquellos retos comentados en el párrafo inmediato anterior.

Los retos exigen alternativas nuevas, innovadoras, atrevidas y, por tanto, reales, no un refrito de lo que, como mito, se ha afianzado en prácticamente dos siglos carentes de imaginación para la reacción ante el delito. Las variables represivas no pueden ser la única apuesta al combate a la criminalidad; si en dos siglos de derecho penal moderno no han funcionado, no se tiene razón suficiente para creer que ahora sí van a funcionar; este tipo de política criminal se ha ensañado desde siempre con los grupos más vulnerables, con quienes se encuentran en indefensión, con los pobres y los marginados.

111

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010.

AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010.

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BINDER, Alberto. *Justicia penal en la transición democrática en América Latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et. al., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2015*. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015#.XShxxpMzbaY>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima; Bogotá: Editorial Palestra; Temis, 2007.

IMAGINA MÉXICO. *Ranking de felicidad en México 2012: ¿En qué municipios viven con mayor calidad de vida los mexicanos?* México, 2012.

ORTÍZ ORTÍZ, Serafín. *Sistema penal preventivo en sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal*, INACIPE, 2015.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 8. ed. México: Siglo XXI editores, 2003.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre desarrollo humano, 1990*. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1990\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Desarrollo Humano: Informe 1991*. p. 51. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_1991\\_es\\_completo\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1991_es_completo_nostats.pdf)>. Disponível em: 14 jun. 2019.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD Y JUSTICIA. GUÍA DE CONSULTA, documento editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma, que ésta era en esencia garantista, sin embargo también se afirma que se fortalecía en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada, con prácticas más eficaces contra ella, como el arraigo y la extinción de dominio. Disponível em: <<https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>>.

RICO, José María. *Transición democrática y justicia penal en América latina*. Mexico: Siglo XXI editores, 1997.

SÁNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: CAMINAL BADIA, Miguel (Coord.). *Manual de ciencia política*. Madrid: Ed. Tecnos, 1996.

ZAMORA, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: CNDH, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. México: Cárdenas Editores, 1986.

ZAITCH, Damián; SAGARDUY, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito. *Delito y Sociedad*, a. 1, n. 2, Septiembre de 1992, p. 31-52.

Submissão: 21/07/2019  
Aceito para Publicação: 25/07/2019



## RAÍZES AUTORITÁRIAS E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: “PONTOS FIRMES DE INTERPRETAÇÃO” PARA A REALIDADE BRASILEIRA

### *AUTHORITATIVE TRADITION AND CRITIC CRIMINOLOGY: “FIRMPPOINTS OF INTERPRETATION” TO UNDERSTAND BRAZILIAN REALITY*

Érica Babini Lapa do Amaral Machado\*

Ricardo Cícero Rodrigues Carvalho\*\*

**RESUMO:** O pensamento criminológico é o objeto de estudo deste trabalho, cujo problema é questionar sua aptidão em lidar com a realidade brasileira, uma vez que os processos de importação teórica a partir do eixo centro-europeu desconsideram peculiaridades locais. Nesse sentido, entendem os autores que o pensamento social brasileiro deve ser uma ferramenta analítica indispensável para a investigação criminológica, na medida em que aponta os fundamentos políticos, sociológicos, culturais, filosóficos... do contexto nacional. O objetivo, então, é indicar caminhos que podem ser considerados como “pontos firmes de interpretação”, na definição de M. Sozzo, na análise criminológica brasileira, o que leva à necessidade de discutir que a cultura política no Brasil tem a violência como elemento cotidiano e que a produção intelectual nacional, nos primeiros momentos históricos, justificou essas práticas autoritárias, legitimando-as. Uma vez definidos os fundamentos criminológicos que funcionarão como instrumentos de análise e como as importações culturais possibilitaram a construção de instituições autoritárias, apesar do seu verniz democrático, identificaram, os autores, em Oliveira Vianna uma possibilidade de conhecer como a dita democracia brasileira foi fundada nesses alicerces autoritários, a partir de simbioses entre mando e conciliação – e indicam que é preciso conhecer as raízes estruturantes da cultura brasileira para se pensar analiticamente o controle punitivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autoritarismo, Criminologia, Importação. Discursos.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Pensamento criminológico – do conceito aos “pontos firmes de interpretação”. 2. Raízes punitivas: o autoritarismo institucionalizado. Considerações finais. Referências.

**ABSTRACT:** Criminal thinking is the object of study of this work, whose problem is to question its ability to deal with the Brazilian reality, since the processes of theoretical importation from the Central European axis disregard local peculiarities. In this sense, understand the authors who think that Brazilian social thinking should be an indispensable analytical tool for criminal investigation, as it indicates the political, sociological, cultural, philosophical foundations ... of the national context. indicated paths that can be considered as "firm points of interpretation", in M. Sozzo's definition, in the Brazilian criminological analysis, or that leads to the need to discuss political culture in Brazil or violence as a daily element and national intellectual production, in the early historical moments, it justified these authoritarian practices, legitimizing them. Once defined the criminological funds that act as instruments of analysis and how imports enable the construction of authoritarian institutions, despite the democratic varnish number, identified or authors, in Oliveira Vianna an option to know what the so-called Brazilian authoritarian foundations is, from symbioses between command and conciliation - and must know exactly how structured roots of Brazilian culture to think analytically or control punitive.

**KEYWORDS:** Authoritarianism. Criminology. To import. Discourses.

## INTRODUÇÃO

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pernambuco. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Pernambuco.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pernambuco. Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pernambuco. Professor Titular do Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP), Pernambuco. Professor Adjunto do Centro Universitário Joaquim Nabuco (UNINABUCO), Pernambuco.



O trabalho tem como objeto de investigação o pensamento criminológico, problematizado a partir da sua aptidão em considerar dados culturais, políticos, econômicos, sociais da realidade brasileira, local em que será ferramenta de análise.

A justificativa do problema reside no fato de o processo intelectual da produção de conhecimento brasileiro, no âmbito criminológico, ser operado em múltiplas formas de importação de saberes do eixo centro-europeu, fazendo com que se percam riquezas locais indispensáveis.

O objetivo é apresentar como se deu o processo de produção de conhecimento criminológico brasileiro ao tempo em que o problematiza na sua aptidão de lidar com a interpretação das práticas punitivas brasileira; indicando, a partir da revisão bibliográfica, a indispensável necessidade de considerar o pensamento social brasileiro.

Utilizaremos uma gama de pensadores do campo da criminologia, nem todos brasileiros. Disto, certamente advém um questionamento: Qual o fio condutor entre esses diversos autores? E, mais ainda, porquê eleger como fundamento teórico criminólogos estrangeiros? Não seria uma contradição interna trabalhar e propor a construção de uma criminologia autóctone utilizando-se de um aporte referencial alienígena? Na verdade, este é um falso problema, uma verdadeira aporia, na medida em que todos os autores que serão citados são todos próximos por partilharem uma posição e postura criminológica, e até mesmo política, de ruptura colonial, inclusive os provenientes do centro como A. Baratta, M. Pavarini, D. Garland e Bergalli. É também preciso colher e aprender com a inteligência produzida desde outras margens, razão pela qual valem-se, os autores, das propostas de Zaffaroni, Sozzo, Anitua e Rosa del Olmo.

Toda essa base método-criminológica nos impôs reconhecer no presente a influência e interferência de importações culturais que possibilitaram, e ainda possibilitam, a construção de instituições com uma essência autoritária, apesar de seu verniz democrático, que se enraizou em no país por questões políticas, econômicas e culturais. Percebe-se, então, que o discurso criminológico possui um caráter político. Assim, com o intuito de acessar a formação de um pensamento autoritário, para melhor compreender as raízes culturais brasileiras, consideramos como indispensável analisar a obra de Oliveira Viana, pois ele é o elo entre as nossas mais arraigadas tradições autoritárias e uma proposta institucional delas

Por tudo isto, os autores propõem uma breve análise sobre como a inteligência brasileira contribuiu para criar uma cultura política da violência, através da institucionalização de ideias autoritárias.

## 1. Pensamento criminológico – do conceito aos “pontos firmes de interpretação”

De primeira mão, é preciso considerar que não é possível adentrar no estudo da criminologia buscando compreender a linearidade do seu desenvolvimento. Isto porque não houve um pensamento criminológico único, pois todos os conteúdos são de alguma forma reconstruídos. Pavarani (2002, p. 18) é elucidativo ao discutir o conceito de criminologia: “Uma pluralidade de discursos, uma heterogeneidade de objetos e de métodos”.

Assim, a melhor maneira de compreender a criminologia é tê-la enquanto discurso que leva a práticas, isto é, conteúdos que assumem a condição de saber e orienta respostas a problemas sociais (BATISTA, 2011, p. 15). Nesse sentido, não se trata de um saber ontológico, mas uma construção histórico-social e, como ato discursivo, é um ato de poder. Portanto é preciso levar em conta o horizonte epistemológico desse saber (ZAFFARONI, 2003) que significa: “considerar a relação do discurso com as relações de força do momento em que o mesmo surge e durante o qual se mantém vigente” (ANITUA, 2008, p. 22). Por essa razão “Cada definição de criminologia inclui objetivos e métodos determinados, ferramentas e palavras determinadas, e isso também determinará, e será determinado, por uma atitude política, mais concretamente pela política criminal” (ANITUA, 2008, p. 23).

Aliás, é preciso entender discurso como práticas sociais destinadas à definição de subjetividade, posto não ser o sujeito um ser a priori, mas resultado das forças e das formas políticas, econômicas etc; as quais delinearão a construção do sistema penal (FOUCAULT, 2009).

Ou seja, é preciso encarar a criminologia como um curso dos discursos dos saberes criminais, na perspectiva da história social das ideias, em que se evidencia a estreita relação entre saber e poder para “[...] solução de um problema comum: como garantir a ordem social [...] um saber teórico que se presta a um fim prático” (PAVARINI, 2002, p. 18).

Para avançar é preciso compreender as demandas de ordem em contextos econômicos e sociais específicos e é por isso que “as histórias da criminologia são histórias sobre exclusão, os genocídios, o racismo, todas as discriminações com os seres humanos que tratam de hierarquizar-se, como também todas as respostas com que se pretendem conter ou deslegitimar todos esses crimes e aberrações” (ANITUA, 2008, p. 12). E mais, é preciso levar em conta a incorporação colonial do processo civilizatório e todas as demandas por ordem operacionalizadas pelo poder punitivo (BATISTA, 2011).

É por essa razão que recorrentemente, a produção do saber criminológico brasileiro tem apontado a necessidade de se desenhar uma criminologia própria, local (ANDRADE, 2012), especialmente porque a tradição histórica latino-americana de importar teorias criminológicas procedeu com a manipulação conteudística para atender às demandas sócio-políticas da elite local, especialmente porque dependente do eixo europeu central (DEL OLMO, 2004). É exatamente por isso que Bergalli (1983) denominou esse processo como um “assombroso transplante”, indicando ser indispensável pensar um projeto de criminologia brasileira com cautela e operadores analíticos próprios.

A partir dessa perspectiva, deve-se ter em conta que há premissas de investigação indispensáveis no estudo da criminologia, tal o que Sozzo (2014) apresenta como “pontos firmes da interpretação”: a) reconhecimento de que os discursos criminológicos locais derivam de importação cultural; b) o enraizamento destes discursos decorre das transformações econômicas, políticas e culturais, c) reconhecimento do caráter político do discurso criminológico, cuja pretensão é governar grupos sociais através do objeto “delito”.

Vejamos cada um desses.

Sabe-se que o conhecimento criminológico brasileiro deriva de importação cultural do positivismo dos países centrais, cuja fase do capitalismo imperialista em meados do século XIX, teve na criminologia papel central de garantir as condições gerais de produção que o período do liberalismo precedente não foi capaz de realizar. Isto é, a intervenção do Estado nas relações sociais é para encarregar-se dos processos que o capitalismo não o fez, como as condições gerais de existência de uma classe dominante e o controle dos problemas sociais que teriam surgido com a industrialização.



Não é necessário adentrar nos detalhes das obras do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo idealista de Garofalo e o penal-sociológico de Ferri, porque não é o propósito desta passagem, mas apenas assinalar que o determinismo biológico e social foram construídos como causas da criminalidade, cabendo às estruturas do Estado conter o avanço do doente e curá-lo (BARATTA, 2002).

É relevante pontuar que Cesare Lombroso, utilizando-se do método científico indutivo (observação e experimentação), entendeu existir uma relação entre criminosos e doentes, em razão de características congêneres (GÓES, 2016). Nesse sentido, as ações criminosas seriam pré-determinadas pelo organismo primitivo do homem, isto é, o “homem delinquente” era geneticamente determinado. Assim, “Lombroso reduziu o crime a um fenômeno natural, ao considerar o criminoso simultaneamente como um primitivo e um doente”, no dizer de Marcos C. Alvarez (2005, p. 80). Afinal, no entender de Lombroso (2013), o crime não teria advindo de questões sociais ou do próprio livre arbítrio humano, mas da fisiologia humana. Como resultado, seria possível definir quais indivíduos eram predispostos a cometer ilícitos penais, a chamada: teoria do “criminoso nato”.

A Europa durante o século XIX passava por sua fase de mais alto desenvolvimento com o fim do absolutismo e com o desenvolvimento dos centros urbanos. A burguesia encontrava-se em uma ascensão graças ao estouro da Revolução Industrial e ao desenvolvimento do sistema capitalista. Devido a tais fatores, percebe-se que o liberalismo se encontrava de forma latente dentro do território, de modo que propriedade privada e patrimônio eram os principais objetos de preocupação, demandando proteção.

Se o século XIX europeu viu nascer uma sociedade de uma complexidade inédita, perpassada por novos conflitos sociais, advindos da industrialização e da urbanização crescentes, se a tentativa de construção de uma nova ordem social passava por uma atuação igualmente crescente dos mecanismos de controle social para os quais o alvo principal eram as classes populares e o controle de seus ilegalismos se o crime e a criminalidade apareciam para as agências de controle social – e mesmo no imaginário da nova sociedade burguesa – como os índices principais da crise moral que parecia ameaçar a sociedade da época e como objetos a serem melhor compreendidos e dominados, a idéia [sic] de que o criminoso era uma espécie de fenômeno natural, indivíduo primitivo que poderia ser anatomicamente identificado na



multidão, deveria seduzir pela sua capacidade de fornecer uma explicação ao mesmo tempo pseudo-científica e tranqüilizadora [sic] acerca da desordem social (ALVAREZ, 2005, p. 81)

Assim, a burguesia precisava de algo que endossasse suas necessidades quanto à mão de obra e, principalmente quanto à proteção de seu patrimônio. Nisso, percebe-se uma clara referência ao pensamento positivista quando se inicia uma persecução sem limites com relação aos “vadios” e aos ladrões de tais países. A associação entre o sistema capitalista e o positivismo, mostram que o principal interesse das elites era a contenção dos mais pobres e, principalmente, do proletariado, já que precisavam de uma classe disciplinada, que se mantivesse alheia às questões sociais e que fizesse os patrões lucrarem, e que melhor forma de fazê-lo senão pela ameaça constante de prisão? (DEL OLMO, 2004).

Assim, compreende-se que, apesar de os moldes e o discurso da Escola positivista tivessem uma aparência de cientificismo, não era necessário que de fato estivessem embasados em fatos devidamente comprovados e testados, bastava somente que fossem acreditados como verdade absoluta pelo senso comum, sendo o Estado o principal disseminador de tal mentalidade, sendo tal fato visto com a formação das penitenciárias, as quais, além de manter enclausurados todos aqueles vistos sob olhos de reprovação pela sociedade, os mantinha sobre controle, minando sua subjetividade, logo, disciplinados. É visto que tal processo de docilização dos presos era feito a partir do uso direto do positivismo, além do discurso religioso e da instigação ao trabalho braçal. Como explicitado por Alvarez (2005, p.78):

[...] a Criminologia não tem necessidade de se justificar teoricamente porque é um saber totalmente utilitário, que se consolida ao término de uma longa transformação no interior das práticas de saber e poder na modernidade, a partir das quais um discurso “científico” se tornará indispensável para o funcionamento das penalidades. Trata-se de um saber destinado ao poder(...) pois o pensamento criminológico sempre foi mais valorizado pela sua utilidade política e administrativa do que por sua exatidão científica.

A ciência, portanto, exerceu papel fundamental para neutralizar as críticas e elaborar o desenho teórico da nova demanda, com o objetivo de “proteger o capital, conservar a ordem e não perturbar o progresso” (DEL OLMO, 2004, p. 44). Assim, a criminologia não foi somente o desenvolvimento do pensamento científico da época, mas manifestação para a práxis social.

Por outro lado, a recepção desse saber na realidade brasileira se deu num momento social em que a coletividade, até então marcadamente rural, convivia com uma realidade marcada pela urbanidade em função do processo de industrialização. Esse novo modelo de organização social e econômica não substituiu o antigo modelo rural calcado na grande propriedade; ao contrário, o processo de industrialização encontrou no desenvolvimento rural enormes possibilidades para se desenvolver.

Naturalmente, na América Latina, onde os problemas sociais eram muito maiores do que na Europa, em razão dos diversos graus de colonização, da proposta biopsicológica legitimadora da institucionalização, da medicalização dos problemas sociais e da investigação das causas do desvio, a nova teoria foi recepcionada com aplausos. Aliás, são as mesmas razões (na Europa e no Brasil) que ajudam a explicar o sucesso do determinismo biológico – urbanização explosiva, disseminação das consideradas classes perigosas e as consequências destas. No entanto, se quando no Brasil o cientificismo ganha fôlego, na Europa já estava em franca decadência.

É importante ponderar que os contextos históricos italianos, em que emergiram a teoria, eram completamente diferentes dos solos latino-americanos, a começar pela própria delinquência, o que implica reconhecer uma alienação ideológica empreendedora da recusa de uma própria história – negativa reforçada pelo caráter dependente das sociedades. Mas apesar disto, a ciência estrangeira foi incorporada – mas com uma peculiaridade - apenas os resultados, sem verificação experimental, foi adotado. Uma espécie de escolasticismo, pois “bastava que um fato fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado. Os fatos eram aceitos sem qualquer discussão” (DEL OLMO, 2004, p. 160).

Especificamente entre os brasileiros, a chegada da teoria é associada ao fim da escravidão e a instalação da República (com implicações para a hierarquia social e as ideias de cidadania, afinal, os escravos libertos estavam no mesmo nível jurídico do resto da população – incluindo-se aí a elite intelectual e econômica), cujas primeiras décadas são significativas na formação da sociedade brasileira, dado que um dos principais lemas é a implementação de um sistema de governo que se propunha a trazer o povo para o centro da atividade política (CARVALHO, 2004, p. 11).



Esse “ponto firme de interpretação” – de enraizamento metamorfoseado pelas necessidades locais – ocorreu no país.

Vários ciclos econômicos se estabeleceram – desde a exploração do pau-brasil até o café, perpassando pela independência à República – cada qual com seus contornos econômicos, políticos e culturais, os quais de per si demandam um estudo aprofundado, não objetivado, porém, neste espaço. Aqui o que importa ressaltar é que a estruturação societária do Brasil foi inaugurada numa organização fundada no escravagismo e uma servidão ao mercado mundial, com profundas distâncias sociais, “gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu” (RIBEIRO, 1995).

O sistema punitivo configurou-se como uma ferramenta indispensável para o estabelecimento da ordem, em que as elites, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e afinal brasileiras, em pânico com o crescimento das classes oprimidas, utilizaram a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência ao autoritarismo do poder central e para a dominação do corpo para executar o que era desejado.

Sim, porque o processo de consolidação das relações de produção capitalista precisava se naturalizar, o que se deu com o argumento colonial/imperial da submissão/conquista, devido à “superioridade evidente”, o qual foi vivenciado na carne dos índios, negros e camponeses em profundas transformações dos meios de vida ao longo do tempo e aqueles que “não conseguirem se incorporar irão desaparecer na totalidade do tempo –espaço eurocêntrico para toda a humanidade” (LANDER, 2005, p. 33).

No Brasil, apesar de o positivismo criminológico ter sido instituído de forma alienada, é que a formação da sociedade tradicional brasileira, iniciada pelos senhores de engenho e depois, com a queda da cana-de-açúcar, pelos barões do café, é emaranhada com a teoria positivista, já que, ao contrário da Europa, cujo poder seguia uma espécie de ordem hierárquica, partindo do Estado e influenciando as famílias, no Brasil acontecia o oposto. As relações de poder firmadas no meio público, partiam, de forma escrachada, das relações familiares, ou seja, do meio privado, podendo-se dizer que o pátrio poder geria uma nação inteira, não existindo limites para o mesmo dentro de portas fechadas ou na convivência social. Assim, podia o chefe de família punir, torturar, castigar seus familiares, como também poderia fazê-lo contra seus escravos.



(...) a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure perturbá-lo ou oprimi-lo. Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios para sua tirania. (...) O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que a sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede, sempre, neles, a entidade pública. (...) uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família (HOLANDA, 2014, p. 81-82).

Logo, mesmo findado o período escravagista e iniciada a república, o poder manteve-se ainda nas mãos dos mesmos homens, podendo-se dizer que o Brasil era ditado por duas normas: o Ordenamento jurídico, o qual trataria das normas oficiais, e, de forma indireta, mas latente, as ordens dos barões de café e dos senhores de engenho, afetando inclusive o âmbito penal, já que os detentores de poder se mantinham absorvidos dentro de uma perspectiva racista, e a perseguição penal dos recém negros libertos, considerados degenerados. Assim, tudo era permitido contra aqueles, que agora, dentro da sociedade republicana, que não mais admitia a posse de pessoas, e que pregava a igualdade entre os homens, como inimigos (FERLA, 2009).

Na verdade o modelo teórico justificava o jogo de interesses da conservação de uma hierarquia social bastante rígida para estabelecer critérios diferenciados de cidadania (o que era contraditório ante a necessidade de ascensão internacional – projeto nacional – que se imperava, exemplificado exatamente na necessidade da elite local consumir a literatura estrangeira, crendo na inevitabilidade do progresso e da civilização. Um mal estar excessivo, pois, “paradoxalmente, a introdução desse novo ideário científico expunha, também, as fragilidades e especificidades de um país já tão miscigenado” (SCHWARCZ, 1993, p. 46).

A filosofia racista somente reforça a lógica da transição do projeto escravagista para o burguês, cuja política de condicionamento garante a dominação social. A mudança do escravo para o trabalhador livre precisava, além da expropriação (porque esta somente poderia conduzir os agentes sociais a alternativas de sobrevivência diferentes dos detentores do capital), de um processo social amplo, em que a configuração das relações pudessem ser asseguradas pela

vigilância e repressão contínuas, as quais, por sua vez, tinham necessariamente que ser fundamentadas em argumentos compatíveis com as liberdades republicanas. Estratégia?

Nina Rodrigues (1957, p. 34), assumindo os postulados médico-legais, foi responsável por fundar a criminologia e a medicina-legal e a antropologia no Brasil, traduzindo a obra de Lombroso para a Bahia, cujo cenário era eminentemente africano, e afirmava:

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria de raça branca a quem coube o encargo de defendê-la... contra os atos anti-sociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes nos conceitos dessas raças ou seja, ao contrário, manifestações de conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e dos esboços de civilização das raças conquistadas ou dominadas.

Portanto, a teoria criminológica do positivismo justificou as práticas autoritárias de persecução penal, substituindo os fundamentos normativos da escravidão pelas novas formas de igualdade (formal) demandadas pela República, o que naturalizava a delinquência. “A percepção das elites sobre o negro não se alterou [...], a desclassificação do negro foi importante, no plano ideológico, para justificar a discriminação” (SOUZA, 2007, p. 281).

Na América Latina, o positivismo serviu para subjugar minorias étnicas e justificar a exploração norte-sul. É de notar que Ferri (1931) observou o povo brasileiro com os apontamentos da degeneração moral ou “evolucionismo às avessas”, indicando o carnaval, o samba, os cangaceiros nordestinos e a miscigenação indícios de uma incapacidade de controle moral, uma indolência para o trabalho e uma tendência para o crime.

A abolição da escravidão fomentou o “medo branco” da revolta de uma horda de inferiores, então, nada melhor do que uma teoria que justificasse uma hierarquização natural, sob o manto da neutralidade científica, como ferramenta legitimada para o controle de uma classe perigosa, incutindo, com isso, a ideologia de submissão útil à recente burguesia industrial (BATISTA, 2003).

Neste contexto, pobreza, exclusão social, falta de investimentos públicos na educação eram fatores negligenciados, pois o que importava eram o internamento para o tratamento seja dos desviados, seja dos pobres e marginalizados, pois estes eram fatores de desencadeamento dos fatores biológicos da criminalidade. Com isto, exorcizam-se as deficiências das políticas sociais, optando-se por ‘soluções’ de natureza individual que privilegiam a institucionalização, numa permanente conversão dos problemas sociais em penais.



Enfim, a criminologia é resultado da tradução de textos estrangeiros, uma importação cultural que foi levada a cabo pelos experts para configurar racionalidades, programas e tecnologias de governo que não necessariamente correspondia à essência do saber na Europa. É exatamente o que Sozzo (2003) chama de “metáfora da tradução”- uma assimilação deformada e artificial para responder às necessidades locais, como uma espécie de colocação de uma cota de “outroidade” nos textos estrangeiros.

Outrossim, é importante considerar que até mesmo a criminologia crítica padece das dificuldades de simples importação teórica. A criminologia crítica tem início em 1974 na Venezuela, inicialmente impulsionada por Rosa Del Olmo (2004), que conclamava ao não copismo e apresentava, como primeira grande tradutora de obras americanas para a Europa, as perspectivas do interacionismo simbólico, rumo à ruptura com o paradigma etiológico e sua funcionalidade ao poder econômico e político.

Ao lado dela, Lola Anyar de Castro (2005) apresentava a necessidade de unir o interacionismo com o marxismo com o objetivo de criar ferramentas políticas de produção teórica e prática; e juntas formavam o Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada. Que fora somado com o realismo marginal de Zaffaroni; a criminologia da repressão e a criminologia radical de Juarez Cirino dos Santos. Inclusive, Rosa Del Olmo entende que não existe plataforma teórica comum no debate Novoa-Lola-Bergalli que deu início às reflexividades de uma criminologia local, pois parte cada um de pontos diferentes.

Não obstante Del Olmo indicar que a criminologia crítica está em construção e as crises, faltas de identidades, contradições e desorientações, isto não acontecia somente na América Latina, mas no espaço de outros criminólogos, o que levaria à crise da Criminologia Crítica na década de 90.

Portanto, a criminologia aqui não pode ser a mesma desenvolvida pelas sociedades centrais. Muito pelo contrário, na realidade latino-americana, onde o ideal industrializador não havia se desenvolvido como na Europa, decorrente do retardamento da madureza dos processos sociais, os discursos da criminologia positivista têm que ser compreendidos com seus contornos.

De todo modo, os achados teóricos e empíricos da criminologia crítica são irreversíveis, pois a herança deixada pela criminologia crítica de se estudar o funcionamento do sistema



punitivo, evidenciando sua seletividade e que os delitos são comportamentos rotulados negativamente é irreversível.

Fato é, para além do olhar criminológico, é compreender a Criminologia no Brasil para daí então discutir sobre qual criminologia (ANDRADE, 2012) esta a se falar quando a utiliza como teoria de orientação metodológica para a pesquisa, exatamente porque existem criminologias no plural.

Os “pontos firmes de interpretação” do saber criminológico, a saber – importação cultural, enraizamento do poder relacionado com transformações sócio- culturais e o caráter político de governança de pessoas - portanto, foram aqui explicitados e reconhecidos. A par disso, torna-se indispensável contextualizar o local onde incidirá o saber criminológico, uma vez que os significados e operadores analíticos ganham contornos práticos particulares. Para tanto, o pensamento social brasileiro é necessário.

126

## 2. Raízes punitivas: o autoritarismo institucionalizado.

Se de um lado, parte-se do pressuposto teórico de que o saber criminológico brasileiro é resultado de importação cultural e que o enraizamento das transformações socioculturais se deram no sentido de reforçar o caráter político do discurso para governar – os pontos firmes de interpretação –, de outro tem-se que no Brasil, a violência, nas suas mais diversas formas, continua sendo um dos principais desafios.

A observação é pertinente na medida em que, talvez, para melhor compreender a realidade brasileira, na observação de Luciano Oliveira, ao reler *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, deve-se partir dessa premissa: no Brasil, “o buraco da disciplina sempre foi mais embaixo” (OLIVEIRA, 2011, p. 323).

Isto é, não se pode perder de vista que, analisar as influências das tradições e os rumos da sociedade brasileira, do ponto de vista histórico, implica permanente revisão dos conteúdos, sobretudo quando “há um interesse atualizado pelas interpretações que o Brasil recebeu e recebe, e uma nova curiosidade acerca destes ‘Brasilis, desenhados, projetados e imaginados por tantos pensadores locais e estrangeiros” (SCHWARCZ, BOTELHO, 2009, p. 11).



Apesar de tal observação, não se pretende aqui realizar a construção das ideias (evitando reviver Hamurabi [OLIVEIRA, 2004]), mas tão somente perceber como traços da sociabilidade brasileira influenciam decisões e práticas político-criminais. Para tanto é indispensável o recurso do pensamento social brasileiro, de modo que é preciso ir ao passado com perguntas do presente buscando significados e sentidos da formação social (SCHWARCZ, BOTELHO, 2009, p. 11).

Aliás, no Brasil, uma sociedade onde nunca houve a universalização da escola, onde os aparelhos da justiça penal sempre foram brutais e muito pouco eficazes, para dizer o mínimo, e onde, finalmente, uma imensa força de trabalho, miserável e informal, não possibilitou – e possibilita cada vez menos, em um planeta dominado pela revolução tecnológica e pela globalização – a constituição de um mundo do trabalho hegemonicamente enquadrado pelo dispositivo da fábrica. (OLIVEIRA, 2011, p. 334).

Por outro lado, o legado da violência, realizada explícita ou clandestinamente, seja pelo Estado seja pela população não pode ser escamoteado por eufemismo de linguagem. Não pode ser indizível numa realidade onde há muito boa aceitação dos métodos de tortura do Capitão Nascimento, personagem do filme Tropa de Elite – “filme que virou mais do que fenômeno cultural, um evento sociológico – mostra a que níveis de degradação pode chegara sensibilidade de uma população acuada pelo medo” (OLIVEIRA, 2009, p. 12).

Considerando “as estruturas sociais brasileiras que, fundadas na época da Colônia, atravessaram incólumes o longo do Império e as várias repúblicas que temos tido. O modo de produção escravagista, vigente durante quatro séculos, sucedeu um capitalismo sem preocupações sociais e uma democracia de poucos cidadãos” o que se pode ter como hipótese é que “a pobreza, a miséria e a subserviência das massas asseguram a continuidade de uma estrutura que permaneceu subterrânea” (OLIVEIRA, 2009, p. 14).

Os avanços democráticos de eleições livres, entretanto, não foram suficientes para conter o sentimento de medo e insegurança ante o crescimento da criminalidade, pois diante de estatísticas criminais oficiais que demonstravam o crescimento das modalidades de violência individual urbana - homicídio, roubo à mão armada, sequestros e estupros – só cabia à população a exigência de políticas de segurança pública.



Na verdade, como transitar de um estado de exceção (histórico) – de pura violência – para um Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo uso de uma violência contida e limitada por um poder legítimo? Uma pergunta que deve ser feita na medida em que o trânsito para o regime democrático não leva consigo todos os elementos da democracia. A prova disto é que na realidade brasileira há uma permanência autoritária dentro do novo regime democrático, que acabou por constituir uma cultura política do controle, que combina os paradigmas autoritário e democrático, de forma a não sermos mais capazes de distingui-los.

De antemão, cumpre esclarecer que o autoritarismo pode ser simbolicamente representado por diversas formas de violências, onde uma, bastante experimentada pelos brasileiros, pode sintetizar sua face: a tortura. É triste admitir, ainda no presente, os signos das violências de forma disfarçada, mas, principalmente, em “microrrelações de autoritarismo imersas no cotidiano, que perpetuam as relações sistemáticas aos direitos fundamentais de diversas minorias” (QUINALHA, 2013, p. 19).

Em verdade, as ações violentas precedem ou coexistem com ideias autoritárias, sua larga vigência num país periférico como o Brasil denuncia seu enraizamento, tanto que Bóris Fausto (2001, p. 14) radica seu surgimento na década de 1920, “na vigência de um regime oligárquico-liberal, que ganhou forma com a Proclamação da República (1889)”.

Nesse caso, a inteligência brasileira contribuiu para criar uma cultura política da violência, através da institucionalização de ideias autoritárias, desde o pensamento de Oliveira Vianna, pois ele é o elo entre as nossas mais arraigadas tradições autoritárias e uma proposta institucional delas.

Claro que organizar o pensamento autoritário não significa o mesmo que dizer que é com ele que ele surge. Não. A cultura é autoritária há mais tempo, embora, aqui, não se tenha a pretensão de identificar esse marco originário, mas o fundamento desse autoritarismo começa a ter contornos e justificativas filosóficas, sociológicas e antropológicas com Oliveira Vianna .

A escolha por Oliveira Vianna, porém, não é aleatória, pois parte da identificação da importância inaugural dos seus estudos, bem como uma predileção estética dos autores. Estes são os motivos que conduziram ao sociólogo fluminense, mas que também a escolha não é determinante, no sentido de que há a impressão de que o argumento não se alteraria se elege-se outros autores como objeto de análise. O autoritarismo seria o mesmo, porém com nuances

distintas que variariam entre uma defesa ostensiva, aberta e clara e outra discreta, acrítica ou descritiva. De todo modo, todos eles construíram uma identidade nacional que traduz uma cultura política autoritária.

Para esclarecer, entenda-se o pensamento autoritário e conservador como aquele que se define por utilizar ou apoiar a utilização do aparato repressivo do Estado para impedir o acesso ou excluir setores populares da participação da vida política, como ficou patente no exemplo acima, para que possa, tranquilamente, defender seus interesses e/ou obstaculizar políticas sociais que protejam os interesses das classes populares (RODRIGUES, 2017).

Tudo isto sugere que o uso violência como instrumento hábil para garantir a ordem social tinha um lastro de aceitação e talvez de legitimidade. Ou como afirmou Oliveira Vianna, sobre aqueles que confiam na força para solucionar os problemas da República e da Constituição, de que há uma “personagem muda da tragédia esquiliana: a Violência” (VIANNA, 1927, p. 39). Pode ser que algumas pessoas não aceitassem, mas não havia expressão pública de resistência ao uso da violência, o que só vem acontecer durante a ditadura militar e após seus primeiros anos. Não podemos esquecer que, falando da intelectualidade brasileira, a oposição à ditadura debuta com a publicação do livro do jornalista e deputado federal Márcio Moreira Alves (1967) em 1966, onde denunciava e responsabilizava o governo do General Castelo Branco pelas corriqueiras práticas de torturas ainda não institucionalizadas, apenas para a contenção da subversão política. A persistência da violência após a democratização foi denunciada e combatida apenas quando a classe média passou a frequentar os presídios, cadeias e porões e porque se descobriu os direitos humanos e sua valia, tema que enfrentarei adiante.

A cultura da política no Brasil, de alguma maneira, incorporou a violência como elemento cotidiano da sua vida. Mais ainda, a inteligência brasileira operou no sentido de fundamentar nosso autoritarismo precedente, como uma forma, também, de nos aliviar do peso de uma consciência pregressa e pacificá-la para autoritarismos futuros. Inclusive, isto vem sendo de grande valia, vide o fato que na história republicana do Brasil passamos mais tempo em regimes autoritários que democráticos. Afinal, “poucos que controlam tudo precisam desses intelectuais e especialistas do mesmo modo que os coronéis de antigamente necessitavam do seu pequeno exército de cangaceiros”. O dinheiro compra uma “ciência para os seus interesses” (SOUZA, 2015, p. 10).



É assim, por exemplo, que Oliveira Vianna, indica a necessidade de uma intervenção autoritária, pois “os meios mais eficazes para essa independência não serão, por certo, o ‘sufrágio universal’, nem a ‘eleição direta’, nem o ‘voto secreto, nem o ‘self government local’”, para ele, “as grandes modificações da nossa vida política escapam do domínio exclusivo das reformas de caráter puramente constitucional”, onde qualquer reforma na norma fundamental não ultrapassa as barreiras do acessório e do secundário; afinal, para ele, noventa por cento dos eleitores do seu tempo era composto da população rural, de “párias, sem terra, sem lar, sem justiça e sem direitos”, em que seu voto estava viciado pela dependência dos grandes senhores de terras” (VIANNA, 1927, p. 112 e 113).

Há inúmeras ambiguidades no pensamento de Vianna, pois ao identificar que o regime autoritário é o mais adequado à realidade nacional, querendo aproximar o Estado do povo e pelo fato deste não ter maturidade para participar da sua construção política, propõe que deva ser implementado pelas elites - “O autoritarismo deve, portanto, ser imposto à população por elites que tendam ao liberalismo” (SOUZA, 2008, p. 131).

Como se pode perceber, o centro das críticas que os pensadores que julgo autoritários vertem sobre o liberalismo consiste em afirma-lo excêntrico por inaplicável à realidade brasileira. Combater a doutrina exótica do liberalismo significa atacar frontalmente suas instituições como a soberania popular, bem como as formas de representação política, sufragadas pelo voto secreto e universal.

A defesa de um regime autoritário tenta solucionar o que para Oliveira Vianna é um grande problema: o caráter fragmentário da sociedade brasileira, expresso como fraqueza e não como virtude. Mas essa fragmentação impede que se transite do “país legal” para o “país real”, impede, inclusive, a harmonização entre esses dois mundos (VIANNA, 1987, p. 16).

A solidez do governo proposto por Vianna, busca, com uma sinceridade paradoxal, aproximar as elites do povo e diminuir a desigualdade social e de poder, conciliando, assim, os direitos políticos com os civis, estes culturalmente negligenciados, pois “O grande problema da liberdade no Brasil não é o da liberdade política, como a cem anos temos vivido a pensar – e sim o da liberdade civil.” (VIANNA, 1947, p. 64).

Para o autor, então, é necessário ter um regime político adequado à realidade brasileira, dado que somos um povo suscetíveis às mimetizações, onde toda sorte de teorias, de ideias e

de propostas encontram eco por aqui, pouco importando se espelham a realidade, se respondem às necessidades ou se projetam um país possível ou, nos dizeres do próprio Vianna, o “país real”. De uma forma ou de outra, se não são o que são de onde vieram, aqui se tornam verdadeiras utopias. “Há um século estamos sendo como os fumadores de ópio, no meio de raças ativas, audazes e progressivas. Há um século estamos vivendo de sonhos e ficções, no meio de povos práticos e objetivos. Há um século estamos cultivando a política do devaneio e da ilusão diante de homens de ação e de preia” (VIANNA, 1938, p. XXXI).

A violência tornou-se uma categoria política, usurpada do Estado por aqueles que tentam imiscuir público e privado, é dizer, no sentido de que atende às finalidades privadas. Também a impunidade joga água neste moinho: “O problema da liberdade individual e civil no Brasil – problema que é preliminar a toda e qualquer liberdade política – é justamente eliminar esse ‘longo hábito de impunidade’. Esta certeza da impunidade, que os nossos costumes asseguram ao arbítrio, corrompe tudo; mata no seu berço o cidadão e impede a formação do verdadeiro espírito público” (VIANNA, 1987, p. 160).

Ora, parece incontornável que a democracia brasileira foi constituída com fundamentos autoritários, a partir de simbioses entre mando e conciliação, liberal e autoritário, transigente e coercitivo. A história está repleta de transições que se esforçaram para dar continuidade ao regime anterior, seja por gosto seja por imposição seja por necessidade. Foi assim na transição da Colônia para a Independência, da Monarquia para a República, desta para o Estado Novo e também do Regime Militar de 1964 para a atual democracia (RODRIGUES, 2017).

Do fim ao cabo, importa questionar: as propostas autoritárias de Oliveira Vianna se realizam por força da gravidade ou pelo estágio civilizatório? Seja como for, várias instituições (Polícia e a Justiça Federal) protagonizam investigações que vão no tutano dos “nossos usos e costumes”.

Enfim, o que interessou neste trabalho, não foi elaborar uma análise do processo histórico de formação desses domínios sociais e suas respectivas consequências nas estruturas sociais brasileiras, mas tentar traçar os pontos firmes dos quais a análise criminológica brasileira deve atentar.

Nesse sentido, alguns operadores analíticos devem se fazer presentes em qualquer abordagem criminológica da realidade local: o fato de possuir heranças violentas e autoritárias

que marcam a sociabilidade brasileira, profundas desigualdades econômicas e a inflexibilidade da hierarquia social, bem como a vida e sobrevivência de regimes autoritários.

Nesse caso, quer-se dizer que o Estado nunca consolidou o monopólio sobre a violência física e nunca conseguiu estatuir leis confiáveis, que mediassem as relações entre os indivíduos. O resultado foi que, em lugar de uma reversão das relações agressivas, o que existiu, ao longo de toda sua história, foi a persistência de valores que cultuam a força como alternativa amplamente utilizada entre a população para solucionar conflitos (LIMA, 2013, p. 5)

Nesse sentido, a abordagem de Garland (1999) faz todo sentido: é preciso conhecer as raízes estruturantes da cultura brasileira para se pensar analiticamente o controle punitivo. É algo que a sociologia da violência (LIMA, 2017) já vem trabalhando no Brasil há tempos, como se percebe na descrição de Sérgio Adorno (2002, p. 101)

Em particular nos últimos cinquenta anos, assiste-se a uma aceleração de mudanças, jamais conhecida e experimentada anteriormente: novas formas de acumulação de capital e de concentração industrial e tecnológica; mutáveis substantivas nos processos de produção, nos processos de trabalho, nas formas de recrutamento, alocação, distribuição e utilização da força de trabalho com repercussões consideráveis nos padrões tradicionais de associação e representações sindicais; transbordamento das fronteiras do Estado-nação promovendo acentuada mutação nas relações dos indivíduos entre si, dos indivíduos com o Estado e entre diferentes Estados, o que repercute na natureza dos conflitos sociais e políticos e nas modalidades de sua resolução (com a criação de legislação e tribunais paralelos ao Estado, por exemplo). Essas mudanças repercutem também no domínio do crime, da violência e dos direitos humanos.

Em resumo: a violência foi manejada para garantir a ordem, o que leva à aceitação social e legitimidade que perdurou até a ditadura, foi incorporada na cultura política como elemento da vida brasileira, o que leva à conclusão de que, qualquer discurso que se pretenda superar a prática social violenta, deve dialogar com esse traço da realidade, e nesse caso o saber criminológico não pode descurar, afinal “Ainda que os regimes autoritários estejam em baixa, a reflexão precedente nos propicia o entendimento que o pensamento autoritário conservador tem uma lógica de longa duração na América Latina” (WASSERMANN, 2013, p. 205). Essas ideias encontram, aqui, um campo fértil.



É neste sentido que Luciano Oliveira (2015, p. 66) afirma que

Certos horrores nossos são tão repetitivos que os lugares-comuns mais batidos guardam um inusitado frescor. É o caso. Entra governo e sai governo, de direita e de esquerda, ditadura ou democracia, e as nossas cadeias continuam parecendo pocilgas. É como se fizessem parte da paisagem natural, feito uma rocha sólida e antiga, como o Pão de Açúcar ou a Serra da Mantiqueira.

Mover essas pedras colossais conta com a dificuldade, além do peso e da falta de alavanca, de mudar uma cultura política, que, há muito, nos serve como uma segunda pele.

Assim, para desvelar o arbítrio é preciso relembrar sua gênese. É preciso expurgar o passado que vive em nós, na nossa alma: “O passado vive, latente, obscuro, nas células de nosso subconsciente. Ele é que nos dirige ainda hoje com sua influência invisível, mas inelutável e fatal”. Mais adiante, Oliveira Vianna dizia da facilidade em rastrear as marcas do passado, talvez por que esteja em nós (esta impressão é minha) ou por que a busca dentro de uma temporalidade de pouco séculos seja mais simples: “É claro que dos reflexos históricos dos períodos iniciais ainda se deve ressentir muito vivamente o nosso povo na sua organização social e na sua mentalidade coletiva. Nem será difícil rastrear esses reflexos numa marcha histórica, que dura apenas quatro (cinco) séculos e de que achamos, através dos documentos e testemunhos, as pegadas, por assim dizer, ainda recentes e frescas” (VIANNA, 1938, p. XVI). Na verdade, como afirma Evaldo Cabral de Melo (1995, p. 191), “o vezo entre o mórbido e o narcisístico de ajustar contas com o passado nacional constitui uma moda”.

133

O pensamento conservador pariu democracias negociadas, fruto de processos de redemocratização conservadoras em toda América Latina. “Ainda que os regimes autoritários estejam em baixa, a reflexão precedente nos propicia o entendimento que o pensamento autoritário conservador tem uma lógica de longa duração na América Latina” (WASSERMANN, 2013, p. 205).

Enfim, quando aos estudos criminológicos, estabelecidos com “pontos de interpretação”, são acrescentadas as informações sobre esse autoritarismo brasileiro, tem-se que a realidade genocida da população negra ontem e hoje, ganha explicações teóricas evidentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS



Neste ensaio expusemos que o pensamento criminológico brasileiro foi construído a partir de uma série de processos de importação do eixo centro-europeu e que teve a pretensão de governo do povo oprimido.

Como visto, o discurso de cientificidade foi a ferramenta de controle do povo negro recém liberto da escravização. O que confirma a aptidão opressora do saber criminológico. Nesse sentido, a fim de que a alienação política não ocorra, é preciso ter ciência dessas características que M. Sozzo denomina de pontos firmes de interpretação.

Isto é, não partindo desses pressupostos, quaisquer discursos criminológicos recaem na mesma estratégia de dominação. Como discutimos, até mesmo a criminologia crítica podem ser esvaziada nesse sentido.

Desse modo, é preciso reconhecer as características da realidade brasileira – violenta e autoritária e que o pensamento político pode ser ferramenta de manipulação.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que a cultura do medo vige desde a colônia, voltado ao controle dos grupos dominados, sejam índios ou negros, sejam mulheres ou crianças, sejam oposições aos regimes institucionalmente implantados, mas, principalmente, contra os presos de qualquer matiz.

O pensamento autoritário e conservador definem-se por utilizar ou apoiar a utilização do aparato repressivo do Estado para impedir o acesso ou excluir setores populares da participação da vida política, para que possa, tranquilamente, defender seus interesses e/ou obstaculizar políticas sociais que protejam os interesses das classes populares.

A cultura da política no Brasil, de alguma maneira, incorporou a violência como elemento cotidiano da sua vida. Mais ainda, de que a inteligência brasileira operou no sentido de fundamentar nosso autoritarismo precedente, como uma forma, também, de nos aliviar do peso de uma consciência pregressa e pacificá-la para autoritarismos futuros. Inclusive, isto vem sendo de grande valia, vide o fato que na história republicana do Brasil passamos mais tempo em regimes autoritários que democráticos.

Hoje, temos uma aparência de que predomina na inteligência brasileira e, porque não dizer latino-americana, pensadores progressistas, defensores da democracia, contrários ao



autoritarismo. Talvez porque num passado não tão remoto, estivesse povoado de intelectuais de esquerda, que passaram a desenvolver um combate crítico contra o racismo, a intolerância sexual, a xenofobia, os preconceitos de classe, pela posse da terra... enfim, que construíram a luta pelos direitos humanos. Sem dúvida, há nisto uma visibilidade extraordinária. Por outro lado, o ordinário é silencioso e persistente, fundado em bases sólidas, embora remotas.

É exatamente esta cultura política brasileira, que aqui se julga autoritária, que está em nossa gênese e convive harmonicamente com outras culturas políticas específicas como liberalismo ou socialismo. Seu traço amorfo e fluido dificulta rupturas e faz das continuidades uma característica.

A violência institucional funciona como sismógrafo, como instrumento hábil para medir os abalos provocados nas estruturas da democracia pelas propostas da inteligência brasileira, que assim forjou uma nação. Claro que, para os pensadores ditos autoritários, a violência tem lugar, a um só tempo, velado (pois não é um elemento autônomo que mereça uma reflexão específica) e destacado (por estar incorporada como traço no comportamento político, institucionalizado ou não). De qualquer sorte, não significa que a preocupação deles com a violência é a mesma que a dos autores. Assim, analisavam as relações entre mandonismo local, apropriação privada da organização policial e judicial, arbitrariedades, impunidades, funcionalidades do processo do sistema político e, em tudo isto, tinha um quê de violência. A ambiguidade da cultura política brasileira, que ora nega a violência e ora pede a violência não está contemplada em seus textos, especificamente em Oliveira Vianna.

Na medida em que esses elementos foram incorporados e reconhecidos pelo pensamento criminológico brasileiro, o olhar de defesa dos direitos humanos – a partir da criminologia, torna-se mais viável.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Insegurança versus direitos humanos. Entre a lei e a ordem*. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 11 (2): 129-153, out. 1999.

AEBI, Marcelo. *Crítica de La criminologia crítica: uma leitura escéptica de Baratta*. In: PÉREZ-ALVAREZ, F. Sertain Memoriam Alexandria Baratta. Salamanca: Editions Universidad de Salamanca, 2004.

LARRAURI, Elena. *Uma defesa de La herencia de La criminologia crítica: a propósito de lartículo de Marcelo Aebi <crítica de La criminologia crítica: uma lectura escéptica de Baratta>*; AEBI, Marcelo. *Crítica y contra crítica de La criminologia crítica: uma resposta a Elena Larrauri*. *RevistadeDerechoPenalyCriminología*, 2 época, n. 19, p. 377-395, 2007.

ALVES, Márcio Moreira. *Torturas e torturados*. Rio de Janeiro: Idade Nova, 1967.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERGALLI, Roberto. \_\_\_\_\_. et al. *El Pensamiento Crítico y la Criminología: el pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.

CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Instituto carioca de Criminologia/Revan, 2004.

FAUSTO, Boris. *O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida. A utopia médica do biodeterminismo*. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo I. [Trad. Antonio Soto y Hernández]. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009.

GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna: un estudio de teoria social*. Buenos Aires: Sigo XXI editores S.A, 1999.

GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Revan, Rio de Janeiro, 2016

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª. ed. 19ª reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

LOMBROSO, Cesar. *L'Uomo Delinquente*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

MELO, Evaldo Cabral de. Posfácio: *Raízes do Brasil e depois*. In: HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo “*Vigiar e Punir*”, *Dilemas*. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 4 - no 2, - pp. 309-338, abr/mai/jun, 2011.

\_\_\_\_\_. *Do nunca mais ao eterno retorno. Uma reflexão sobre a tortura*. São Paulo: brasiliense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

PAVARINI, Massimo. *Control Social y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyectos hegemónico*. Argentina: Siglo Veintiuno editores argentina, 2002.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas*. Bahia: livraria progresso editora, 1957.

RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. *PERMANÊNCIA AUTORITÁRIA NO REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: Uma análise sobre como as teorias da transição e dos direitos humanos e seus instrumentos foram condicionados e enfrentaram o autoritarismo*. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; BOTELHO, André. *Um enigma chamado Brasil: 29 intérpretes e um país*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SCHWARCZ, Lilian. *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

SOUZA, Ricardo Luiz. *Identidade nacional, raça e autoritarismo: A revolução de 1930 e a interpretação do Brasil*. São Paulo: LCT Editora, 2008.



SOZZO, Maximo. *Roberto Bergalli y latarea de hacer una historia crítica de la criminología em America Latina*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 28 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. *Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e história del presenta de la criminologia en America Latina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencial penal, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte/ São Paulo/ Niterói: Itatiaia/ USP/ UFF, 1987, vol. I.

\_\_\_\_\_. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

\_\_\_\_\_. *Populações meridionais*. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. XXXI.

\_\_\_\_\_. *Problemas de política objetiva*. São Paulo: Nacional, 1947.

WASSERMANN, Cláudia. *Raízes do pensamento autoritário na América Latina*. In: ABREU, Luciano Aronne de; MOTTA, Rodrigo Patto Sá (Orgs.). *Autoritarismo e cultura política*. Porto Alegre: FGV; Edipucrs, 2013.

ZAFFARONI, E. R. *Criminología: aproximación desde um margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

Submissão: 19/12/2018

Aceito para Publicação: 10/08/2019



## A (IN)ADMISSIBILIDADE DO USO DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS POR MEIO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE (ERB) NO *IUS PERSEQUENDI* BRASILEIRO

### *THE (IN)ADMISSIBILITY OF USAGE OF INFORMATION DERIVED FROM BASE TRANSCEIVER STATION (BTS) INTERCEPTIONS IN BRAZILIAN IUS PERSEQUENDI*

Valine Castaldelli Silva\*

Alexandre Ribas de Paulo\*\*

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar a (im)possibilidade do uso de dados oriundos da telefonia celular, especificamente em relação à localização geográfica do indivíduo por intermédio da Estação Rádio Base (ERB), dentro dos limites constitucionais nas fases investigativa e de instrução processual penal. O método utilizado é o dedutivo, e a técnica de pesquisa é revisão bibliográfica. Conclui-se que é possível a utilização das informações obtidas por intermédio das Estações Rádio Base na fase da investigação criminal, sendo necessário, para tanto, a observância das seguintes formalidades: a) que se trate de crime relacionado ao tráfico de pessoas; b) que tenha por finalidade salvar pessoa de perigo atual; c) prévia autorização judicial e; d) com prazo determinado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estação Rádio Base (ERB). Tráfico de Pessoas. Artigo 13-B do Código de Processo Penal. Intimidade e vida privada. Investigação criminal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Estação rádio base. 2. Legislação sobre estação rádio base. 3. A (in)admissibilidade do uso das informações obtidas por meio da estação rádio base no *ius persecuendi*. Conclusão. Referências. Legislação consultada.

**ABSTRACT:** This research aims to analyse the (im)possibility of gathering telephone communications data through Base Transceiver Station during criminal investigation and prosecution under Brazilian constitutional limitations, especially regarding geographic location. This work is done by using the deductive reasoning method, with literature review technique. This work concludes that it is possible to use data gathered by the Base Transceiver Station at the stage of the criminal investigation, with the following formalities being required: a) that it is a crime related to trafficking in persons; b) whose purpose is to save a person from current danger; c) prior judicial authorization and; d) with a fixed term.

**KEYWORDS:** Base Transceiver Station (BTS). Trafficking in Persons. Article 13-B of the Code of Criminal Procedure. Intimacy and privacy. Criminal investigation.

140

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a utilização de meios tecnológicos tornou-se um meio trivial na colheita de provas, pululando inovação nos meios probatórios durante as investigações e processos criminais. Nesse contexto de modernização, que naturalmente permeia o *ius persecuendi*, ganha visibilidade as informações obtidas por meio da Estação Rádio Base (ERB), decorrentes do uso do telefone celular.

\* Doutoranda em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina. Pesquisadora do *Ius Commune* (Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica - CNPq/UFSC) e do Grupo de Pesquisa Problemas Fundamentais do Direito Penal Contemporâneo (UEM).

\*\* Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Paraná. Pesquisador do *Ius Commune* (Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica - CNPq/UFSC) e do Grupo de Pesquisa Problemas Fundamentais do Direito Penal Contemporâneo (UEM).

Com o acionamento das antenas a partir da utilização do telefone móvel, obtém-se os dados fornecidos pelas ERBs, que indicam a localização geográfica do usuário de um aparelho celular com uma precisão singular, por meio de coordenadas geográficas decorrentes da tecnologia de comunicação; esses dados não se confundem com informações de GPS geradas por satélites posicionados especificamente para fins de localização no globo terrestre. Tal peculiaridade da Estação Rádio Base ganhou a estima dos atores jurídicos efetivadores do *ius puniendi*, eis que, apenas com a utilização de um aparelho pessoal portátil pode-se conhecer onde o indivíduo está ou estava.

A despeito de ser um método cada vez mais recorrente de investigação e utilizado como elemento probatório nas fases da *persecutio criminis*, a Estação Rádio Base é um tópico praticamente inexplorado na doutrina e com abordagens genéricas e fugidias na jurisprudência.<sup>12</sup> Dessa maneira, os juristas usufruem da ERB, na esfera criminal, sem maiores reflexões teóricas a respeito de seu funcionamento (conhecimentos técnicos).

A ERB apesar de frequentemente ser equiparada – para não dizer “confundida” – com a interceptação telefônica, tecnicamente não poderia ser enquadrada na Lei nº 9.296/96<sup>3</sup>, pois não se trata de captar conversa interpessoal e nem de fornecimento de dados pertinentes à “comunicação” humana. Assim, o uso da Estação Rádio Base no processo penal não abarcaria a exceção prevista no inciso XII, art. 5º, da Constituição Federal<sup>4</sup>, sob pena de se elaborar uma analogia *in malam partem* para a formação da culpa de um acusado no processo penal.

141

<sup>1</sup> Dada a extensão e profundidade da lacuna existente sobre o tema (doutrinária e jurisprudencial – podendo-se dizer até mesmo legal) o presente artigo terá por enfoque, essencialmente, a análise dos dispositivos de lei, buscando-se um exame pontual do tema. Ademais uma análise jurisprudencial e/ou de casos concretos necessitaria de uma pesquisa vasta e densa com uma metodologia empírica.

<sup>2</sup> Nesse sentido, consultar o *Habeas Corpus* n.º 471.066-1 – Francisco Beltrão-PR.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n.º 9.296, 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 02 de maio de 2019.

<sup>4</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

A problemática que inspira o presente trabalho decorre da promulgação da Lei nº 13.344/16<sup>5</sup>, que acrescentou o artigo 13-B ao Código de Processo Penal<sup>6</sup>, onde, especificamente, se trata da disponibilização de meios técnicos para a “localização” de vítimas ou suspeitos no caso de crimes relacionados ao tráfico de pessoas. Aparentemente a Estação Rádio Base se enquadraria nesse dispositivo.

De tal forma, a partir da leitura de dispositivos constitucionais, legislação infraconstitucional e dispositivos de ordem administrativa intenta-se verificar a admissibilidade, ou não, do uso das informações obtidas por meio das Estações Rádio Base nas fases da *persecutio criminis* no processo penal brasileiro. O método utilizado no presente artigo é o dedutivo<sup>7</sup>, e a técnica de pesquisa é revisão bibliográfica.<sup>8</sup>

Assim, inicialmente, buscar-se-á compreender o que é a ERB em seus aspectos técnicos e qual sua implicância para o Direito, notadamente no processual penal. Na sequência serão

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 13.334, 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art11). Acesso em: 07 de maio de 2019.

<sup>6</sup> “Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.”

<sup>7</sup> Quanto à metodologia aplicada ao artigo, Orides Mezzaroba e Cláudia Sevilha Monteiro explicam: “O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas.” (*In*: Manual de metodologia da pesquisa no direito: São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65).

<sup>8</sup> “A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, tem por objetivo analisar o que foi escrito sobre o assunto tratado, a fim de permitir os meios para a análise das hipóteses elencadas.” (*In*: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalhos científicos. São Paulo: Atlas, 1992, p. 43-4).



expostas as legislações (administrativas e infraconstitucionais) que abordam o tema para se verificar se podem as suas informações serem utilizadas nas fases da *persecutio criminis* como elemento probatório pertinente à localização da pessoa humana no globo terrestre.

Por fim, conclui-se que é possível a utilização das informações obtidas por intermédio das Estações Rádio Base na fase da investigação criminal, sendo necessário, para tanto, a observância das seguintes formalidades: a) que se trate de crime relacionado ao tráfico de pessoas; b) que tenha por finalidade salvar pessoa de perigo atual; c) prévia autorização judicial e; d) com prazo determinado.

## 1. ESTAÇÃO RÁDIO BASE

Nas últimas décadas, os meios tecnológicos, cada vez mais modernos e aprimorados, modificaram a colheita probatória no processo penal transformando-a em hábil ferramenta nas fases investigativa e persecutória e, conseqüentemente, exigindo um maior compromisso do Estado com determinadas garantias e direitos fundamentais. Surge, assim, a necessidade de se explorar e compreender o funcionamento, influência, conseqüências e limites da utilização de tais meios para a formação da culpa de um acusado no Brasil.

No presente trabalho, estuda-se a Estação Rádio Base (ERB) nas fases da *persecutio criminis*, tendo em vista que essa, tecnicamente, não poderia ser confundida com interceptação telefônica ou quebra de sigilo afins, ainda que obtida por meio da utilização de aparelho telefônico.

A palavra interceptação tem sua origem etimológica no latim: *intercipio* que significa “interceptar, apanhar na passagem, subtrair, roubar”, e no sentido figurado “cortar, interromper (uma conversa)”.<sup>9</sup> Portanto, a interceptação telefônica, cuja autorização legal está prevista no artigo 5º, inciso XII, da CF, consiste na captação de conversa por terceiro, sem conhecimento por parte dos interlocutores, no momento em que está acontecendo.<sup>10</sup> Pode, também, ser compreendida como quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

<sup>9</sup> FARIA, Ernesto. (Org.) *Dicionário Escolar latino-português*. Rio de Janeiro: Ministério da educação e cultura, 1962, p. 515.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 24.

Dentre outras modalidades de afastamento constitucional da inviolabilidade de sigilo tem-se a quebra de sigilo dos dados cadastrais e quebra de sigilo telefônico. A primeira corresponde às informações sobre os titulares das contas, como por exemplo o nome, endereço, documentos etc.; já a segunda diz respeito aos registros referentes à utilização do serviço de telefonia, como por exemplo, a relação das chamadas originadas e recebidas, horário de duração das chamadas, SMS.<sup>11</sup>

Essas categorias de quebra de sigilo relativas às comunicações são estudadas com maior ou menor profundidade teórica quando se trata do artigo 5º, inciso XII, da CF e Lei nº 9.296/96. Entretanto não há produção de conhecimento exegético, doutrinário e/ou crítico disponível aos operadores do direito em relação à ERB, dando azo a interpretações equivocadas sobre sua especificação técnica e, pior, induzindo interpretações analógicas indevidas.

A *Base Transceiver Station* (BTS) é denominada em português de Estação Rádio Base (ERB) ou Estação-base e corresponde ao rádio principal no centro de cada célula de uma rede móvel.<sup>12</sup> Portanto, a ERB concerne à estação fixa com a qual os aparelhos telefônicos móveis se comunicam.<sup>13</sup>

O sistema de telefonia celular consiste em uma transmissão (rádio escuta e rádio transmissão) integrada a um conjunto de antenas fixas e telefones móveis.<sup>14</sup> Nesse sistema, a Estação Rádio Base corresponde a um conjunto de antenas (transmissoras e receptoras) interligadas aos equipamentos por meio de cabos coaxiais, compondo uma célula.<sup>15</sup>

Por consequência, quando um aparelho celular é utilizado, são enviados sinais de rádio para a ERB mais próxima, que, por sua vez, envia a chamada para a central de comutação.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Sobre o tema consultar: BADARÓ, Gustavo. *Processo penal [livro eletrônico]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017); GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>12</sup> DORNAN, Andy. *Wireless communication: o guia essencial da comunicação sem fio*. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 172

<sup>13</sup> SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações temáticas no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 74. Ressalte-se que esse autor aborda brevemente sobre a Estação Rádio Base em sua obra, que é resultado da dissertação de mestrado na USP.

<sup>14</sup> As Estações Rádio Base (ERBs) são parte do *link* aéreo. O *link* aéreo corresponde à conexão final entre o aparelho celular e a rede, Para que o *link* funcione, há necessidade de dois rádios, um carregado pelo usuário (telefone móvel) e outro conectado permanentemente à rede da operadora (Estação Rádio Base). (*In*: DORNAN, Andy. *Op. cit.*, p. 171).

<sup>15</sup> “Muitas BTSs são compostas por várias antenas, normalmente montadas dentro de caixas retangulares brancas, medindo 1x3 metros. Geralmente são colocadas bem acima do solo para evitar que os sinais sejam bloqueados por edifícios ou árvores. Além do próprio transceptor, a estação-base também precisa conter algum tipo de link reverso para a rede da operadora móvel, que normalmente é um cabo de fibra óptica passando pelo chão ou um transceptor sem fio fixo.” (*Ibidem*, p. 171)

<sup>16</sup> PADUELI, Margarete Ponce. *As estações rádio base na cidade de São Paulo: uma abordagem sobre os riscos e uma contribuição para os sistemas de gerenciamento*. Orientador: Nelson Gouveia. 2012, 249 f. Tese (Ciência

Logo, as Estações Rádio Base recebem e enviam sinais de rádio,<sup>17</sup> os quais se propagam pelo ar.

No que concerne à estrutura, cada ERB possui torre, alimentação elétrica, antenas receptoras e transmissoras, rádios receptores e transmissores.<sup>18</sup> Para entender melhor o funcionamento da Estação Rádio Base, indispensável a compreensão do azimute<sup>19</sup>, que é o ângulo formado pelo vetor de norte magnético da Terra e a orientação da antena, ou seja, a orientação geográfica das antenas das ERBs.

Dessa maneira, uma vez determinada a quebra de sigilo das informações atinentes às Estações Rádio Base, a empresa de telefonia repassa ao órgão investigativo ou judiciário dados como endereço, latitude e longitude referentes à posição das antenas acionadas com a utilização do aparelho celular e informações de azimute e raio que permitem delimitar onde o aparelho foi ou está sendo utilizado. Não se trata de dados de comunicação, mas informações incidentais produzidas pelo acionamento de um aparelho celular.

Porquanto, através dos sinais emitidos entre o aparelho telefônico e as ERBs permite-se que a empresa prestadora de serviço de telecomunicação conheça a localização geográfica do indivíduo – bem como o horário – com uma precisão singular. O conhecimento de tal informação rapidamente gerou a simpatia daqueles que atuam em prol da *persecutio criminis*.

145

## 2. LEGISLAÇÃO SOBRE ESTAÇÃO RÁDIO BASE

A utilização das informações da Estação Rádio Base, conforme mencionado acima, permite conhecer a localização geográfica do usuário de um aparelho telefônico. No presente

---

Ambiental) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 20.

<sup>17</sup> “Rádio é o nome atribuído aos tipos de ondas eletromagnéticas que podem ser utilizadas para o propósito de comunicação. [...] Muitos sistemas de rádio do século XX foram projetados para transmitir som, que é um sinal *analógico*: varia de maneira contínua e normalmente é representado como uma onda. Como a radiação eletromagnética também é uma onda, isso torna os transmissores e os receptores relativamente simples. Utilizado em transmissões ou na telefonia celular, o terminal de rádio converte as ondas sonoras em ondas de rádio e novamente em ondas sonoras. [...] As redes sem fio estão sendo cada vez mais utilizadas para dados de computador, que são inerentemente *digitais* [...] as informações digitais são mais apropriadas para serem utilizadas pelos serviços mais novos, como a telefonia móvel.” (In: DORNAN, Andy. *Op. cit.*, p. 16, 22-3).

<sup>18</sup> GOULART, Marcelo Magalhães. *Monitoramento e controle de tilt e azimute das antenas de estação rádio base da telefonia celular*. 2005. Orientador: Kamal Abdel Radi Ismail. 129 f. Dissertação (Mestrado profissional em Engenharia Mecânica) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2005, p. 18.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 21.

tópico busca-se elencar e dilucidar as legislações que tratam sobre ERB, tanto no âmbito administrativo quanto processual penal, ainda que não utilizem expressamente os termos “Estação Rádio Base”. Por conseguinte, as legislações serão exploradas em ordem cronológica – da mais antiga para a mais recente – e primeiramente as de ordem administrativa e, após, a processual.

No ano de 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) aprovou a Portaria nº 1.533/96 que corresponde à Norma Geral de Telecomunicações, a qual visa regularizar as condições para exploração do Serviço Móvel Celular (SMC)<sup>20</sup>.

Nessa norma, mais especificamente no item 3.12, a autarquia trouxe a explicação técnica do que é a Estação Rádio Base: “Para os fins desta Norma são adotadas as seguintes definições: [...] 3.12. Estação Rádibase [sic] (ERB): estação fixa de SMC usada para radiocomunicação com estações móveis. ”

Em 2007, foi editada a Resolução nº 256 da ANATEL que também dispôs sobre o assunto, qual seja: “3.1. Para os fins desta Norma, além de outras definições legais, aplicam-se as seguintes: [...] X - Estação Rádio Base - ERB: conjunto de um ou mais transmissores e receptores destinado à radiocomunicação com a Estação Terminal de Acesso ETA;”<sup>21</sup>

Portanto, o que se pode notar é que as normas administrativas não visaram a regulamentação da Estação Rádio Base, principalmente no que tange à possibilidade do uso de suas informações em processo judicial quanto à localização geográfica de um usuário de telefone celular, mas, tão somente, trouxe uma definição técnica.

No que diz respeito à normatividade ordinária, o dispositivo legal ora objeto de análise, que potencialmente regulamentaria a utilização das informações referentes à Estação Rádio Base, na seara criminal, é o art. 13-B, do Código de Processo Penal (CPP). Esse artigo foi incluído ao diploma processual pela Lei nº 13.344 de 06 de outubro de 2016.

<sup>20</sup> O significado da sigla SMC é trazido no item 1 da portaria em questão: “Esta Norma tem por objetivo regular as condições gerais para a exploração do Serviço Móvel Celular (SMC) [...]”. (In: ANATEL. Norma geral de telecomunicações NGT nº 20/96. Portaria nº 1.533/96 do Ministério das Comunicações, de 4 de novembro de 1996. Disponível em: <http://legislacao.anatel.gov.br/normas-do-mc/188-portaria-1533>. Acesso em: 01 de maio de 2019).

<sup>21</sup> ANATEL. Resolução nº 465 de 16 de janeiro de 2007. Altera a Norma “Procedimento para Cadastramento, Licenciamento e Recolhimento das Taxas de Fiscalização de Estação de Comutação associada à Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC”, aprovada pela Resolução nº 324, de 7 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/400-resolucao-456#item3.1>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

O artigo sugere intentar a prevenção e repressão ao tráfico de pessoas mirando o amparo e proteção da vítima. As alterações trazidas pela lei ora tratada não mencionam a ERB explicitamente; contudo, a par do exposto no item 01, quando o legislador faz uso dos termos “posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência”, no §1º, do art. 13-B, do CPP, assinala a possibilidade de que o dispositivo abarcaria a tecnologia pertinente à Estação Rádio Base.

Nessa perspectiva, o art. 13-B, do CPP, declara que a localização do indivíduo pode ser obtida por outros métodos além da ERB, ou seja, quaisquer meios que tratem de telecomunicações e/ou telemática. Logo, o dispositivo dispõe não somente das ERBs, mas, também, das demais tecnologias disponibilizadas pelas empresas preconizadas na lei e que permitem a localização geográfica do indivíduo.<sup>22</sup>

O *caput* do artigo 13-B, do CPP, é pontual e especifica a circunstância em que o acesso à localização da vítima ou suspeito pode ser requerido, isto é, limita o requerimento da informação aos crimes relacionados ao tráfico de pessoas. O mencionado artigo, ainda no *caput*, elenca os legitimados a fazer o requerimento: membro do Ministério Público ou delegado de polícia.

Como requisito para acesso aos dados referentes à ERB, o artigo ora tratado condicionada a quebra de sigilo dessas informações ao princípio da reserva de jurisdição, eis que faz uso dos termos “mediante autorização judicial”.<sup>23</sup>

O art. 13-B do Código de Processo Penal traz ainda outras informações que merecem destaque. Com efeito, o §2º elenca algumas limitações nos incisos I e II, respectivamente: é vedado o acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza; o prazo de lei para fornecimento da localização é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período.

Por sua vez, o inciso III menciona que em caso de requisição com período superior a 30 (trinta) dias deve ser apresentada ordem judicial; o que é curioso, pois no *caput* já está expressa a necessidade de autorização judicial. E mais, o inciso II já elenca o prazo máximo de trinta

<sup>22</sup> Sobre o artigo 13-B, do Código de Processo Penal, Nucci escreve: “Quer-se localizar o paradeiro de alguém, por meio de sinais, em sentido amplo, contando com a colaboração de empresas; em primeiro lugar, as que proporcionam serviços de telefonia (celular), mas também outras, como gerenciamento de GPS, envolvendo as seguradoras de veículos, bem como as que possuem condições de localizar computadores pessoais fixos ou móveis.” (In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal [livro eletrônico]*. Forense, 01/2017).

<sup>23</sup> Sobre o tema, Nucci explica: “A pretensão relativa ao art. 13-B, conforme mencionado, depende da interferência do juiz pois haverá intromissão à intimidade e à privacidade.” (*Idem*).

dias. Consta-se, assim, a displicência do legislador ao redigir um dispositivo incoerente e contraditório.

No que tange à formalidade procedimental, o §3º elenca o prazo de 72 (setenta e duas) horas para a instauração de inquérito policial, contado a partir do registro da ocorrência que culminou na requisição da informação quanto à localização geográfica da pessoa.

Por derradeiro, o §4º do mencionado artigo cria a “autorização tácita”, curiosa engenhosidade do legislador que dispôs sobre a requisição direta à empresa prestadora de serviço de telecomunicação e/ou telemática, caso o magistrado não decida no prazo de 12 (doze) horas.<sup>24</sup> Assim sendo, o princípio da reserva da jurisdição descrito no *caput* do artigo foi flexibilizado e compreendido, pela lei infraconstitucional, como mera formalidade. Abrir-se-ia, aqui, o questionamento sobre a obtenção de provas por meios ilícitos, pois se a Constituição Federal exige formalidades para determinadas ingerências na intimidade e vida privada das pessoas, não poderia o Código de Processo Penal informalizar – senão desprezar – o controle do Poder Judiciário no uso da tecnologia para rastreamento de pessoas pelos órgãos incumbidos do *ius persecuendi*.

Do exposto nesse item, verifica-se que a ERB é citada de forma expressa meramente nas normas de ordem administrativa, cujo conteúdo se limita a trazer definições técnicas. Ademais, constata-se que no Código de Processo Penal, especificamente no art. 13-B, de redação relativamente recente, não existe menção expressa à ERB, só podendo essa ser inferida pelos operadores jurídicos que conhecem tal tecnologia e tenham capacidade de especificar, nos requerimentos a serem encaminhados às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemática, quais dados e informações que devem ser exibidos no curso de uma investigação criminal.

<sup>24</sup> Para Pacelli a “autorização tácita” não seria medida ilegal, uma vez que a informação diz respeito à localização de suspeitos e/ou vítimas, não havendo violação de comunicação. Acrescenta o autor que os dados ofendem a intimidade, contudo o rol do artigo elenca crimes equiparados a hediondos de modo que prevalece o denominado *interesse investigativo*. Justifica, ainda, que o legislador tomou as cautelas necessárias, elencando a “autorização tácita” apenas em casos de *omissão*, o que seria escusável diante do caráter de urgência. (In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal [livro eletrônico]*. Atlas, 02/2017). Avena expõe que a intenção do legislador foi boa, todavia evidente a impropriedade legislativa ao legitimar a requisição direta à prestadora de serviços, desde que precedida da provocação do magistrado. (In: AVENA, Norberto Pâncaro. *Processo Penal [livro eletrônico]*. Método, 02/2017). Em sentido diverso, Nucci argumenta que não existe fundamentação legal para o delegado de polícia ou membro do Ministério Público “vasculhar intimidade alheia”, pois a lei ordinária não pode ampliar limites impostos pela Constituição. (Op. cit.).

### 3. A (IN)ADMISSIBILIDADE DO USO DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS POR MEIO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE NO *IUS PERSEQUENDI*

Atualmente, os meios tecnológicos impregnam o cotidiano forense, sendo utilizados amiúde para apurar a ocorrência de crimes; colher indícios sobre a autoria; localizar suspeitos ou vítimas; apreender bens utilizados ou adquiridos ilicitamente etc.

Dentre as tecnologias que vão sendo utilizadas nas fases da *persecutio criminis*, mesmo sem previsão legal e nem explicações nos livros de dogmática processual penal, encontra-se a Estação Rádio Base, que, como já salientado, corresponde à estação fixa do sistema de telefonia móvel acionada por radiocomunicação, a qual permite conhecer a localização geográfica do indivíduo a partir da utilização do aparelho celular.

Devido a essa singularidade, por apontar um indício de autoria junto à materialidade de um possível ilícito penal, a ERB ganhou a simpatia dos atores jurídicos tornando-se uma figura cada vez mais presente nos juízos criminais. Contudo, a ausência de doutrina sobre o tema e abordagens genéricas em escassos julgados faz com que juristas atuem na escuridão quando se trata da validade jurídica do meio probatório oriundo da ERB.

Facilmente confundida como se fosse “interceptação telefônica” ou “quebra de sigilo de dados cadastrais” ou, ainda, “quebra de dados telefônicos”, o fato é que a ERB não pode ser tratada, nem tecnicamente nem juridicamente, como sendo “comunicação”<sup>25</sup> para se permitir, por analogia, o afastamento de sigilo constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso XII. Isso porque, conforme já aludido, a ERB não porta informações de conteúdo humano (palavra falada ou escrita), pois se trata de um subproduto, uma informação incidental do uso do aparelho celular no tocante à localização da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o acesso tecnológico à localização geográfica do indivíduo, via quebra de sigilo da ERB, encontra limitações constitucionais, eis que afetaria direito fundamental, como a intimidade e vida privada<sup>26</sup>, que tem declarada a sua inviolabilidade no

<sup>25</sup> Conforme Aristóteles, a palavra é exclusividade do ser humano: “A natureza, como se afirma frequentemente, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da palavra. E mesmo que a mera voz sirva para nada mais do que uma indicação de prazer ou de dor, e seja encontrada em outros animais (uma vez que a natureza deles inclui apenas percepção de prazer e de dor, a relação entre eles e não mais que isso), o poder da palavra tende a expor o conveniente e o inconveniente, assim como justo e o injusto.” (*In: Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 146).

<sup>26</sup> Apesar da noção de privacidade ter sido contemplada no século XIX (*In: DUBY, Georges. (Org.) História da vida privada 2: da Europa à Renascença*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 09. Título Original: *Histoire de la vie privée*, vol. 2: De l'Europe féodale à la Renaissance), a previsão e

art. 5º, inciso X, da CF<sup>27</sup>, e diz respeito a autonomia do indivíduo de estar só e não ser monitorado pelo Estado.<sup>28</sup>

E mais, diferente das “comunicações” telefônicas, verifica-se que o supramencionado dispositivo constitucional pertinente à intimidade e vida privada não encontra ressalva para ter flexibilizada sua inviolabilidade perante o *ius puniendi* brasileiro, conforme se observa em sua redação: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Portanto, pode-se inferir que o uso da ERB para fins investigativos e probatórios no *ius perseguendi* pode ser considerado meio ilícito, com fundamento no artigo 5º, inciso LVI, da CF e artigo 157 do Código de Processo Penal, pois não há previsão constitucional para que um magistrado permita a violação da intimidade e vida privada da pessoa humana acessando os dados fornecidos pelo seu aparelho móvel celular no que concerne à sua localização geográfica, vez que esta não se confunde com “comunicação” para ser utilizado, por analogia, o artigo 5º, inciso XII, da CF e os procedimentos da Lei nº 9.296/96.

Malgrado a ausência de aporte teórico e reflexão sobre o tema, o legislador infraconstitucional, ao redigir o art. 13-B, do Código de Processo Penal, parece ter criado uma exceção para o acesso às informações referentes à Estação Rádio Base.<sup>29</sup>

Tal norma, aparentemente, trouxe uma perspectiva sobre o tema, mas não elucidou por completo os termos para a utilização da ERB na esfera processual penal, até porque a norma fez alusão genérica e indicativa de interpretação analógica quando permitiria a requisição “[...] às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.”

---

garantia de tais direitos (intimidade e vida privada) somente ganhou espaço no cenário constitucional brasileiro com o advento da Constituição de 1988.

<sup>27</sup> Isso porque, “[...] direitos são manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva ou intersubjetiva, ou, ainda, na relação indivíduo-sociedade.” (In: BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1893, p. 189-90).

<sup>28</sup> Nesse sentido consultar: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 88, 1993, p. 439-459.

<sup>29</sup> O objetivo do presente estudo não é discutir a constitucionalidade, ou não, da Lei nº 13.344/2016 que acrescentou o dispositivo 13-B no Código de Processo Penal. Esse tema é debatido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.642 (In: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5117846>. Acesso em: 07 de maio de 2019), ainda em trâmite.



Para não se argumentar a inutilidade, *in totum*, do artigo 13-B, do CPP por seu desagradável sabor de inconstitucionalidade, sugere-se uma interpretação garantista para a utilização da Estação Rádio Base nas investigações criminais, entre elas a): rol taxativo dos delitos descritos no artigo, qual seja: crimes relacionados ao tráfico de pessoas; b) utilização do axioma garantista *nulla necessitas, nulla iniuria*<sup>30</sup>; c) reserva da jurisdição e; d) prazo.

Quanto ao rol taxativo para o uso dos dados fornecidos pela ERB deve-se entender que a localização geográfica do usuário de aparelho celular somente pode ocorrer nos casos de crimes relacionados com o tráfico de pessoas. A intenção do legislador infraconstitucional é obtusa, não restando claro se a limitação atinge tão somente ao art. 149-A do Código Penal<sup>31</sup> (também incluído pela Lei nº 13.344/2016) ou se abrangeria outros delitos como, por exemplo, descritos no Título IV<sup>32</sup>, Capítulo V<sup>33</sup>, do *Codex Penal*, ou se poderiam ser quaisquer delitos em concurso com tráfico de pessoas.<sup>34</sup>

Propõe-se, nesse caso, a aplicação metódica da Constituição Federal, a partir de uma leitura do artigo 13-B, do Código de Processo Penal, sob a ótica do direito fundamental à intimidade e vida privada (inciso X, art. 5º, CF), tendo por premissa principal a existência do direito não ser monitorada pelo Estado, no caso, por intermédio das Estações Rádio Base.<sup>35</sup> A

151

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 110-1. Título Original: Diritto e ragione.

<sup>31</sup> “Tráfico de Pessoas

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.”

<sup>32</sup> “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”

<sup>33</sup> “DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL” – sem negrito no original.

<sup>34</sup> Para melhor elucidação do tema seria necessário um estudo sobre a *mens legislatoris* da lei ora tratada.

<sup>35</sup> Nesse sentido consultar: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89; PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 25-6.



outra premissa a ser sopesada seria específica: o acesso à informação referente à ERB teria o fim único de evitar e prevenir danos, ou seja, somente teria a finalidade de localizar vítimas ou suspeitos no caso de crimes relacionados com tráfico de pessoas.

Nessa perspectiva, Ferrajoli indica a tese *nulla necessitas, nulla iniuria*, que sugere que “não há necessidade sem ofensa”, que se coadunaria com a excludente de ilicitude entendida como “estado de necessidade” prevista no artigo 23, inciso I, do Código Penal. Isso, para fins do uso da ERB na *persecutio criminis* implicaria no fato que a localização geográfica da pessoa por meio de um aparelho celular serviria, especificamente, para cessar a atividade criminosa de tráfico de pessoas, com o intuito de encontrar e salvar o ofendido; e não uma modalidade de produção probatória.<sup>36</sup> Portanto, poder-se-ia cogitar que o uso da ERB, nesses casos, teria uma excludente de ilicitude na forma de estado de necessidade (artigo 24, do Código Penal), ou seja, viola-se a intimidade e vida privada com o fim de salvaguarda de um direito indisponível alheio (vida, liberdade).

Argumenta-se, ainda, que a regulamentação e a limitação da utilização dos dados da ERB tão somente ao crime de tráfico de pessoas, nas fases da *persecutio criminis*, são necessárias para se impedir que o discurso da proteção contra a prática de crimes e controle social, tentado pelo avanço tecnológico, trague o direito constitucional à intimidade e à vida privada.<sup>37</sup> Não havendo limites postos ao uso dos dados fornecidos pela ERB, correr-se-ia o risco dos órgãos responsáveis pelo *ius puniendi* utilizarem-se da interpretação analógica, com fundamento no artigo 3º, do CPP, possibilitando o Estado a abusar de um poderoso instrumento de vigilância, criando uma verdadeira espionagem regulamentada sob a apologia do furor punitivo.

Destarte, considerando uma leitura constitucional do art. 13-B, do CPP, o afastamento do sigilo constitucional dos dados fornecidos pela ERB ficaria restrito às investigações

<sup>36</sup> O uso dos dados da ERB quanto à vítima de tráfico de pessoas, a princípio não violaria dispositivos constitucionais, pois estar-se-ia tratando de contenção de dano. Nesse sentido o seu uso seria um elemento investigativo consentido tacitamente pelo usuário do telefone celular, mormente porque a vida e a liberdade são direitos individuais indisponíveis, na forma do artigo 5º, *caput*, da CF e o tráfico de pessoas é de ação penal pública incondicionada.

<sup>37</sup> “O discurso jurídico-penal que se nutre de considerações acerca do controle da criminalidade é legítimo. Afinal de contas, é a Constituição da República que promete segurança a todos os indivíduos, sem a distinção de qualquer natureza. No entanto, este discurso é inadequado quando se trata de direitos fundamentais. Estes limites estão dados na Constituição e se dirigem ao legislador, de modo a conformar a sua atuação, bem como também são ditadas ao juiz.” (In: PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 40-1).



criminais para fins de salvar pessoas de perigo atual decorrente do tráfico de pessoas. Disso conclui-se que os dados fornecidos pela ERB não podem ser requisitados com intuito de produção probatória em processos criminais, sendo que, sua utilização, nesse caso, implicaria em prova obtida por meio ilícito, a qual é vedada pelo inciso LVI, art. 5º, da Constituição Federal.<sup>38</sup>

Ainda, a autorização judicial, como requisito declarado para o afastamento do sigilo da ERB, é elencada no *caput* do art. 13-B, CPP. Todavia, conforme abordado no item 2, a redação do artigo se mostra contraditória, pois no §2º, inciso III, dá a entender que a autorização judicial somente seria necessária para afastamento de sigilo superior a 30 (trinta) dias. Outrossim, o §4º concebe a “autorização tácita”, sugerindo uma inimaginável desnecessidade de autorização judicial para violação de um direito pertinente à intimidade e vida privada de pessoas.

Dessa maneira, o legislador demonstrou atecnia e trouxe incerteza na aplicação do princípio da reserva de jurisdição no presente caso, propondo uma flexibilidade em uma formalidade essencial quando se trata de invasão na esfera da intimidade e vida privada da pessoa humana. Porém, independente da redação imprecisa, o afastamento de direito constitucional, qual seja, o da intimidade, deverá ser precedido sempre de autorização judicial<sup>39</sup>

<sup>38</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

<sup>39</sup> Acerca da questão: “Informações como os códigos IMSI e IMEI do usuário, seu IP fixo, sua localização apurada por ERB ou GPS de forma não vinculada a uma comunicação concreta constituem dados nos quais o indivíduo deposita uma legítima *expectation of privacy*, pelo que não se tem dúvida em afirmar que o acesso a estes, embora submetido à proteção geral à intimidade (art. 5º, X, CF), dependerá também de autorização judicial.” (In: SIDI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 312). Pacelli, por sua vez, defende que “[...] a adoção de quaisquer providências que estejam protegidas pelas cláusulas da reserva da jurisdição, isto é, que digam respeito ao tangenciamento dos direitos fundamentais das pessoas, deverá vir precedida de ordem judicial.” (In: *Op. cit.*). Nessa linha, Rosa e Minagé entendem que “[...] os direitos fundamentais individuais precisam ter a devida segurança de que não podem ser violados por qualquer fundamento, daí a reserva de jurisdição para o respectivo deferimento. Inverter a lógica da autorização irrestrita é tornar letra morta o fundamento do Estado Democrático de Direito.” (In: *Interceptação telefônica – O jogo (sujo) na interceptação: compartilhamento e barriga de aluguel*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 18). Finalmente, na perspectiva de Câmara: “Nosso sistema probatório tem, dentre suas características, a marca da intervenção judicial, à guisa de garantidor, nos casos de provas de obtenção restrita. Tais provas são aquelas que decorrem de restrições ou violações legalmente autorizadas de inviolabilidades ou garantias constitucionais.” (In: CÂMARA, Jorge Luís. *A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 240).

– o que garante certo controle por parte do magistrado, cuja função é coordenar e decidir o jogo processual, garantindo o cumprimento das regras.<sup>40</sup>

Enfim, o derradeiro requisito, definição de prazo, consta na redação do inciso II, §2º, art. 13-B, CPP: 30 (trinta) dias, renovável por igual período. A fixação de um prazo é de suma importância, demonstrando o caráter temporário do afastamento de um direito fundamental (intimidade e vida privada).<sup>41</sup>

Portanto, considerando que o sigilo das informações relativas à ERB não concerne à “comunicação”, entende-se que a localização geográfica da pessoa humana por meio de tal tecnologia é protegida pelo inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, e, assim, torna-se ilícita a utilização de tais informações como meio probatório para se formar a culpa no processo penal. Porém, quando se trata especificamente do crime de tráfico de pessoas, por expressa previsão legal e atendido o princípio da reserva da jurisdição, poderão ser requisitados dados fornecidos pelas ERBs, por prazo determinado, para fins de prevenção de danos, ou seja, buscar salvar direitos indisponíveis da pessoa humana.

154

## CONCLUSÃO

Os dados oriundos da Estação Rádio Base permitem saber, por meio do uso de um aparelho telefônico móvel, a localização da pessoa humana no globo terrestre com o respectivo horário. Quando do surgimento de tal tecnologia, o uso das informações fornecidas pelas ERBs não possuía nenhuma regulamentação, apenas sendo encontradas algumas características técnicas definidas por resoluções da ANATEL.

Foi visto, no presente trabalho, que a ERB não pode ser tratada como se fosse comunicação telefônica ou dados telefônicos, e, portanto, não encontra amparo na exceção constitucional do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal e, conseqüente, também não possui regulamentação analógica pela Lei nº 9.296/96, tornando o princípio da reserva da jurisdição pertinente à comunicação humana para fins penais inaplicável quando se trata de localização de determinado indivíduo para fins penais.

<sup>40</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 39.

<sup>41</sup> Nesse sentido consultar: PRADO, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 31)



Nessa linha de raciocínio, as informações obtidas por meio das ERBs estariam inseridas na proteção do art. 5º, inciso X, da Constituição, impedindo os órgãos estatais responsáveis pelo *ius puniendi* de ter acesso a tais informações sob pena de monitoração e, portanto, violação à intimidade e vida privada da pessoa humana. Dessa forma, malgrado surja autorização judicial para o fornecimento, nos autos de processo penal, de informações a respeito da localização geográfica de um eventual acusado como elemento probatório de algum ilícito penal, tal informação merece ser considerada como obtida por meio ilícito e desentranhada dos autos, com fundamento no artigo 5º, inciso LVI, da CF e artigo 157 do CPP, pois inadmissível analogia *in malam partem* no processo de formação de culpa, mormente quando se trata de direito fundamental.

Por outro lado, quanto à questão da admissibilidade ou não das informações obtidas por meio das ERBs na fase investigativa do *ius perseguendi*, a Lei nº 13.344/16 – que incluiu o artigo 13-B no Código de Processo Penal –, deu visibilidade ao tema e parece ter permitido o fornecimento, pelas empresas prestadoras de serviço de telecomunicação e/ou telemática, de informações que permitem a localização geográfica de vítimas ou suspeitos de tais ilícitos penais.

Com fundamento nesse artigo de lei e análise constitucional com o marco teórico garantista, entende-se que o uso das informações fornecidas pela ERB na investigação criminal não possui o escopo de produzir elemento probatório para fins de processo penal contra o acusado, mas sim regulamentou o uso de um meio hábil de se buscar e salvar eventuais vítimas de perigo atual decorrente, especificamente, do crime de tráfico de pessoas. Assim, a construção teórica para a legitimação do uso da ERB no *ius perseguendi* brasileiro encontraria solo mais fértil no instituto da excludente de ilicitude prevista nos artigos 23, inciso I e 24, do Código Penal (estado de necessidade), do que a questionável legitimação do uso da ERB como meio probatório no âmbito processual penal.

Finalmente, malsina-se que o artigo 13-B, do CPP, possui redação contraditória e eventualmente inconstitucional, por flexibilizar – indevidamente – o princípio da reserva da jurisdição; mas, a despeito de tal vício, conclui-se que uso dos dados fornecidos pela ERB, no *ius perseguendi*, é possível, desde que seja relacionado especificamente ao crime de tráfico de pessoas; que tenha por finalidade localizar vítima ou suspeita de tal ilícito e que seja precedido de autorização judicial por prazo máximo de 30 dias.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- AVENA, Norberto Pâncaro. *Processo Penal [livro eletrônico]*. Método, 02/2017.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal [livro eletrônico]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1893.
- CÂMARA, Joge Luis. *A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- DORNAN, Andy. *Wireless communication: o guia essencial da comunicação sem fio*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- DUBY, Georges. (Org.) *História da vida privada 2: da Europa à Renascença*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 09. Título Original: *Histoire de la vie privée*, vol. 2: *De l'Europe féodale à la Renaissance*.
- FARIA, Ernesto. (Org.) *Dicionário Escolar latino-português*. Rio de Janeiro: Ministério da educação e cultura, 1962.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Título Original: *Diritto e ragione*.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 88, 1993, p. 439-459.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvío. *Interceptação telefônica: comentários a Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOULART, Marcelo Magalhães. *Monitoramento e controle de tilt e azimute das antenas de estação rádio base da telefonia celular*. Orientador: Kamal Abdel Radi Ismail. 2005. 129 f. Dissertação (Mestrado profissional em Engenharia Mecânica) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalhos científicos. São Paulo: Atlas, 1992.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal [livro eletrônico]*. Forense, 01/2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal [livro eletrônico]*. Atlas, 02/2017.

PADUELI, Margarete Ponce. *As estações rádio base na cidade de São Paulo: uma abordagem sobre os riscos e uma contribuição para os sistemas de gerenciamento*. Orientador: Nelson Gouveia. 2012, 249 f. Tese (Ciência Ambiental) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; MINAGÉ, Thiago Miranda. *Interceptação telefônica – O jogo (sujo) na interceptação: compartilhamento e barriga de aluguel*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações temáticas no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ANATEL. *Norma geral de telecomunicações NGT nº 20/96*. Portaria nº 1.533/96 do Ministério das Comunicações, de 04 de novembro de 1996. Disponível em: <http://legislacao.anatel.gov.br/normas-do-mc/188-portaria-1533>. Acesso em 01 de maio de 2019.

ANATEL. *Resolução nº 465 de 16 de janeiro de 2007*. Altera a Norma “Procedimento para Cadastramento, Licenciamento e Recolhimento das Taxas de Fiscalização de Estação de Comutação associada à Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC”, aprovada pela Resolução nº 324, de 7 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/400-resolucao-456#item3.1>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 07 de maio de 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.296, 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 02 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.334, 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art11). Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.642*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5117846>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Juíza Relatora. EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DECISÃO JUDICIAL QUE ORDENA À CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA QUE FRANQUEIE A INVESTIGADORES POLICIAIS - SEM QUALQUER CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO - O ACESSO IMEDIATO DE POSICIONAMENTOS DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE (ERB'S), BILHETAGEM E DADOS CADASTRAIS DE TELEFONES FIXOS E CELULARES. ORDEM GENÉRICA QUE ABRANGE, EM TESE, TODOS OS USUÁRIOS DA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ART. 5º, INC. XII DA CF/88. DIREITO DE SIGILO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE QUE NÃO ALCANÇA APENAS O CONTEÚDO DA LIGAÇÃO TELEFÔNICA, MAS TAMBÉM OS NÚMEROS E IDENTIFICAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS, HORÁRIOS DAS CHAMADAS E DURAÇÃO DE CADA UMA DELAS. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA MAS QUE, PARA SER AFASTADA, REQUER FUNDAMENTAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DO CIDADÃO CUJO SIGILO FOI AFASTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. INTERESSE PROCESSUAL DA PACIENTE EM OBTER A ORDEM, PARA EVITAR EVENTUAL E FUTURA RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO AOS DEMAIS DESTINATÁRIOS DA MESMA DECISÃO DE INTERCEPTAÇÃO. 1. Há interesse processual de paciente em postular ordem





de habeas corpus quando evidenciado o potencial perigo de, na hipótese de não atender de imediato à ordem judicial cuja legalidade questiona, possa ser responsabilizada criminalmente pelo crime de desobediência. 2. O acesso ao posicionamento das ERBs (Estações Rádio Base) permite ao detentor da senha e login concedidos pela concessionária de telefonia identificar a localização geográfica aproximada do usuário do telefone celular. 3. De posse da bilhetagem e dos dados cadastrais, o agente é informado: (a) para quem o usuário telefonou; (b) quem telefonou para o usuário; (c) a data, horário e duração de cada uma destas chamadas. 4. O direito de sigilo não se restringe ao teor das conversas telefônicas mas também aos números para os quais o usuário ligou, os horários e duração das chamadas. 5. O direito de sigilo não é absoluto. A própria Constituição Federal ressalva a possibilidade de ser afastado por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O direito de sigilo não deve se prestar ao acobertamento de práticas delituosas que devem ser apuradas pela autoridade competente. Contudo, tal situação, conveniência e necessidade devem ser demonstradas previamente. 6. A regra é a manutenção das garantias constitucionais do cidadão - dentre as quais o direito de sigilo - e o afastamento de tais garantias constitui-se na exceção. Por isso, o afastamento do sigilo de dados deve ser devidamente fundamentado no pronunciamento judicial que o defere. Habeas Corpus nº 471.066-1. Impetrante: Advogado Douglas Fernandes de Moura; Paciente: Elma Elize Miotto Andrioli; Impetrado: Juiz de Direito da Vara Criminal de Francisco Beltrão. Relator: Lilian Romero. Data da publicação: 04/04/08. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1657042/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-471066-1>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

159

Submissão: 16/02/2018

Aceito para Publicação: 24/05/2019



## A SUPRAESTATALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE: A ILICITUDE DA INEFETIVIDADE COMO PARADIGMA DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES

*THE FUNDAMENTAL RIGHTS SUPRANATIONALITY AND THE INSUFFICIENT'S PROTECTION PROHIBITION: THE INEFFECTIVENESS ILLEGALITY AS A PARADIGM FOR THE APPLICATION OF PENALTIES*

George Sarmiento\*

Hugo Marinho Emidio de Barros\*\*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto o estudo dos direitos fundamentais sob uma análise das suas concepções em relação ao problema da inefetividade. O objetivo deste artigo é demonstrar como a supraestatalidade dos direitos fundamentais e os modernos contornos atribuídos ao princípio da proibição da proteção insuficiente agem no combate ao problema da inefetividade por meio do estabelecimento de sanções. Para tanto, utiliza-se de pesquisa doutrinária com intuito de apresentar os parâmetros essenciais quanto à constituição da inefetividade como ato ilícito passível de sanção no desenvolvimento de um modelo teórico que assegure uma proteção mais efetiva aos direitos humanos. Assim, considerando as configurações inerentes aos direitos fundamentais e sua proteção, é imprescindível o fomento ao debate quanto ao tema, uma vez que à inefetividade deve ser aplicada uma sanção compatível ao constrangimento necessário do ente público na efetiva prestação desses direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Supraestatalidade. Princípio da proibição da proteção insuficiente. Inefetividade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A teoria dos direitos fundamentais e sua perspectiva de supraestatalidade em Pontes de Miranda. 2. O princípio da proibição da proteção insuficiente como corolário de uma proteção efetiva dos direitos fundamentais. 3. O problema da inefetividade dos direitos fundamentais como ato ilícito passível de sanção. Conclusão. Referências.

**ABSTRACT:** The present work aims at the study of fundamental rights under an analysis of their conceptions regarding the problem of ineffectiveness. The purpose of this article is to demonstrate how the supranationality of fundamental rights and the modern contours attributed to the principle of insufficient protection prohibition acts on the problem of ineffectiveness through the establishment of sanctions. To do so, it is used doctrinal research in order to present the essential parameters regarding the constitution of ineffectiveness as an unlawful act punishable in the development of a theoretical model that ensures a more effective protection of human rights. Thus, considering the inherent configurations of fundamental rights and their protection, it is essential to promote the debate on the subject, since to the ineffectiveness a sanction compatible with the necessary constraint of the public entity in the effective provision of these rights must be applied.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Supranationality. Principle of insufficient protection prohibition. Ineffectiveness.

161

### INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos fundamentais, por vezes, exige uma prestação positiva do Estado no intuito de efetivá-los da melhor forma possível, em especial no que tange aos direitos sociais que, em suma, constituem os direitos de caráter prestacional. No entanto, as dificuldades

\* Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pernambuco. Pós-doutor em Direito pela Université Aix-Marseille, França. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Alagoas.

\*\* Mestrando no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Alagoas.



apresentadas pelo Estado na consecução desse objetivo tornaram comum a inefetividade na proteção desses direitos por  $n$  razões como, por exemplo, questões de ordem orçamentária, política, econômica, ideológica etc.

Ademais, as noções clássicas de soberania, bem como os interesses de cada governo que assume um determinado país muitas vezes se contrapõem aos interesses do próprio Estado quando da efetivação de um tratado do qual é signatário, em especial os que tratam dos direitos humanos.

O objetivo deste trabalho consiste na análise da supraestatalidade dos direitos fundamentais e do princípio da proibição da proteção insuficiente como meios de assegurar maior efetividade à proteção desses direitos. As alterações observadas nos cenários internos e internacional, bem como os contornos atribuídos aos direitos humanos, exigem uma postura mais atuante do sistema internacional e interno de proteção, em especial quando se trata de questões comuns e compartilhadas por diversos Estados.

Para tanto, primeiramente, é apresentada a teoria dos direitos fundamentais, enfatizando a supraestatalidade desses direitos no sistema normativo e seus reflexos na atuação dos sistemas de proteção. Após, é apresentado o posicionamento da doutrina brasileira acerca do desenvolvimento do princípio da proibição da proteção insuficiente e sua utilização na busca por uma proteção mais efetiva. Por último, é apresentada a classificação dos atos ilícitos e o estabelecimento de sanções em face da constatação de inefetividade na proteção dos direitos fundamentais.

No intuito de cumprir tal intento, utiliza-se como paradigmas o caso *Ximenes Lopes vs Brasil* no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar como a supraestatalidade dos direitos fundamentais e o princípio da proibição da proteção insuficiente fundamentam as sanções impostas aos Estados na busca por maior efetividade da proteção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o debate quanto ao problema da inefetividade da proteção aos direitos fundamentais se apresenta relevante, no intuito de fomentar a busca por soluções viáveis e duradouras para a efetivação desses direitos.

## 1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PERSPECTIVA DE SUPRAESTATALIDADE EM PONTES DE MIRANDA

No âmbito da teoria dos Direitos Fundamentais, este tópico irá abordar os seguintes aspectos: a) A teoria tradicional quanto aos direitos fundamentais; b) a perspectiva de Pontes de Miranda acerca da supraestatalidade dos direitos fundamentais; c) a internacionalização dos direitos fundamentais e os sistemas de proteção desenvolvidos.

### 1.1.A teoria tradicional quanto aos direitos fundamentais:

Quando se aborda a evolução histórica dos direitos humanos na ordem internacional, é comum a identificação de fases que contribuíram para solidificar o conceito e o regime jurídico desses direitos<sup>1</sup>. Inicialmente, observa-se que os direitos humanos eram lastreados em teorias jusnaturalistas, sob as quais o ser humano seria detentor de direitos inerentes a sua própria condição humana o que impediria o Estado de restringir ou subtrair tais direitos<sup>2</sup>.

É nesse contexto que se inserem as revoluções liberais inglesa, americana e francesa quando da reivindicação do reconhecimento dos direitos contra os abusos dos Estados, apresentando o segundo momento dessa evolução: a positivação dos direitos humanos nas ordens internas de cada Estado em razão das reivindicações burguesas quando da elaboração das primeiras constituições<sup>3</sup>.

Decerto, a fase das revoluções é um marco, uma vez que apresenta a primeira e clara afirmação histórica dos Direitos Humanos e, assim, inaugura a 1ª geração de direitos da chamada Teoria das Gerações dos Direitos Humanos, a qual possui como parâmetro a “evolução histórica dos direitos humanos na ordem jurídica supra estatal e nas Constituições dos Estados contemporâneos. Preconiza que o processo de criação de direitos humanos é contínuo e inesgotável.”<sup>4</sup>

<sup>1</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 26.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29

<sup>3</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38-40.

<sup>4</sup> SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. IN: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). *Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares*. p. 109-128. Maceió: EDUFAL, 2012. p. 110.

Neste ponto, cumpre destacar que a teoria das gerações dos direitos humanos parte das ideias difundidas pelo jurista francês Karel Vasak. Segundo Ramos<sup>5</sup>, foi durante uma Conferência em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, França, que Vasak classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma possuindo características próprias.

Ao longo dos anos os Direitos Humanos foram estruturados com fundamento no conceito de três gerações/dimensões de direitos desenvolvido por Vasak, sendo este conceito ampliado posteriormente em pelo menos quatro gerações de direitos<sup>6</sup>. A 1ª Geração encontra na liberdade o seu elemento axiológico preponderante. Consiste nas liberdades públicas e direitos políticos, tendo como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789.

As liberdades públicas, também denominadas direitos civis ou direitos individuais, são prerrogativas que buscam a proteção da integridade física, psíquica e moral contra ingerências ilegítimas, abuso de poder e outras arbitrariedades do Estado, atuando na dimensão individual e protegendo a autonomia do indivíduo, impondo ao Estado um dever de abstenção.

Os direitos de 2ª geração consistem nos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, possuindo marco no período pós-primeira guerra mundial na concepção teórica do Estado do bem-estar social. Se os Direitos de 1ª geração impõem uma atuação negativa por parte do Estado, os de 2ª geração passam a exigir uma atuação positiva do ente estatal, visando assegurar igualdade de oportunidades a todos.

No caso, observa-se que esses direitos obrigam a intervenção do poder público no intuito de assegurar as condições básicas essenciais de saúde, educação, habitação, transporte, trabalho, lazer etc., por meio de políticas públicas e ações afirmativas efetivas e eficientes.

Com relação aos direitos de 3ª geração, estes consistem nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais tem como pressuposto a proteção de grupos sociais vulneráveis e preservação do meio ambiente, sendo reconhecidos nos textos constitucionais a partir da década de 1960. No caso, são os direitos de titularidade da comunidade, como o direito

<sup>5</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

<sup>6</sup> SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. IN: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). *Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares*. p. 109-128. Maceió: EDUFAL, 2012. p. 110-111.

ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado.<sup>7</sup>

Os direitos dessa geração se caracterizam em razão de sua transindividualidade e indivisibilidade. São transindividuais em razão de somente poderem ser exigidos em ações coletivas, uma vez que seu exercício está condicionado à existência de um grupo determinado ou não de pessoas titulares do mesmo direito. A indivisibilidade se caracteriza tendo em vista que não podem ser fracionados entre os titulares. Assim, constata-se que a satisfação desses direitos beneficia indistintamente a todos, ao passo que sua violação é prejudicial na mesma medida à totalidade das pessoas<sup>8</sup>.

Por último, a 4ª geração dos direitos humanos ainda se encontra em curso e consiste nos direitos da bioética e direito da informática. No entanto, as opiniões são divergentes quanto à existência ou não dessa geração de direitos. Segundo Ramos<sup>9</sup>:

Posteriormente, no final do século XX, há aqueles, como Paulo Bonavides, que defendem o nascimento da quarta geração de direitos humanos, resultante da globalização dos direitos humanos, correspondendo aos direitos de participação democrática (democracia direta), direito ao pluralismo, bioética e limites à manipulação genética, fundados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas de particulares ou do Estado.

No entanto, independente do consenso ou não quanto à existência de mais uma geração de direitos humanos, é um fato inegável que a dinâmica social invariavelmente nos guia para o reconhecimento de cada vez mais direitos humanos. Neste ponto, George Sarmento<sup>10</sup> aduz que:

Os direitos humanos não são estanques ou incomunicáveis, mas complementares e conexos: integram-se uns aos outros para realizar o ideal de dignidade humana. O vocábulo “geração” nos remete à ideia de direitos sob a mesma inspiração axiológica, que surgem em dado espaço temporal e continuam a se reproduzir de acordo com as etapas evolutivas da civilização.

Ademais, os direitos humanos são, decerto, direcionados pela busca e consolidação da dignidade humana, os quais estabelecem um ambiente favorável à sua proteção<sup>11</sup>. De fato, a dignidade humana é o caráter norteador dos direitos humanos, uma vez que esses surgem por

<sup>7</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

<sup>8</sup> SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. IN: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). *Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares*. p. 109-128. Maceió: EDUFAL, 2012. p. 117.

<sup>9</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

<sup>10</sup> SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. IN: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). *Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares*. p. 109-128. Maceió: EDUFAL, 2012. p. 110.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

meio de construção histórica buscando essa proteção<sup>12</sup>. Assim, os direitos humanos encontram-se previstos na ordem internacional com o objetivo de proteger a dignidade humana, ou seja, tais direitos devem ser construídos em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

Nesse contexto, observa-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, em seu art. 1º, “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”, reconhecendo a primazia da dignidade humana. Igualmente, os dois Pactos Internacionais, sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos sociais, econômicos e culturais, da Organização das Nações Unidas têm idêntico reconhecimento, no preâmbulo, da “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Do mesmo modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 5º, exige o devido respeito à “dignidade inerente ao ser humano”.<sup>14</sup>

De acordo com Ramos<sup>15</sup>:

[...] De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes conteúdo ético. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção. Há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O elemento negativo consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. [...] Já o elemento positivo do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano.

No mesmo sentido, Piovesan<sup>16</sup> afirma que os direitos humanos possuem uma ética que visa reconhecer o outro como um ser merecedor de igual consideração e respeito, capaz de desenvolver suas potencialidades de maneira livre, autônoma e plena, sendo esta ética, alicerçada na afirmação da dignidade e prevenção ao sofrimento humano, assegurada pelo Direito.

<sup>12</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

<sup>15</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.



Dessa forma, não restam dúvidas quanto ao caráter orientador e fundamental do princípio da dignidade humana na construção e reconhecimento dos direitos humanos ao longo de sua evolução histórica.

## 1.2. A perspectiva de Pontes de Miranda acerca da supraestatalidade dos direitos fundamentais:

Pontes de Miranda foi o primeiro jurista a esboçar uma teoria dos direitos fundamentais no Brasil, tendo em vista a necessidade de comprometimento dos governos com a efetivação dos direitos humanos como meio de promoção do desenvolvimento e da justiça social.

Segundo Pontes de Miranda, no âmbito do Estado coexistem duas ordens jurídicas: o Direito das gentes e do Direito interno. No que concerne ao Direito interno ou Direito estatal, seria aquele realizado pelo Estado, tanto na aplicação intraterritorial quanto extraterritorial. Em outras palavras, constitui o ordenamento jurídico que regula a conduta humana em cada Estado, incidindo no âmbito de um território específico ou sobre determinadas pessoas.<sup>17</sup>

Em contrapartida, o Direito das gentes “aspira à efetividade universal, conceitua-se como universal e, direito da mais larga esfera jurídica da Terra, exerce a distribuição das competências, fixa os próprios limites, determina a própria intensidade”<sup>18</sup>.

Assim, observa-se que o estudo dos direitos fundamentais pressupõe a existência de duas ordens jurídicas: a supraestatal e a estatal. A primeira corresponde ao chamado direito internacional, ao passo que a segunda seria o direito nacional, isto é, aquele interno de cada Estado<sup>19</sup>.

Em verdade, o Estado é fato jurídico que decorre da incidência das normas de direito internacional público, uma vez que só existe como Estado quando há simetria com a ordem jurídica supraestatal pré-existente, a qual é ordem periférica e sobreposta aos demais Estados.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935, p. 9-10.

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed.

São Paulo: RT, 1970, p. 217.

<sup>19</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, tomo I*. São Paulo: RT, 1970, p. 45.

Esta simetria é alcançada por meio da concretização dos fatos previstos pelas normas supraestatais, ou seja, quando verificado que o suporte fático é suficiente para a incidência normativa, a comunidade passa a ser dotada de personalidade de direito internacional público, constituindo-se o Estado<sup>20</sup>.

Por essa perspectiva, a ordem jurídica supraestatal constitui o verdadeiro fundamento de existência e de validade das ordens jurídicas nacionais. As normas de direito internacional contidas nos diversos Tratados obrigam os Estados a promover medidas necessárias para torná-las executórias no plano do direito interno.

Decerto, os Tratados traduzem o consenso e a convergência de interesses, vinculando os Estados à cláusula *pacta sunt servanda*, sendo tais normas legitimadas pela comunidade internacional, possuindo não apenas força de incidência como também prescrevendo os mais diversos efeitos jurídicos.

De acordo com Pontes, o direito supraestatal é universal, incidindo sobre todos os Estados e, conseqüentemente, distribui competências, fixa limites, revela direitos humanos fundamentais, estabelece sanções, etc. De fato, trata-se do direito de mais larga esfera jurídica, uma vez que a universalidade lhe assegura hierarquia superior às ordens jurídicas estatais<sup>21</sup>.

Para Pontes<sup>22</sup> “a submissão dos Estados a regras de direito das gentes significa que desapareceu, juridicamente, a noção de independência absoluta deles: passaram a ser ordens parciais de direito, relativamente independentes”.

A Teoria Ponteano é enfática ao declarar a submissão dos Estados às regras de Direito das gentes, no qual se incluem os Direitos Fundamentais. No caso, observa-se que quando da formalização, assinatura e ratificação dos Tratados de Direitos Humanos, a abdicação de parcela da soberania Estatal já era prevista por Pontes.

Ademais, Pontes faz ressalvas à autonomia constitucional, devendo esta ser entendida como relativa, uma vez que o poder constitucional do Estado se encontra subordinado aos

<sup>20</sup> SARMENTO, George. Direitos fundamentais supra-estatais: paradigma de validade das normas constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, v. 1, n. 1, Recife, OAB/PE, 1997, p. 226.

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I. São Paulo: RT, 1970, p. 216.

<sup>22</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I. São Paulo: RT, 1970, p. 216.

princípios de Direitos das gentes<sup>23</sup>. A questão da subordinação do Direito das gentes, inclusive quanto ao poder constitucional, perpassa por uma reformulação do conceito de soberania. A soberania entendida como um poder superlativo é atributo da comunidade supraestatal, cabendo aos Estados apenas o exercício de competência que lhes é conferida.

De acordo com Pontes<sup>24</sup>, a ideia de soberania não seria mais que “o branco, deixado pelo direito supraestatal (...), branco assaz variável no tempo, no sentido da evolução decrescente”.

Destaca-se, ainda, que da análise quanto à questão da técnica de incorporação do Direito das gentes nos textos constitucionais, Pontes afirma que a positivação nas respectivas Constituições de cada Estado é útil, tendo em vista a acentuação da subordinação do legislador aos princípios do Direito das gentes comum. No entanto, não se apresenta necessária, uma vez que seu caráter seria meramente declaratório, não havendo constituição ou criação de um direito novo<sup>25</sup>. Para o autor, o direito das gentes possui uma dimensão maior e não se limita apenas aos tratados, não se confundindo, assim, com o direito internacional público.

Assim, Pontes<sup>26</sup> afirma que “é impossível negar o valor e a eficácia da construção axiológica do direito das gentes. Os direitos fundamentais das pessoas de direito das gentes não suportam negação: apenas se precisam ou se co-estreitam no sentido de maior realização do direito justo”.

Em verdade, a supraestatalidade é considerada por Pontes como uma das técnicas que asseguram uma proteção efetiva dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional, servindo de fundamento para o direito interno, bem como um meio de estabilização das Constituições.

Igualmente, para o Professor Dr. George Sarmento<sup>27</sup>, a perspectiva de supraestatalidade dos direitos fundamentais apresentada por Pontes de Miranda resulta no fato de que a

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 79.

<sup>24</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 91.

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 227.

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 223.

<sup>27</sup> SARMENTO, George. *Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. Mimeo, p. 16.

Constituição, na verdade, servirá como meio de declará-los inseridos no ordenamento jurídico, apenas reforçando para o Estado o seu dever internacional firmado quanto à proteção e garantia dos Direitos Fundamentais.

Por fim, destaca-se que Pontes de Miranda não adere à divisão tradicional dos direitos fundamentais em gerações/dimensões. Para o autor, o que se tem são técnicas de conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, havendo duas classes: a) as normas de fundo (associadas ao conteúdo da ordem estatal) e; b) as normas de forma (estabelecem o modo pelo qual a ordem estatal é organizada).

Em relação às normas de fundo, Pontes de Miranda<sup>28</sup> cita como pertencentes a esse grupo a liberdade e a igualdade. No que tange à solidariedade, direito de terceira dimensão pela doutrina predominante, aduz que esses direitos, concernentes a prestações positivas do Estado, são de origem socialística, sendo tais direitos ainda estatais, isto é, intraestatais, não tendo ainda apresentado a supraestatalidade e, por isso mesmo, não se apresentado a devida eficiência. Por outro lado, como norma de forma, tem-se a democracia, único contexto capaz do Estado concretizar os direitos fundamentais.

170

### **1.3. A internacionalização dos direitos fundamentais e os sistemas de proteção desenvolvidos:**

Com relação à internacionalização dos direitos humanos, até meados do século XX, o Direito Internacional possuía apenas normas internacionais esparsas. Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional busca se assegurar que as atrocidades cometidas jamais se repitam por meio da regulamentação da questão dos direitos humanos na ordem internacional.

Assim, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está interligada à nova organização da sociedade internacional. Decerto, havia na época uma necessidade de assegurar direitos essenciais não somente no âmbito interno por meio das Constituições, mas também no âmbito internacional, possibilitando uma proteção universal dos direitos humanos, ou seja,

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: RT, 1970, p. 629.



fazia-se necessária uma afirmação de que tais direitos eram inerentes não apenas aos cidadãos de um determinado Estado, mas sim a todos os seres humanos<sup>29</sup>.

O marco dessa nova etapa do Direito Internacional é a criação da Organização das Nações Unidas - ONU por meio da Conferência de São Francisco em 1945. No entanto, a Carta da ONU não listou o rol dos direitos considerados essenciais, razão pela qual foi elaborada em 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos, documento que inaugura a afirmação universal dos Direitos Humanos na ordem internacional<sup>30</sup>.

Portanto, por meio da adoção da Declaração de 1948, houve o comprometimento dos Estados não apenas em reconhecer os direitos elencados, mas também em assegurar a proteção, respeito, garantia e promoção destes direitos. Após, em 1966, foram elaborados o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, conjuntamente com a Declaração de 1948, constituem a base normativa universal de proteção aos Direitos Humanos.

O processo de internacionalização continua ao longo dos anos com o objetivo claro de aperfeiçoamento da proteção aos Direitos Humanos por meio da assinatura de diversos tratados como, por exemplo, a Convenção contra a Tortura, e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984; a Convenção sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990 entre outros<sup>31</sup>.

Igualmente, identifica-se nesse período pós 1945 a criação e desenvolvimento de mecanismos de proteção aos Direitos Humanos que foram sendo reconhecidos, com o intuito de assegurar a efetivação desses Direitos por meio da responsabilização dos Estados no âmbito internacional.

No caso, o processo de universalização dos direitos fundamentais permitiu a formação de um sistema internacional de proteção concretizado por meio de tratados internacionais. Decerto, este sistema expressa a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados,

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191-193.

<sup>30</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

<sup>31</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260-263.

no âmbito de um consenso internacional sobre temas relacionados à dignidade humana quanto a um “mínimo ético irreduzível”.

De acordo com Piovesan<sup>32</sup>, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos apresenta diferentes âmbitos de aplicação e, em decorrência deste fato, fala-se em sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos.

No âmbito global, a proteção dos Direitos Humanos é realizada por órgãos internacionais e, especialmente, pela ONU que possui órgãos próprios e de apoio administrativo e técnico, bem como órgãos criados por diversos tratados voltados à proteção de direitos humanos. Este conjunto compõe o chamado sistema global ou universal de proteção.

Nesse sentido, observa-se que o campo de atuação do aparato global de proteção não se restringe apenas a determinada região, isto é, pode alcançar qualquer Estado integrante da ordem internacional que expresse consentimento quanto aos instrumentos internacionais de proteção.

Já no âmbito Regional, particularmente na América, Europa e África, os sistemas de proteção buscam internacionalizar os direitos humanos. No que concerne à região Americana, em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de pacto de San José da Costa Rica, era adotada e assim nasceu o sistema interamericano de proteção, juntamente com o aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

Ante o exposto, é possível notar que a evolução dos instrumentos normativos e dos sistemas de proteção aos direitos humanos implicaram em certa abdicação dos Estados de parte de sua soberania. De acordo com Soares<sup>33</sup>:

A internacionalização dos direitos humanos implicou, conseqüentemente, em um reexame dos valores da soberania, pois os direitos humanos deixaram de pertencer ao domínio reservado dos Estados e estes passaram a submeter-se ao controle da comunidade internacional havendo, inclusive, a possibilidade de serem responsabilizados pelas violações de direitos humanos, desde que tenham acolhido o aparato internacional de proteção e as obrigações internacionais dele decorrentes. [...] A soberania continua a ser entendida como um poder, mas não mais como um poder ilimitado, pois encontra limites na ordem internacional.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-342.

<sup>33</sup> SOARES Carina de Oliveira. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção Nacional*. 2012. 252 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió. p. 28.

Em outras palavras, conforme já observado anteriormente por Pontes de Miranda, percebe-se que no momento em que um Estado assina e ratifica tratados de Direitos Humanos, este está exercendo a sua soberania para firmar um compromisso perante seus cidadãos e a comunidade internacional no intuito de assegurar a proteção, promover e efetivar os Direitos Humanos tanto no âmbito interno quanto no internacional, submetendo-se aos instrumentos normativos e sistemas de proteção.

Isso pode ser observado quando da vinculação das ordens jurídicas estatais às decisões das ordens jurídicas internacionais, como, por exemplo, a sujeição do Brasil às decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em razão da adesão do Estado brasileiro às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Por fim, cumpre salientar que os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos atuam subsidiariamente, uma vez que é reconhecido o dever inicial do Estado de promover e prestar a proteção efetiva desses direitos. Assim, os sistemas de proteção somente irão atuar na medida em que os Estados não cumprirem as obrigações quanto à efetivação dos direitos humanos.

Desse modo, o que se observa é uma grande dificuldade quando da efetivação dos direitos humanos, muito embora exista todo um sistema e mecanismos desenvolvidos voltados a sua proteção, uma vez constatada a necessidade de provocação que, por vezes, carece de mecanismos mais democráticos.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO COROLÁRIO DE UMA PROTEÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme André de Carvalho Ramos, a interpretação dos Direitos Humanos deve ser aquela que mais favoreça ao indivíduo, sendo este reconhecimento quanto à superioridade das normas de Direitos Humanos o vetor principal para a aplicação do conceito de interpretação *pro homine*. A dignidade humana fundamenta a criação jurisprudencial de novos direitos, em direção à interpretação de um determinado direito, limitando a ação estatal e fundamentando juízos de ponderação, devendo toda interpretação ser compatível com a promoção desse princípio<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76-105.

Nesse sentido, a aplicação do conceito de proibição da proteção deficiente/insuficiente deve levar em consideração esse critério de interpretação. De acordo com Ramos<sup>35</sup>:

O princípio da proporcionalidade possui ainda uma dimensão positiva, que consiste na proibição da proteção insuficiente a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*). Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico.

Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de controle da promoção a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem função dúplice: serve para que se analise eventual “restrição em demasia”, mas também serve para que se verifique se houve “proteção deficiente” dos direitos. No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos.

Assim, uma vez que o Estado se compromete a proteger/tutelar bens e valores inerentes aos direitos humanos e fundamentais, resta estabelecido um dever de assegurá-los otimizando ao máximo o conteúdo essencial de determinado direito, não sendo permitindo que o faça de maneira insuficiente/deficiente<sup>36</sup>.

Em verdade, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, exigem do Estado um dever de atuação ativa e, consequentemente, o princípio da proporcionalidade apresenta o viés da proibição da insuficiência. Conforme exposto, o posicionamento da doutrina é no sentido de que a proporcionalidade não deve se esgotar na proibição do excesso, uma vez que dessa forma vinculamos o Estado a um dever de proteção ampliada em face de dimensões que traduzam maiores densificações, principalmente no campo das prestações sociais<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111-112.

<sup>36</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. As três velocidades do moderno processo penal. In: PUCINELL, André; CONTAR, Carlos Eduardo; COSTA, Daniel Castro Gomes (orgs.). *Estudos contemporâneos de Direito público*. Bela Vista: Editora Pilares, 2010, p. 291.

<sup>37</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo*. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 360-361.





Um exemplo<sup>38</sup> em que pode se observa a aplicação, ainda que indireta, deste princípio foi o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Decidido em 2006, foi a primeira condenação do Brasil por violações de direitos humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste caso, restou reconhecida a violação aos direitos à vida, integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial.

O caso tratava de Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, que havia sofrido em decorrência das condições desumanas e degradantes pelos alegados golpes e ataques contra sua integridade pessoal, supostamente realizados pelos funcionários da Casa de Repouso Guararapes quando da sua hospitalização e posterior morte durante sua internação para tratamento psiquiátrico.

Na decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que as hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto à omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos, encontra-se a conduta de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental.

Em outras palavras, a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado. Ademais, a Corte foi clara na fixação do dever dos Estados em assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental.

Ressalta-se, ainda, que a Corte analisou se o Estado brasileiro proporcionou a D. Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes um recurso efetivo, considerando a investigação policial e diligências relacionadas com a morte de Damião à luz do Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas, expressando seu entendimento quanto à constatação de falhas das autoridades brasileiras.

O Estado brasileiro foi condenado ao pagamento de indenizações fixadas pela Corte em US\$ 146.000, 00 (cento e quarenta e seis mil dólares) por não ter cumprido, dentre outras, a obrigação de proteger e preservar a vida, tendo fundamentado a Corte que da obrigação geral

<sup>38</sup> BRASIL. *Ximenes Lopes vs. Brasil*. In: *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos* – vol. 4. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 117-196.

de garantia dos direitos à vida e à integridade física, decorrem deveres especiais de proteção e prevenção, entendidos como deveres de cuidado e regulação.

As indenizações pagas e as escusas dadas aos familiares de Damião demonstram uma disposição do Estado brasileiro na proteção aos direitos humanos, entretanto, tais efeitos são tímidos face ao conteúdo da condenação, uma vez que na mesma decisão a Corte também condenou o Brasil a cumprir sua obrigação de garantir, a cada cidadão, uma prestação jurisdicional efetiva, bem como implementar políticas públicas na área da saúde que se realizem em todos os espaços e para todos os sujeitos.

Igualmente, é possível encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF a aplicação deste princípio na concretização de maior efetividade aos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.424<sup>39</sup>, pode ser citada como exemplo.

No caso, a decisão do STF na ADI 4.424 conferiu natureza pública e incondicionada à ação penal fundada na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), produzindo efeitos antes mesmo da publicação do acórdão. O objetivo pretendido foi de afastar a aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha e determinar que o crime de lesão corporal de natureza leve cometido contra mulher passasse a ser processado mediante ação penal pública incondicionada, sem depender de representação da vítima contra o agressor.

Como fundamento da ADI 4.424 foi mencionada a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente, uma vez que se mantida a aplicabilidade da lei dos juizados especiais a proteção aos direitos fundamentais naquele caso se daria de maneira insuficiente, ou seja, não haveria efetividade na proteção desses direitos.

Portanto, é possível identificar no princípio da proibição da proteção insuficiente/deficiente um dever do Estado para garantir maior efetividade aos direitos humanos fundamentais que este se obrigou a assegurar e proteger, tanto no âmbito internacional por meio dos tratados e convenções, quanto no âmbito interno por meio da positivação desses direitos na Constituição, uma vez que a proteção insuficiente não se apresenta como efetiva.

<sup>39</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247715>>. Acesso em: 05 de jan. 2018.

### 3. O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE SANÇÃO

Considerando a supraestatalidade dos direitos fundamentais e o princípio da proibição da proteção insuficiente/deficiente explicitados nos tópicos anteriores, não é difícil constatar que o rol de direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado por meio dos tratados e convenções, bem como aqueles inseridos na própria ordem jurídica interna, constituem os chamados direitos fundamentais assegurados.

Uma das formas de assegurar determinado direito é atribuindo sanções ao não cumprimento desse direito, e tal premissa não é diferente quando se trata de direitos fundamentais. Muito embora haja um sistema normativo e mecanismos de proteção implementados, tanto no âmbito interno quanto no internacional, não raro são os casos de inefetividade da proteção desses direitos, em especial os direitos fundamentais de caráter prestacional.

Assim, como meio de garantir maior efetividade aos direitos fundamentais estatais ou supraestatais, a atribuição de penas para atos de violação constitui verdadeira medida assecuratória. As normas constitucionais assecuratórias estabelecem sanções determinadas ou indeterminadas aos autores de atos jurídicos contrários a direito, restando estabelecida uma infração às normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, as normas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais apresentam caráter cogente, proibindo ou impondo determinada conduta. Na teoria Pontean<sup>40</sup>, proibir seria o ato de atribuir a um indivíduo direito, pretensão, ação ou exceção para que se proíba; ao passo que impor, seria o ato de atribuir a um indivíduo direito, pretensão, ação, exceção para que se imponha.

Em outras palavras, a cogência dos direitos fundamentais é observada na obrigatoriedade da conduta e na incidência incondicional da norma constitucional para atribuir ao autor do ato ilícito efeitos jurídicos contrários aos seus interesses.

No caso dos direitos fundamentais prestacionais, trata-se de uma obrigação de fazer do Estado e, portanto, constituem-se em normas cogentes impositivas como, por exemplo, o art.

<sup>40</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado, tomo I*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 117.

5º, inciso L da Constituição Federal que estabelece o dever do Estado em assegurar às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Nesse contexto, o estabelecimento de sanções penais, civis e/ou administrativas servem como uma resposta do sistema jurídico aos atos contrários à proteção desses direitos e a inefetividade deve ser entendida como tal, uma vez que se trata de uma proteção insuficiente/deficiente ou total omissão do Estado em assegurar tais direitos.

Nesta seara, de acordo com o Professor Dr. Marcos Bernardes de Mello<sup>41</sup>, ato ilícito *lato sensu* é toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem.

Nesse ponto, aduz o autor<sup>42</sup> que se a obrigação é positiva (de dar ou de fazer), o ato ilícito se concretiza por uma omissão ou, ainda, por uma ação se o devedor, mesmo cumprindo, a obrigação, não a faz da forma pela qual se obrigou e, assim, prejudicando o credor por meio de um adimplemento insatisfatório, ou seja, ruim.

Por esta perspectiva, não seria diferente quando se trata de direitos fundamentais, e sendo assim, tanto um adimplemento insatisfatório (proteção insuficiente/deficiente) quanto uma omissão caracterizam um ato ilícito.

Nesse sentido, Mello<sup>43</sup> classifica os atos ilícitos conforme a sua eficácia em: a) indenizativos (possuem como efeito o dever de indenizar); b) caducificantes (impõem a perda ou suspensão de direitos) e; c) invalidantes (nulidade ou anulabilidade como consequência da invalidade).

No que tange às sanções impostas a cada tipo de ato ilícito, esta irá sempre depender de previsão definida anteriormente para que possa ser aplicada. No entanto, segundo Mello<sup>44</sup> admite, “sempre que há violação de norma cogente há invalidade, desde que a própria norma não preveja, especificamente, outra sanção para sua infringência”.

<sup>41</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 308-309.

<sup>42</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 309.

<sup>43</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 316-320.

<sup>44</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 320.

Nesse diapasão, observa-se que para cada ilícito praticado a um direito fundamental surge uma correspondente sanção específica a depender das características do direito violado. No caso dos exemplos já citados do Caso Ximenes Lopes vs Brasil na Corte Interamericana e da ADI nº 4424 no STF, observam-se sanções indenizativas no primeiro caso e invalidantes no segundo, uma vez que constatada a proteção insuficiente dos direitos fundamentais em ambos os casos.

Portanto, a inefetividade relacionada principalmente aos direitos fundamentais prestacionais é classificada como ato ilícito e deve ser sancionada para que haja o constrangimento do Estado na direção do efetivo cumprimento de suas obrigações.

## CONCLUSÃO

Assim, no cenário atual marcado pela crescente dificuldade em atribuir efetividade aos direitos fundamentais, é possível estabelecer parâmetros no combate à inefetividade da prestação estatal, seja pela supraestatalidade inerente aos direitos fundamentais, seja pela proibição da proteção insuficiente/deficiente exercida pelo Estado no cumprimento das obrigações assumidas perante sua comunidade.

No caso, resta demonstrada que a omissão estatal na prestação dos direitos fundamentais, bem como o cumprimento insatisfatório de tal obrigação geram uma inefetividade da proteção aos direitos fundamentais, constituindo-se em verdadeiro ato ilícito e, como tal, passível de sanção.

Em verdade, trata-se de atribuir efetividade aos tratados assinados e ratificados pelos Estados no exercício de sua soberania, em especial os que tratam de direitos humanos, bem como à própria Constituição Federal. A ilicitude da inefetividade deve ser combatida por meio de sanções que promovam o cumprimento das obrigações pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edilson Mougenot. As três velocidades do moderno processo penal. In: PUCINELL, André; CONTAR, Carlos Eduardo; COSTA, Daniel Castro Gomes (orgs.). *Estudos contemporâneos de Direito público*. Bela Vista: Editora Pilares, 2010.

BRASIL. Ximenes Lopes vs. Brasil. In: *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos* / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos – vol. 4. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 117-196.

BRASIL, STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247715>>. Acesso em: 05 de jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge de. *Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição*. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I. São Paulo: RT, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I, 2 ed. São Paulo: RT, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: RT, 1970.



PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado, tomo I*. Campinas: Bookseller, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais supra-estatais: paradigma de validade das normas constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, v. 1, n. 1, Recife, OAB/PE, 1997.

SARMENTO, George. *Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional*: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Mimeo.

SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. IN: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (org.). *Educação em Direitos Humanos: Diálogos interdisciplinares*. p. 109-128. Maceió: EDUFAL, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOARES, Carina de Oliveira. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção Nacional*. 2012. 252 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

Submissão: 28/06/2018

Aceito para Publicação: 23/05/2019





## THE BRICS, A POST-HEGEMONIC MODEL WITH ITS OWN NORMATIVITY: HOW TO INFLUENCE WHO POLICIES TO CURB WTO LAW INTO A MORAL CAPITALISM\*

### OS BRICS, UM MODELO POST-HEGEMONICO COM A SUA PROPRIA NORMATIVIDADE: ANALISE DO USO DAS NORMAS DA OMS PARA INFLUENCIAR O DIREITO DA OMC PARA A CRIAÇÃO DUM CAPITALISMO MORAL

Meryl Thiel\*\*

**RESUMO:** A política jurídica do BRICS apresenta-se como um modelo paradigmático, que mostra como as teorias de Krasner e Keohane se complementam, graças ao uso direcionado do direito internacional. Este artigo pretende demonstrar que os BRICS - na definição de uma política jurídica inovadora e independente - influenciam os processos normativos, e argumenta que os BRICS são uma construção pós-hegemônica, com normatividade própria, destinada a combater a hipocrisia organizada de nosso sistema internacional. Tendo em vista a questão de como o BRICS participa da moralização do capitalismo, considere a hipótese de uma hegemonia dos BRICS, no sentido de que as formas de cooperação promovidas pelo grupo são inovadoras e não correspondem a nenhum conceito atualmente em vigor.

**ABSTRACT:** *The traditional foci of international law are no longer the only ones that can claim hegemonic practices. Currently, the BRICS legal policy presents itself as a paradigmatic model, which shows how Krasner's and Keohane's theories complement one another, thanks to their targeted use of international law. This paper aims to demonstrate that the BRICS — in defining an innovative and independent legal policy — influence normativity processes, and argues that the BRICS are a post-hegemonic construction, with their own normativity, intended to fight against the organized hypocrisy of our international system. In view of the question of how the BRICS participates in the moralization of capitalism, I have considered the hypothesis of a BRICS hegemony, in the sense that the forms of cooperation promoted by the group are innovative, and are not corresponding to any concept currently in force*

**PALAVRAS-CHAVE:** Normatividade. OMC. OMS. BRICS. Counter Multilateralism.

**KEYWORDS:** Normativity. WTO. WHO. BRICS. Counter Multilateralism.

**TABLE OF CONTENTS:** Introduction: the urge necessity to reconsider hegemony. 1. The implementation of fuzzy law: construction of a pre-normativity by the BRICS engagement. 1.A. The BRICS structuring action by articulating the promotion of national funding, R&D and claiming intellectual property rights at an international level. 1.B. BRICS action by transgression through the creation of a global legal entity. 2 The optimization of soft law: poiesis of normativity by the BRICS action. 2.A. The hard law  $\equiv$  soft power combination: the BRICS action concerning the law, a simple implementation of conventional dispositions through the Surveillance Centre. 2.B. The soft power  $\equiv$  soft law progression: orienting the WTO judicial policy by using the WHO sectorial policy in a BRICS fashion. Conclusion: To Make Capitalism Moral: The ongoing action of the BRICS: an Hegemon Operationis. References.

## INTRODUCTION: THE URGE NECESSITY TO RECONSIDER HEGEMONY

Between nationalisation and neo-colonisation, the issue of hegemony — ever since Gramsci — has fuelled the debate on international relations. This leads us to argue that international economic relations do not only derive from the guiding principles of states, nor are they solely determined by the dynamics of capital. Power has become a central issue, and

\* This article had been written thanks to the CAPES Fellowship Post-doctoral Program in the Federal University of Rio de Janeiro, Brazil, and finalized after the Symposium in International Economy organized by the World Trade Organization Chair Santiago Chile, Chile.

\*\* PhD International Law, Nice, France. Post-doc in the World Organization Chair Santiago Chile, Chile, and in the Federal University of Rio de Janeiro, Brazil. Currently Associate Researcher in Sciences Po Aix en Provence, France.



we are gradually shifting from a restrictive approach to a *softer* one, based on Keohane and Nye's model [2001]. Since the 1990s, the *intelligentsia* has largely questioned the state's deconstruction, and the decline of state-centrism has pointed towards more *democratic* governance in the 21st century [Beth, Haggard]. The United States, as the ultimate victor of WW2, were able to influence modern-day international relations, so as to build a form of hegemony tacitly accepted by all [Keylor, 2003]. So although the concept of hegemonic power is not, *per se*, necessarily malevolent, the abuse of dominant position certainly is, whether state-based, or regional. The paradox of this *undeniably* multipolar projection is that, at the same time, the 2000s have shown the scale of international dis(order) due to all-too-long accepted US dominance [Gray, Craig, 2013]. Yet today, can we still assert that State and Power are synonymous?

A *hegemon* is ontologically a *guide* and, as specified by Gilpin, it is supposed to ensure the provision of a number of goods, including access to health, because this serves its own interests and goals of power [Kohlmorgen, 2007]. Hegemony describes how a dominant power sets out the premises of a desirable order in universal terms and presents them as a system that benefits everyone [Kindleberger, 1981]. Conversely, according to Cox, hegemony is formalised within a set of standards, institutions and universal procedures, which lay down the basic rules of behaviour applicable to states, as well as transnational social forces; sort of guiding principles that support the dominant mode of production. The analyses of both Gramsci and Hirschman reconcile these two approaches and shine a light on the BRICS reality, in so far as it addresses the issue of regional hegemony. However, in the face of an ever-changing international society, the BRICS model of alternative cooperation illustrates this new manner of developing a world society, away from North-South, South-South and East-West approaches or even from the allegedly 'universal' ones of international organisations (IOs) [Webb and Krasner, 1989].

With the *subprime* crisis, IOs have undoubtedly been overwhelmed by the world society's intricate interdependencies and interactions and with the BRICS nations, it is the very perception of relations between regionalism and multilateralism that has changed radically [Acharya, 2004]. Although the acronym was coined by Goldman Sachs in 2001, the BRICS model itself only emerged five years later, through the commitment of the states concerned. Considered as a genuine institutional innovation, the BRICS rest upon no legal ties, and are rather the result of a voluntary association of states through the pooling of their interests, with a view to conducting balanced international trade relations. By definition, the BRICS nations

are not an IO and are also decidedly different from a regional organization: they are, by nature, geared only toward cooperation, rather than integration. As their initial financial objective was rapidly exceeded, the BRICS are now a sound co-operative entity, grouped around world trade regulatory issues, which illustrates the need of genuine *counter-multilateralism* to cope with hegemonic abuses and, more broadly, modern legal frameworks' lack of efficiency in meeting the emerging needs of our societies [Shraddha, 2016: Keohane and Morse, 2013]. In addition to the present state of international law, there is another aspect to be considered: the BRICS national economies have to solve a similar *entanglement*: Their will to be major players within international trade comes up against significant national health challenges. The group's four main members are experiencing problems related to,

- 1- the health protection of their citizens in the absence of adequate funding mechanisms;
- 2- the spread of infectious diseases;
- 3- drugs.

No doubt that the BRICS are a pioneering force: their institutional uniqueness and substantial innovation are redefining the governance model, but how can the BRICS *legitimately* uphold these three common issues? Their legitimacy is based on fulfilling their commitments, in a political sense. It is, after all, through the strength of their actions and decision-making that the BRICS will have a lasting impact on the world stage. The group's final goal remains to 'contribute to a fairer world trade' but, considering that the interplay of power within the WTO is almost impossible to outflank in the event of direct action, the BRICS will bypass the problem raised by Krasner [2004], and thus fully illustrate the *counter-multilateralism* model, in the vein of Keohane's *regime shifting* model [Keohane and Morse, 2013].

The challenge of health policy compliance is therefore fundamental for the group as a whole, since each state has strong national interests in solving its public health issues [Kohlmorgen, 2007]. Incidentally, such issues are part and parcel of trade policy regulations. Indeed, public health concerns within world trade development have been included in the WTO agreements since the Uruguay Round negotiations [OMS OMC, 2002]. As a result, as much the TRIPS, the GATS, as some of the trade in goods agreements provide for exceptions to the Organisation's rules when it comes to complying with a number of health requirements. The WTO's interpretation of the WHO's principles is worth noting in two areas: the protection of

living species through the adoption of trade measures, which avoid causing them harm; and support for the recognition of intellectual property rights that guarantee the proper use of natural resources and/or the protection of said resources and species. Thus, it relates as much to a concern for biodiversity *stricto sensu*, as it does to a more technical and monetary aspect. Yet, the inclusion of provisions related to the protection of public health within WTO agreements — although 'universal' — has proved to be insufficient from 2001, at least as evidenced by the Doha Development Agenda. It seems, on the one hand, that the WTO's texts are too vague to satisfy the WHO's expectations. On the other hand, it appears that the financial and technical support driven by WTO-WHO institutional cooperation is more of a palliative than an offer of tangible aid. Against this backdrop, and guided by a substantial twofold benefit, the BRICS nations will define themselves as those who transform economic growth into better health [Pimentel, 2012]. To this end, they will first boost funding policy, combined with reinforcement of technology, as well as a transformative change in institutional cooperation and technical support. For this purpose, they will have to take action simultaneously within the WHO and the WTO.

186

In response to Krasner's view, exclusively focused on geopolitical tensions and power games on the world stage, Kehoane's counter-multilateralism approach brings a solution: that of a genuine cooperation. Indeed, although the WHO and the WTO move towards institutional and legal cooperation, their commitments seem to be insufficient to meet the BRICS needs. Although now the traditional *fora* of international law are no longer the only ones that can claim *hegemonic* practices, the fact remains that the explanation delivered by international relations overlooks the fundamental role of law, as the custodian of the international system's architecture. Currently, the BRICS legal policy presents itself as a paradigmatic model, which shows how Krasner's and Keohane's theories complement one another thanks to their targeted use of international law. Given the undisputable decline of the efficiency and, by extension, the legitimacy of *classical* IOs, and considering that the BRICS, following the announcement of the creation of the New Development Bank in 2014, are now seen as a genuine alternative to existing power relations, the question then arises: how does the group achieve its original purpose of a 'fairer world trade' ?

In other words, and in order to factor in a more legal analysis — unfortunately all-too-often overlooked — one needs to determine whether there is a normativity inherent to the BRICS. To this end, my working assumption is that to be able to design its own normativity,

the group diverts the WTO's political and legal mechanisms, *via* the WHO's health requirements, and is therefore rising up as a new *hegemonic* formation. The BRICS will turn their weaknesses in the health field into an asset to permeate world trade law, by developing a tripartite legal policy focused on national health policy reform:

- 1- set up a national health-insurance system for their citizens;
- 2- fund new technologies to eradicate the most lethal infectious diseases;
- 3- fight against drugs, including tobacco, through monitoring schemes and information campaigns.

This paper aims to demonstrate that the BRICS — in defining an innovative and independent legal policy — influence normativity processes. Based on the counter-multilateralism model, we presume that current IOs are losing their legitimacy. We will therefore follow the BRICS logic of opening new *pathways* and setting up a *shift focus*. We argue that the BRICS are a post-hegemonic construction, with their own normativity, intended to fight against the *organized hypocrisy* of our international system: soon after defining this sectorial *pathway*, the group will acquire a certain legitimacy, and, in this way, operate a *shift focus*, changing power relations within the WTO, and maybe, eventually, the Organisation's law [Keohane and Morse, 2013]. The group uses the vital topic of international health, and as a *knock-on effect*, has an impact on WTO law: the instrumentalization of WTO's health policies to curb world trade regulations seems to be the only way for the BRICS to meet their goal of a 'fairer world trade'.

The group will therefore divert the WTO's legal mechanisms related to public health to serve its own interests by addressing at once the definition and securing of their rights and, in doing so, by increasing their legitimacy on the world stage [Cashwell, 2014]. Indeed, while recognising the crucial existence of WHO and WTO, the BRICS nations are defining a normative framework for and by themselves, demonstrating the ineffectiveness of the classical subjects of law and how useless they are for current international relations. The BRICS pathways consist of defining a threefold sectorial and legal policy modelled on the WHO's requirements and their own domestic interests: by using 'fuzzy law', the BRICS will strengthen their commitment to enshrine health policies in international trade practices (I), but it is with the optimisation of *soft law* that they will contribute to the creation of a *genuine* right to participate (II), whereby each member state may defend its interests without having to submit other members to their own will.



## 1 THE IMPLEMENTATION OF FUZZY LAW: CONSTRUCTION OF A PRE-NORMATIVITY BY THE BRICS ENGAGEMENT

In a world dominated by the opposition between *hard law* / *soft law*, the BRICS inversely acts upon this duality by translating its political interest into a sort of *fuzzy law*. This concept presents itself as an alternative of quasi-legality allowing to better apprehend the creative dynamics of the relations between law and politics [Perez, 2015]. Fuzzy law is a proper legal qualification of the legal policy practices of non-subjects of international law. Kind of pre-soft law, the fuzzy integrates the vague and random dimension of contemporary international law considering the normativity of the pre-judicial acts.

Separating itself from the strict obligation approach in order to make political law prevails, BRICS sets the scene for what became later the prelude of *soft power* and they elaborated the modes of its right to participate in the international system. The use of fuzzy law is important in our study as it helps to understand the positioning of the BRICS *vis-à-vis* the ongoing failing IOs and, more importantly, it helps to give sense to the development of its health policy integration strategy to world trade practices. Indeed, the BRICS lays the groundwork for its necessity even before the drafting of legal acts. It is therefore through its active engagement that the BRICS will ensure its breakthrough as an indispensable player in the renewal of international law. *Fuzzy law*, or *law of elaboration*, as used by BRICS, translates action into diplomacy, swinging between structuring at an international level (A) and acting by transgression on the current global order through the creation of its own global legal entities (B).

188

### 1.A THE BRICS STRUCTURING ACTION BY ARTICULATING THE PROMOTION OF NATIONAL FUNDING, R&D AND CLAIMING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AT AN INTERNATIONAL LEVEL



The group's structuring action is expressed by leveraging the funding of WHO policies, which is none other than a seed to better penetrate the WTO, and effectively and efficiently modify the regulation of world trade, prioritising the issue of intellectual property.

In her speech at the first meeting of the BRICS Health Ministers, the WHO DG stated: "I am personally convinced that the BRICS countries are the ground on which the real impact of the diseases will be demonstrated. (...) I also believe that the economic cost of these diseases may be such that it negates the so-called benefits of modernization and economic growth." [[http://www.who.int/dg/speeches/2011/BRICS\\_20110711/fr/](http://www.who.int/dg/speeches/2011/BRICS_20110711/fr/)]. In response, the Beijing declaration focused on the cardinal health-trade relationship for the Group, and clearly set out its ambition to fight infectious diseases. To implement this broad objective, each BRICS member has developed a national policy for financing research and development in the health sector and more specifically on the prevention aspect, thus becoming a vital vaccine producer.

Instead of funding medicines in the strictest sense of the word, or initiating legal actions before the DSB, the national BRICS allegations are based on the violation of the TRIPS, and the BRICS States opted for a prevention policy, competing against superpowers, especially the United States, since the beginning: yet the bias is to have a larger production of *made in BRICS* vaccines, and, therefore, a higher number of patents for these countries [Yu, 2008; Bartsch, 2009;]. The BRICS preventive strategy, which makes BRICS be a post-hegemonic power, is to divert the current institutions and not to oppose to the powers already established. In this way, the group ensures:

- 1- a constant and consistent financial benefit and is therefore an alternative to the traditional mechanisms of international financing;
- 2- an increase in patent rights and therefore the assertion of its power within the WTO and more broadly in world trade;
- 3- a certain legitimacy both on the international scene and on the part of civil society BRICS.

Power games as presented by Krasner invite indeed to avoid confrontation in favour of cooperation. But, as Keohane emphasizes, cooperation makes sense if and only if the coalition of states that is behind it acts in response to a system failure. In other words, the diversion of the institutions in place is more advantageous than the struggle against the contemporary hegemonic powers, whether they are primary or derived legal subject of law. The BRICS is gradually becoming a necessary player in that it supports, apparently, the philosophy of the IOs.



Thus, as an example, if the Gate Foundation has long ensured the financing of the R & D sector, today, it is thanks to the proactivity of the BRICS and, *de facto*, the financing support of Brazil and India that the WHO can continue to carry out its health mission and, even more, develop new policies.

The WHO, in one of its communiqués, expresses that "for investment in the prevention and treatment of tuberculosis in low- and middle-income countries, it is almost \$ 2 billion (\$) out of the \$ 8.3 billion needed in 2016. This deficit will worsen by 2020 if current levels of funding do not increase." [http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2016/tuberculosis-investments-short/fr/]. Since 2011, the date of the first meeting, and so far, the action and policy of WHO are still widely recognized and praised, as if to insist on the merits of its existence. The fundamental role of the Organization is constantly being recalled and, logically, the importance of preserving its existence and functioning as a body for the management of health policies is regularly reiterated. However, the BRICS also reports its commitment to continue to contribute to the Organization's policy or, in other words, to develop new solutions to achieve MDG 4 [Creswell, Jacob, 2014]. In each of its statements, the group recognizes the importance of the UN-Nations institutions but, at the same time, stresses their limit: without the action of the group, how could these institutions continue to implement strategies for the eradication of infectious diseases? The BRICS uses a *de facto* situation that, in itself, is synonymous with vulnerability: the management of infectious diseases at the national level is impossible. It is then by pooling their health interests, guided by an economic ambition, that BRICS members succeed in reversing the interdependence - dependence on International Organizations and big states powers to establish themselves as the power of resolving difficulties [Kickbusch, 2014.]

BRICS is posed to being an unwavering innovative support to aging IOs. In 2014, the group's policy becomes more straightforward, more aggressive: the tone is set to no longer recognise the existence of the WHO but instead to affirm the strong undisputed role the group plays within the UN architecture. Furthermore, two events support this new policy: on the one hand, holding the first Meeting of the *Science, Technology and Innovation Ministers* committee that shows the will of the group to be at the forefront, thus separating itself from the International Organisations. On the other hand, we can see an explosion of vaccine production worldwide. It is by positioning itself as a *non-threatening* actor and by actually implementing WHO policies that BRICS establishes its status as a legitimate entity, bordering on the accepted criteria of a legal entity.



The Organization will acknowledge in a recent statement that "the five countries had taken important initiatives in the area of vaccine technology development and had greatly improved their national regulatory capacity (...), the results show that The BRICS group has had a major impact on the price and availability of vaccines, and this impact is largely attributable to the production of Indian vaccine manufacturers" [<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2016/tuberculosis-investments-short/fr/>]. For the BRICS, quality seems to rhyme with quantity: in 2016, a study pointed out that Chinese researchers have created the first vaccine in the world against hepatitis E. From 2015, the BRICS will expand its field of action, setting itself up as a defender of global health crises by mentioning the serious concern that constitutes Ebola. Beyond the human and social aspect, through the recognition of its intellectual property rights, finding a vaccine against Ebola would ensure the BRICS a status of international financial and commercial leader.

The structuring action of the group is the corollary of a form of normative recognition: the lever financing-of-the-policies-WHO is finally only a *sesame* to easily penetrate the forum of the WTO and to effectively and efficiently modify the regulation of world trade, the issue of intellectual property being a priority or, in a way, a pretext. By positioning itself as a non-threatening actor and effectively implementing WHO policies, the BRICS establishes its status as a legitimate entity. From there, it will gradually assume a place of first choice on the international scene.

191

## 1.B BRICS ACTION BY TRANSGRESSION THROUGH THE CREATION OF A GLOBAL LEGAL ENTITY

The various communiqués of the BRICS Health Ministers provide three basic information for the development of our thesis: first, it is announced that the BRICS, in view of the importance of the MDGs, will actively develop the implementation of policies in these territories, notably through the establishment of Universal Health Coverage (UHC). Sectorial national politics and group policy are therefore inseparable but by managing to pool their interests, the BRICS states become the leader in the field of public health. Secondly, the commitment to respect the provisions of TRIPS is reiterated, especially with regard to the provisions on greater flexibility for developing and least developed countries [Odell ; Sell, 2006]. By this second point, the BRICS presents itself as a spokesman for states in difficulty



or, at least, for states not integrated into the WTO. The Organization was created in a certain way by the action of the negotiating groups. In the Uruguay Round, the cause of developing countries and LDCs was mainly championed by Cairns and the ACP. Similarly, during the Doha Development Agenda, whether it was the C4 or the G20-WTO, the role of the negotiating groups was decisive on the future of the changes in the Law of the Organization [Narlikar, 2004]. Thus, the WTO is traditionally, in a way, permeable to the actions of groups of states. Finally, it is more widely the action of the WTO and the WHO which is praised as regards the evolution of the discussions on the regulation of access to medicines. This last point then confirms the strong and unwavering link between trade and health, recognizing the viability of the BRICS health strategy to better influence the regulation of world trade [Shelepov, 2018].

The pathways of the BRICS consists in the development of a triple sectorial legal policy modeled on the requirements of the WHO and on its own national interests: using the fuzzy law, or right of definition, the BRICS will strengthen its commitment to integrating health policies into international trade practices. The projection of power of the group then passes by the creation of normativity against the current that is to say, by the optimization of the multiple sources of the international law to assert its status of post-hegemonic power. Hence, it is disturbing to note that WTO-WHO institutional cooperation in the field of access to drugs has really evolved since the creation of BRICS: if in 2001, with the establishment of DDA, both organisations held a Symposium on price regulation in order to enhance the access of troubled countries to drugs, from 2013 on WIPO joined the two international organisations to further discuss these issues. Moreover, the different topics of the Symposia dealt with the question of *innovation*, the warhorse of BRICS [Chakraborty, 2006; Drezner, 2008, Fraser, 2014]. Beyond this *inspiring* action, the *media notes* of BRICS illustrate how their actions and the G20 action are in synergy, making the UN-Nations group a mere site for holding a meeting, as if the modes to achieve a legal entity should change as well [Gautier, 2014]. Somehow, it is as if BRICS would be trying to create a form of global legal entity playing, on the one hand, on the internal aspect with the multiplication of meetings in international organisations, and, on the other hand, on the external dimension.

By optimizing the use of soft law through the manipulation of fuzzy law, the BRICS will contribute to the creation of a real right of participation, or else right of elaboration or definition, where each State member can defend its interests without having to submit the will of others. The BRICS does not constrain, it brings together. Far from the classic strategy of



subordination of state interests, the BRICS acts according to a dynamic of sharing interests while respecting the sovereignty of each. This practice ensures coherence between the development of a national sectorial policy and the construction of a legal policy of the group [Gray, 2013; Grober, 2000].

## 2. THE OPTIMIZATION OF SOFT LAW: *POIÈSIS* OF NORMATIVITY BY THE BRICS ACTION

The WTO, before being a normative and jurisdictional body, is a forum of negotiation. The WHO, by the way, is also based on the negotiation - law-making mechanism. It is therefore by definition that these Organizations are led to use soft law, a kind of rule of attenuated authority describing behaviours that its author wishes to see adopted by its addressees, in order to coordinate the actions of [States] in society and to promote their cooperation [Chatzistavrou, 2005]. Soft law is a different constraint from hard law and if IOs resort to this type of norms, it is above all to avoid jeopardizing state sovereignty [Culot, 2005]. The BRICS, by its structure, out of bounds of the definition of subject of law, will resort alternatively to the use of hard law and soft law, on the one hand, because this last type of norms assures him a certain legitimacy, and, secondly, because soft law, in that it is linked to soft power, makes it possible to increase the field of competence of the BRICS, and thus its effectiveness [Footer, 2010]. In other words, the BRICS will optimize the spectrum of the soft, including soft power practices, to create a real right of participation in which all the actors of the international society will identify to.

BRICS, as a *mere* actor, is able to create a real participation and non-subordination right, which confers to *soft law* actions a real legal scope [Abbott, Snidal, 2000]. To carry out its *legally ensured* power game strategy in which each member receives an equivalent space to participate to the creation of the law, BRICS will contribute to reinforce the *hard law*  $\approx$  *soft law* interdependence, using a *soft power* avenue. It is by implementing the exceptions envisaged by the WTO and WHO that BRICS will show that *hard law* requires, to come true, *soft power* infrastructures. The actions of BRICS concerning the law, given that it is a simple implementation of conventional dispositions, illustrate that *hard law* and *soft power* (A) complement each other, and the *soft power*  $\equiv$  *soft law* progression is illustrated through the orientation of the WTO judicial policy by means of the WHO sectorial policy (B).

## 2.A THE *HARD LAW* $\equiv$ *SOFT POWER* COMBINATION: THE BRICS ACTION CONCERNING THE LAW, A *SIMPLE* IMPLEMENTATION OF CONVENTIONAL DISPOSITIONS THROUGH THE SURVEILLANCE CENTRE

In WTO law, both the Agreements on Trade in Goods, the TRIPS and the GATS contain explicit exceptions to the liberal requirements of the Organization [Gauthier, 2014]. In other words, trade barriers are acceptable practices to the extent that they are intended to protect the consumer and that their merits are scientifically verified. Unlike the hard law provisions of WTO law, which consists of derogations from the Organization's guiding principles, a kind of an *a contrario* obligation, those of the WHO Framework Convention consist of principles to be respected [OMS-OMC Accords]. Thus, hard law can take two forms: principles to be followed or exceptions to be respected, depending on whether one is in the sphere of WHO, whose object relates to public health, or the WTO, whose business purpose must take into account public health requirements. Given the same objective, the two Organizations therefore employ different aspects that are complementary to this type of normativity but far from participating in an effective and adequate application of these principles, this variation in the drafting of conventional standards further hampers the possibilities of guaranteeing their respect [Kolmorgen; Krasner]. From this WTO-WHO cooperation and this game principle-exceptions, it would seem that hard law is necessary and sufficient to guarantee the international order.

Yet, and this is precisely what was illustrated in the case DS26: EC-Hormones, where, by appealing to the Codex, the EU has clearly highlighted the limits of hard law. At the same time, it is the suppletive and yet essential dimension of soft law that has been focused on. Moreover, by this mention, it is the importance of the consensus mechanism that has been devoted, conferring, with strong anticipation, the added value of a governance orchestrated far from the institutional rigidity of the post-WWII system. In other words, this claim is a form of affirmation of the need to resort to soft law standards but also to soft power mechanisms.

Considering, on the one hand, that Brazil is the third largest tobacco producer and exporter country, only after China and India and ahead of Russia, and, on the other hand, that FIOCRUZ will take the initiative in this regard, the *tobacco* issue is of utmost importance for the creation of the legal and political strategies of the group [Thorstensen, 2012]. Because the BRICS nations will finally allow for the implementation of WTO and WHO conventional



norms, the integration of health policies in the world's trade law is meaningful and active. During the October 2015 meeting held in Moscow, the BRICS Health Ministers, in order to materialise the Article 5.3. of the WHO Framework Convention, and to enforce the decision FTC/COP3(7) of 2008, decided to establish, in their respective territories, Surveillance Centres or Observatories for the tobacco industry, so that measures can be taken to limit the launching and the proliferation of this kind of products. The first of the five BRICS nations to be actually engaged was Brazil, with the creation of FIOCRUZ in 2016, whose initiative was largely welcomed by the DG of the WHO.

A great part of FIOCRUZ action is to come up with judicial policies aimed to counter the action of certain nations that are heavily dependent on the tobacco industry. The Centre has, thus, elaborated a policy including judicial decisions, and is poised to confirm that, oftentimes when a national lawsuit takes place, States use the WHO Framework Convention as an excuse in order to dismiss the allegations of the industries. Apart from playing a simple influential role, BRICS greatly contributes to the international architecture from an institutional point of view: due to its intervention, it is considered both autonomous and proactive a group. BRICS responds to the conventional dispositions of the International Organisations because of a practical need: facing *hard law* that is often considered vital, and *soft law* envisaged as a necessary mode to enforce conventional law, it seems that BRICS has opted again for the third way, using *soft power* as a transition between these two aspects of the normativity.

195

## **2.B The *soft power* $\equiv$ *soft law* progression: orienting the WTO judicial policy by using the WHO sectorial policy in a BRICS fashion**

Rather than opting for the median jurisdictional confrontation of the DSB, the BRICS prefers an approach of misappropriation of legal mechanisms in the strict sense of the term. The members of the group will play the subtle nuance between will and interests, constituting a third party in certain disputes of the DSB, thus giving substance to their strategy of creating a real right of participation. Indeed, if, because it is not a subject of law, the participation of the BRICS as such in the dispute settlement mechanisms of the WTO is impossible, it remains that its participation fragmented, in the strict framework posed by third-party status, constitutes a means of action. The creation of supervisory bodies for the tobacco industry thus constitutes a bridge between hard law, with undeniable obligation, and soft law, which is illustrated by the



various communications and documents published by the BRICS with a view to notify his will. This institutional gateway is in itself an action of soft power, focused both on the implementation of the provisions of hard law and a directed use of soft law acts.

By the creation of FIOCRUZ, in Brazil, after the meeting of ministers of health in Moscow, the issue of tobacco and related industrial policies, because they threaten compliance with Article 5.3. of the WHO Convention, constitute the basis for the development of a WTO-oriented judicial policy [Ricupero, 2012]. In 2010, a few years before the creation of FIOCRUZ, the Clove Cigarettes dispute between the United States and Indonesia opened. Brazil reserved its third-party rights as soon as the panel was formed. By that time, he was the only BRICS country to have come forward. Its jurisdictional approach can not then be interpreted as a guarantee of an informal representativeness of the interests of the group, but only as the expression of own state interests; of his will. Considering, on the other hand, that Brazil is the third largest producer and exporter of tobacco after China and India, and before Russia, and on the other hand, that it will be the initiative FIOCRUZ, the tobacco issue is of considerable importance in the elaboration of the group's legal, political and health strategies. If the BRICS has been directly involved in setting WHO's sectorial policy, it may be that, as a decisive player in the tobacco market, the practice of policy control industrialists in this field would help them gain legitimacy: by integrating and implementing WHO's health policy, the Group stands as an example to be followed, and not as a threat, thus damaging the pioneering hegemonic in place.

Where Krasner saw irreducible tensions power games, soft device by Keohane and Nye can understand that if the BRICS manages to win, it is by diverting the mechanisms of struggle: the law is no longer useful from now on to guarantee the application of the norms but it serves to legitimize new geopolitical behaviours. In 2010, i.e. some years before the creation of FIOCRUZ, the Clove Cigarettes Dispute between the United States and Indonesia took place. Brazil has reserved its rights as a third party ever since the special group was set up. At that time, it was the only BRICS country to have spoken out. Its jurisdictional approach cannot be interpreted as a token of an informal representation of the group's interests, but only as an expression of its own interests. After the creation of FIOCRUZ, as the *tobacco* issues and the related industrial policies might threaten the enforcement of Article 5.3. of the WHO Convention, they become the basis of the development of a judicial policy implemented within the WTO framework, given that BRICS prefers a diversion of jurisdictional mechanisms.

The most flagrant case of manipulation of judicial policies has recently been illustrated with Australia. In 2011, the country adopted a plain packaging law; the reaction of Imperial Tobacco Australia, British American Tobacco Australia and Philip Morris Limited was not long in coming and in 2012 Australia had to answer for its legislation in a national court. More surprisingly, the WTO has had to decide on the legal-political consequences of this national dispute: since 2012, 5 complaints have been lodged against Australia with the OSD on the grounds that its legislation violates Articles 1, 1: 1, 2: 1, 3: 1, 15, 16, 20 and 27 of the TRIPS Agreement and Articles 2.1 and 2.2 of the TBT Agreement, the WTO treaty provisions recognizing public health as a fundamental element in the development of world trade law. Even more surprisingly, Brazil, Russia, India and China constituted third parties in the said disputes and yet only Brazil presented its arguments only in the context of DS 434 and 458, arguing in the one and the other case that "in order to meet the substantive requirements of Article 6.2 of the DSU, the request for the establishment of a panel must identify the measures targeted in the dispute and contain a brief summary of the legal basis of the claims + add on the reasoning of the parties "(DS434 - 15, §3.21 & 458-18, §3.23)"

197

The concordance between the opening of the consultations of these disputes with the WTO, the reservation of the rights of the third parties of the BRICS, the decision of the Australian judge, and the creation of the FIOCRUZ enjoins to conclude to a strategy of judicial policy on the part BRICS. By acting as guarantor of the FIOCRUZ program and by becoming a third party in disputes relating to the tobacco issue, the BRICS - the median manifestation of Brazil - ensures the implementation of the WHO Framework Convention within the World Health Organization. WTO. Indeed, although the rights of third parties are limited by its argument, Brazil makes it clear that its objective is to ensure the continued existence of FIOCRUZ, the OSD being used as a judicial mechanism to guarantee the project. Thus, the WHO-linked soft power structure FIOCRUZ provides the basis for Brazil's soft law claims under the WTO dispute settlement mechanism.

**CONCLUSION: TO MAKE CAPITALISM MORAL: THE ONGOING ACTION OF THE BRICS: AN *HEGEMON OPERATIONIS***

If the legal subjects of international law are no longer the only ones capable of claiming an hegemonic practice, the fact remains that, in order to form the basis of a paradigmatic reflection on the future of the BRICS, this must be accompanied by a legal approach. However, this aspect has often been abandoned in favor of a strictly political analysis of the group's action. While it is undeniable that the BRICS is revolutionizing governance through the redefinition of the fundamental concept of power, it is in international law that its impact is most striking, as the group acts as a catalyst of normativity. The creation of *soft power* structures ensures the implementation of *hard law*, which enables to guarantee the scope of the group's *soft law* actions. Likewise, BRICS challenge IOs efficiency: it highlights their inability to also use *soft power* to ensure the enforcement of its own conventional regulations. Using this strategy BRICS becomes a necessary actor for the survival of IOs and, paradoxically, the biggest threat for their future. Thus, in view of the question of how the BRICS participates in the moralization of capitalism, I have considered the hypothesis of a BRICS new form of hegemony, in the sense that the forms of cooperation promoted by the group are innovative and not corresponding to any concept currently in force while the coalition is dominating, step by step, the current global order. BRICS presents itself as a guide to the international society, but at the same time each member insists on maintaining control over its national resources and the area of the world that it actually dominates.

198

BRICS made a genuine redefinition of the fundamental concept of *power* which revolutionized governance [Aldrighi, 2009; Borba Casela, 2011]. Since then, power is defined through the triptych: financial sovereignty - strong and solid technological development - sectorial economy. BRICS practice also leads to a redefinition of power plays [Hurrel, 2009]. So if statocentrism is no longer current, it is a fact, however, that the role of the state remains central: it was only the definition of the state that changed, insofar as it is now exclusively linked to that of capitalism. Since the subprime crisis, it has been about making capitalism moral, clean and transparent. Now, considering that this is the new objective of the international society, this means that until then capitalism was dirty, obscure and immoral. Beyond the redefinition of forms of governance, BRICS cooperation therefore forms part of a new era; an era dedicated to the purification of capitalism. And if the challenge seems to be of marxist inspiration, it is not, however, incompatible with today's neoliberal practice: ambition is, in effect, to convert capitalism into morality. It is not about destroying it but all purity is cruelty, and in the present case purifying capitalism would be to suppress the mechanism of surplus value. The BRICS tries to respond to





the demand to cleanse capitalism. Neoliberalism is moving towards the end and the hypotheses of post-hegemony are only partially illuminating. BRICS cooperation presents itself as the 3rd long awaited path: far from neoliberalism and socialism, the BRICS incarnates the original will that animated the creators of this famous "third world". Because, in fact, at the beginning of the Cold War, the Third World was not the expression of a stigmatization, reflecting rather the will to create an alternative to the two blocs. The third world was, therefore, the incarnation of the third possible way. To think of the BRICS, which has questioned the whole architecture of the international society since WWII, is, therefore, to think of the exit of an East-West / North-South sclerosing opposition.

By recognizing the fundamental existence of classical IOs but by substituting their normative framework by its own, the BRICS demonstrates their inefficiency. There is therefore a BRICS normativity built on a triple logic *interpretation - explanation - modification* of the law in order to ensure its domination of the political game. The law is no longer a guarantee of the current world order: it becomes an instrument at the service of a real and deep change. Although the BRICS was initially formed with a view to ensuring "a fairer world trade", the expansion of its scope has continued since the Iecaterina and Fortaleza Summits, making the question of the regulation of health policies an influencing tool and /or argument to curb WTO Law. It is by misappropriating the median WTO law that BRICS succeeds in redefining normativity. In response to the ontological legal crisis, classical IOs are the most endangered and tend to be imperialistic, going beyond the original function of the *hegemon-guide*- to make it a *hegemon-dominus*.

By proposing alternatives of governance oriented using health policies and making innovative use of WTO law, the BRICS revives with the first conception of the *hegemon*, a guide working for the common good, without losing sight of the realization of its own interests. Highlighting the complementarity between the approaches of Keohane and Krasner, we can thus consider that the counter-multilateralism of Keohane, in that he interprets the mechanisms of state coalition as consubstantial to the realization of a true cooperation, brings a track of answer to the vision of Krasner, which consists of an explanation of the state of the median international relations the power games. The BRICS have made their state weakness a decisive asset and although the legality of the instruments used is questionable, the fact remains that their use allows the group to upset the criteria of normativity accepted until then. So, because BRICS assertion of hegemonic power involves cooperation, and to mark the semantic



difference from the overly connoted concept of hegemon, we propose to now call the BRICS *Hegemon Operationis*, posing the hypothesis that this new form of regulating international relations would be the way to make capitalism moral.

## REFERENCES

We have chosen not to deliver the exhaustive list of official BRICS documents used and refer to the webs ite : <http://www.brics.utoronto.ca/docs/>.

FREITAS, Ricardo de Brito. As condições da pesquisa científica em direito penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Vol. 41, N°47, Bauru, Edite, jan-jun 2007.

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, Vol.54, N°3, 2000.

ACHARYA, Amitav. *The End of American World Order*. Cambridge: Polity, 2004.

ALDRIGHI, Dante Mendes. *Cooperation and coordination among BRICS countries: potential and constraints*. Brasil: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, 2009.

BARTSCH, Sonja. The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria. In Sonja Bartsch et alli. (eds). *Global Health Governance and the Fight Against HIV/AIDS*. Basingstoke: Palgrave Macmillan. 2007.

BORBA CASELA, Paulo. *BRICS: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul*. Brasil: Atlas - Paperback. 2011.

CASHWELL, Amber et alli. BRICS in the response to neglected tropical diseases. *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 92, N°6, 2014.

CHAKRABORTY, Debashis; SENGUPTA, Dipankar. IBSAC (India, Brazil, South Africa, China): A Potential Developing Country Coalition in WTO Negotiations (December 18, 2006). *Centre de Sciences Humaines Occasional Paper No. 18*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1626717>.

CHATZISTAVROU, Filippa. L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit. *Le Portique* [On line]. Available at <http://leportique.revues.org/591>. Consulted in 30 set. 2016.

CRESWELL, Jacob et al. Tuberculosis in BRICS: challenges and opportunities for leadership within the post-2015 agenda. *Bulletin of the World Health Organization*, Vol.92, 2014.

COX, Robert. Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method. *Millenium Journal of International Studies*, Vol. 12, N°2, 1983.

FRASER, Julia. BRICS ministers join forces for access to medicines, *Intellectual Property Watch*, [On line]. Available at <https://www.ip-watch.org/2014/05/20/brics-ministers-join-forces-for-access-to-medicines/>. Consulted in Sep. 2016.

GAUTIER, Lara, et al. Reforming the World Health Organization: what influence do the BRICS wield?. *Contemporary politics*, Vol.20, N°2, 2014.

GRAY, Kevin; MURPHY, Craig. Introduction: rising powers and the future of global governance. *Third World Quaterly*, Vol.34, N°2, 2013.

GRUBER, Lloyd. *Ruling the World: Power Politics and the Rise of International Institutions*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

HAGGARD, Stephan; SIMMONS, Beth. Theories of international regimes. *International Organization*, Vol.41, 1987.

HURRELL, Andrew. Hegemonia, liberalism e ordem global: qual é o espaço para potencias emergentes?. In Hurrell Andrew *et alli* (eds). *Os BRICS e a ordem global*. Rio de janeiro: Editora FGV, 2009.

KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. Transgovernmental Relations and International Organizations. *World Politics*, Vol.27, N°1, 1974.

\_\_\_\_\_. *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory*. Boulder: Westview, 1989.

\_\_\_\_\_; MILNER, Hellen (eds). *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Power and Governance in a Partially Globalized World*. London: Routledge, 2002.

\_\_\_\_\_; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. London, Pearson, 2001.

KEOHANE, Robert; MORSE, Julia. Counter-Multilateralism and Regime Complexes. *CMRev*. Available at [https://pdfsecret.com/download/1-counter-multilateralism-and-regime-complexes-julia-morse-and-robert-o-keohane1-abstract-\\_5a3cb31dd64ab2a613558fd5\\_pdf](https://pdfsecret.com/download/1-counter-multilateralism-and-regime-complexes-julia-morse-and-robert-o-keohane1-abstract-_5a3cb31dd64ab2a613558fd5_pdf).

KICKBUSCH, Ilona. BRICS? Contributions to the global health agenda. *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 92, 2014.

KNIGHT, Lindsay. UNAIDS: The First Ten Years. Joint UN Programme on HIV/AIDS. Document Number: *UNAIDS/07.20E / JC1262*, 2008.

KOHLMORGEN, Lars. International Governmental Organizations and Global Health Governance: The Role of the World Health Organization, World Bank, and UNAIDS. In Sonja Bartsch et alli (eds). *Global Health Governance and the Fight Against HIV/AIDS*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

KRASNER, Stephen. Structural Causes and Regime Consequences: Regime as intervening Variables. *International Organization*, Vol.36, N°2, 1982.

\_\_\_\_\_. Rethinking the sovereign state model. *Review of International Studies*, Vol.27, N°5, 2001

\_\_\_\_\_. Sharing sovereignty: New institutions for collapsed and failing states. *International security*, Vol. 29, N°2, 2004.

NARLIKAR, Amrita. *International trade and developing countries: bargaining coalitions in GATT and WTO*. London: Routledge, 2004.

NOGUEIRA, Joao Pontes. Os BRICS e as mudanças na ordem internacional. In Pimentel, José Vicente de Sa et al. (eds.) *O Brasil, os BRICS e a Agenda Internacional*. Brasília: FUNAG, 2012.

NYE, Joseph. Soft Power. *Foreign Policy*, N°80, 1990.

ODELL, John S.; SELL, Susan. Reframing the issue: the WTO coalition on intellectual property and public health, 2001. In *Negotiating trade: Developing countries in the WTO and NAFTA*, 2006.

202

OMS - OMC. 2002. *Les Accords de l'OMC et la Santé publique*. Etude conjointe.

OMS. 2015. *Investir pour réduire l'impact mondial des maladies tropicales négligées Troisième Rapport*.

OMS. *Directives pour l'application de l'article 5.3 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac sur la protection des politiques de santé publique en matière de lutte antitabac face aux intérêts commerciaux et autres de l'industrie du tabac*.

OXFORD, Anne. From promise to practice? The legal significance if the Responsibility to Protect concept. *Global Responsibility to Protect*, Vol.3, N°4, 2011.

PEREZ, Owen. Fuzzy Law: A Theory of Quasi-Legal Systems. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol.28, N°2, 2015.

RICUPERO, Rubens; PIMENTEL, José Vicente de As; AMARAL, Sergio. *O Brasil, os BRICS e a agenda internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

SHELEPOV, Andrey. *BRICS engagement with international institutions for better governance*. BRICS and Global Governance. London: Routledge, 2018.

SHRADDHA, Naik. The Rise of BRICS- A Multipolar World?. Jawaharlal Nehru University, New Delhi, *Asia-Pacific ISA Conference Hong Kong- 25-27 of June 2016*.



SILVA, Jarbas Barbosa et alli. BRICS cooperation in strategic health projects. *Bulletin of World Health Organization*. Available at <http://www.who.int/bulletin/volumes/92/6/14141051/en/>.

STRANGE, Susan. Wake up, Krasner! The world has changed. *Review of International Political Economy*, Vol.1, N°2, 1999.

THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. *Os BRICS na OMC: políticas comerciais comparadas de Brasil, Rússia, Índia e África do Sul*. Brasília: Ipea, 2012.

YU, Peter. Access to medicines, BRICS alliances, and collective action. *American Journal of Law and Medicine*, Vol. 34, 2008.

Submissão: 06/02/2019

Aceito para Publicação: 20/08/2019



## POLÍTICAS PÚBLICAS E HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA REGIONAL INTERNACIONAL: A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA

### *PUBLIC POLICY AND THE INTERNATIONAL REGIONAL TAX HARMONIZATION: THE LATIN-AMERICAN EXPERIENCE*

**Jeferson Teodorovicz\***

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar alguns aspectos históricos, teóricos e políticos do processo de harmonização tributária regional internacional relacionado à realidade latino-americana. Diretamente influenciada pela experiência integrativa europeia, a América Latina não demorou para aplicar Políticas Públicas integrativas, visando harmonizar e aproximar comercialmente os países da região. Assim, o trabalho percorrerá desde as primeiras experiências integrativas latino-americanas até alcançar os processos integrativos latino-americanos atuais, sob a perspectiva da tributação. Por fim, pretende-se demonstrar que o processo de harmonização tributária regional internacional latino-americano possui peculiaridades próprias que o distingue das demais experiências internacionais.

**ABSTRACT:** This paper aims at analysing some historical, theoretical and political aspects of the international regional tax harmonization process regarding the latin-american reality. Directly influenced by the european integration experience, Latin America has not take long to apply for the Integration Public Policies, intending to harmonize and to aproximate businesses among the countries of this region. So, this work will go through the beginning of the latin-american integration experience until reaching the current integration process, from the taxation perspective. At the end, it intends to show that the latin-american international regional harmonization process has its own differences facing other international experiences.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Integração Regional. América Latina. Harmonização Tributária.

**KEYWORDS:** Public Policy. Regional Integration. Latin America. Tax Harmonization.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Apontamentos preliminares sobre a integração regional. 2. Os fundamentos teóricos da política de harmonização tributária na América Latina. 3. O programa conjunto de tributação OEA/BID. 4. O Mercosul. 4.1. O Código Aduaneiro do Mercosul e reflexos tributários. 4.2. O Relatório sobre a Harmonização dos Impostos Gerais sobre o Consumo no Mercosul. Conclusão. Referências.

205

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar análise sobre o processo de integração regional latino-americano, especialmente no que diz respeito à experiência de Políticas Tributárias Integrativas na região.

Logo, essa investigação passará por uma breve análise teórica e histórica dos processos de integração regional relacionados ao fenômeno tributário na América Latina.

Assim, a estrutura do trabalho abordará: a) as particularidades do processo integracionista latino-americano; b) os esforços decorrentes de organizações regionais para

\* Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Paraná. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Brasília (UCB), Distrito Federal. Professor Substituto de Direito Empresarial, Direito Internacional Privado e Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná. Pesquisador vinculado ao Projeto de Pesquisa "Aspectos Financieros, Tributarios y Comerciales de la Vivienda Colaborativa", realizado na Universitat Rovira i Virgili, Espanha.



promover a integração econômica (e o desenvolvimento econômico) entre nações latino-americanas, cujo mais notável esforço foi o “Programa Conjunto de Tributação”; c) a experiência integrativa regional setorial, especificamente no que tange ao Mercosul, que apresenta duas medidas de política tributária regional a serem analisadas: c.1. o Código Aduaneiro do Mercosul e; c.2.) O Relatório Geral sobre Impostos sobre o Consumo no Mercosul.

Reconhecendo-se previamente que a experiência europeia serve de referência (embora não se pretenda analisá-la no presente estudo) para experimentos latino-americanos desenvolvidos especialmente a partir da década de sessenta do século XX, pretende-se demonstrar que as Políticas Públicas desenvolvidas na América Latina lograram caminho relevante e com particularidades próprias, e, por isso, e não raras vezes, dotado de originalidade estratégica no enfrentamento dos desafios integrativos regionais.

## 1 APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE A INTEGRAÇÃO REGIONAL

206

A integração regional começa a ganhar maior relevância a partir da experiência europeia nos anos que sucederam a Primeira e a Segunda Guerra Mundial (BAPTISTA, 1998, p. 24). Nesse contexto, surgem a BENELUX (GOMES, 2005, p. 34-38; TILBERY, 1971, p. 02), a CECA e a EURATOM (Comunidade Europeia de Energia Atômica) e a CEE (Comunidade Econômica Europeia) (GOMES, 2005, p. 40; MAIA, 2001, p.183), em vigor em 1958 (TEODOROVICZ, 2017b, p. 30 e ss).

Desenvolve-se o Regionalismo (BASSO, 2008, p. 03-04), fenômeno que personifica a formação de Blocos Econômicos, e que se manifesta paralelamente ao Multilateralismo, que fundamenta o surgimento de organizações internacionais de vocação universal (como a ONU, por exemplo).

O GATT 47, que sedimentou o princípio da exceção da cláusula da nação mais favorecida (TEODOROVICZ, 2017b, p. 30 e ss), favoreceu o impulso de estudos regionalistas, especialmente na tentativa de classificação (por etapas) dos níveis desejáveis de integração econômica regional entre blocos econômicos. Assim, originalmente, surge a classificação mais



difundida, baseada nos níveis de Zona de Livre Comércio, União Aduaneira ou Alfandegária<sup>1</sup>, Mercado Comum<sup>2</sup> e União Econômica Total<sup>3</sup>, cuja proposição, igualmente baseada no GATT 47 e no Tratado de Roma (1957, art. 3<sup>a</sup>), também foi ligada à contribuição teórica de Bela BALASSA (1964, p.01). Isso não significa que essa classificação foi a única apresentada, pois, no decorrer dos anos, surgiram várias outras propostas tipológicas para identificar os níveis desejáveis de integração regional, inclusive aquelas mais atentas ao substrato tributário do fenômeno integrativo, como se pode observar na classificação esboçada por Henry TILBERY, por sua vez baseado também nas lições de Hirofumi SHIBATA e Douglas DOSSER: Zona de Livre Comércio; União Alfandegária; Mercado Comum e; União dos Tributos Internos<sup>4</sup>.

Não é por acaso que a experiência europeia inspirou os primeiros esforços integrativos em outras regiões, especialmente com a consolidação de Zonas de Livre Comércio (com pontuais características de União Aduaneira ou Alfandegária), como África, Ásia, e, especialmente, América Latina<sup>5</sup> (GOMES, 2008, p. 01-03; MARTINS, 1997, p. 06-07; MARTINS, 2000, p. 07; BAPTISTA, 2008, p. 01-03; TILBERY, 1971, p. 96).

Reforce-se, contudo, que a experiência integrativa na América Latina não é recente (TEODOROVICZ, 2017a, p. 328-331; EKMEKDJIAN, 1996, p. 103-114), ainda que, no século XX, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, tenha se inspirado nos exemplos

<sup>1</sup> A Zona de Livre Comércio, ou Zona de Livre Troca, bem como a União Alfandegária, ou União Aduaneira estão previstas no GATT 47 – Acordo Geral de Tarifas e Comércio (artigo XXIV). Por sua vez, o art. XXIV. 8. (b) define a Zona de Livre Comércio. Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT 1947.

<sup>2</sup> A etapa denominada “Mercado Comum”, teve previsão no art. 3º do Tratado de Roma, que previa a abolição entre os países membros, de obstáculos relacionados à livre circulação de pessoas, serviços e capitais (TILBERY, 1971, p. 11). Sobre o assunto, também: COSCIANI, 1969, p. 569.

<sup>3</sup> Com o Tratado de Maastricht, reforçado pelo Tratado de Amsterdam, a União Europeia consolida o seu intento, pois além de consolidar o mercado comum interno europeu, caracterizado pela livre circulação de mercadorias, capitais, pessoas e serviços, serve também à estruturação da moeda única, bem como o estabelecimento de políticas que viabilizaram a União Econômica e Monetária (ACCIOLY, 1998, p. 32-50; TEODOROVICZ, 2006, p. 504-505; TEODOROVICZ, 2005, p. 233-235; TEODOROVICZ, 2009b, p. 40-82).

<sup>4</sup> Nesse sentido, Hirofumi Shibata define a União de Tributos como um acordo internacional elaborado por determinado grupo de países referente aos impostos internos, no qual os países participantes acordam na efetivação de “[...] uma série de ações simultâneas com respeito a uma reorientação da discriminação geográfica prescrita em sua estrutura fiscal interna” (SHIBATA, 1967, p. 189 e ss). Sobre o assunto, também: DOSSER, 1967, p. 10-16; TILBERY, 1971, p.12-13.

<sup>5</sup> Recorde-se, ainda na Europa, a instituição da Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), criada pelo Tratado de Estocolmo. Na Eurásia, surgiu o COMECON, ou “Conselho de Assistência Econômica Mútua”, que existiu durante a Guerra Fria, e que era formada pela então União Soviética, e seus “Estados-Satélites”, bem como a Associação de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC) e a Comunidade de Estados Independentes (CEI), que logrou participação de países do “Leste Europeu” e Ásia após a extinção da URSS (AMARAL, 1995, p.29). Também surgiram algumas manifestações integrativas na África, tais como o Mercado Comum da África Oriental. Já na América Central, destacaram-se o Mercado Comum da América Central (MCCA) e a Associação de Livre Comércio do Caribe (CARIFTA), todos sendo blocos regionais destinados à evolução integrativa de seus associados (TILBERY, 1971, p. 73-163).

européus de associações de livres-comércios, uniões aduaneiras ou alfandegárias e mercados comuns manifestados a partir daquele período<sup>6</sup>.

Porém, efetivamente, essa tendência integracionista vai se manifestar com maior força nos anos seguintes, como demonstram Paulo Roberto de ALMEIDA (1993, p. 167-171) e Haroldo PABST (1998, p. 01-02).

Inicialmente, em 1941, Brasil e Argentina fazem um ensaio de “união aduaneira”, mas sem resultados efetivos em virtude das diferenças diplomáticas que se manifestaram no período da Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, em 1948, cria-se a CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina, da ONU), que passa a defender o ideal de integração regional e, notadamente, a criação de uma União Aduaneira na América do Sul (TEODOROVICZ, 2017a, p. 328-331; TEODOROVICZ, 2009b, p. 214-233).

Nesse contexto, deve-se considerar também que a experiência e a evolução da sistematização tributária em países latino-americanos passaram por um processo de aproximação natural que foi impulsionada pela codificação legislativa tributária dos países latino-americanos. Além disso, somam-se os esforços e estudos integrativos incentivados por organizações internacionais latino-americanas, tais como ALALC, BID, OEA, e CEPAL, a partir da Segunda Guerra Mundial (TEODOROVICZ, 2017b, p. 30-37). Tanto o movimento codificador dos sistemas tributários latino-americanos, como a integração regional inspiram-se no Direito Europeu<sup>7</sup>.

Assim, os esforços de sistematização do ordenamento tributário presentes na literatura e na legislação tributária europeia (e sobretudo alemã) influenciaram largamente as primeiras tentativas de codificação tributária na América Latina, que teve no México (1938), na Argentina (1942), no Brasil (1953), e no Uruguai (1957)<sup>8</sup>, suas primeiras experimentações legislativas.

<sup>6</sup> Já no início do século XX, no ano de 1909, através da ideia de Alejandro Bunge, e no ano de 1927, por sugestão de Eliodoro Yáñez e Guillermo Subercaseaux, ocorreram algumas propostas de formação de uma União Aduaneira na América Latina (EKMEKDJIAN, 1996, p.103-114).

<sup>7</sup> O movimento codificador foi iniciado a partir da RAO (ReichAbgabenOrdnung), o “Código Tributário do Reich”, de 1919, de autoria de Enno Becker (COSTA, 1984, p. 241-242; TEODOROVICZ, 2012, p. 215 e ss; TEODOROVICZ, 2009b, p. 214-233).

<sup>8</sup> Desta forma, sobre o movimento codificador, recorde-se o panorama oferecido por Ramón Valdés Costa: “[...] O movimento se inicia, como se sabe, no México, com o “Código Fiscal da Federação”, de 1938, com soluções muito particularizadas, precedido pela Lei de Justiça Fiscal, de 1926, que se incorpora no Código, e que foi observada por outros Códigos Estaduais. Nos anos seguintes são estruturados valiosos anteprojetos: em 1942, na Argentina, por CARLOS MARIA GIULIANI FONROUGE; em 1953, no Brasil, por RUBENS GOMES DE SOUZA; e em 1957 no Uruguai, por uma comissão mista de professores, funcionários e profissionais, à qual nos coube presidir [...]” (COSTA, 1984, p. 241-243).



É perceptível que a codificação dos sistemas tributários liderada pelo Código Tributário Alemão, e que teve reflexos tanto no Direito Tributário Europeu, como no Direito Tributário Latino-Americano, e as teorias, institutos e concepções que surgiam na época, foram adotadas em considerável parcela das legislações tributárias, prova de que o processo de desenvolvimento dos sistemas tributários pertencentes aos Estados Soberanos Europeus e Latino-Americanos apresenta inerente harmonização, pois em maior ou em menor medida acabaram influenciados por circunstâncias jurídicas comuns.

Naturalmente, cada sistema tributário seguiu instituição e evolução específicas, o que pode ser considerado como um fator inerente à própria complexidade que cada ordenamento jurídico apresenta, bem como também relacionado às tendências doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais de cada país, não esquecendo de que os fatores sociais, culturais, econômicos e políticos específicos de cada nação também influenciam na criação de seus sistemas jurídicos (TEODOROVICZ, 2017b, p. 37 e ss).

De qualquer forma, todos esses esforços resultaram em certa convergência entre os sistemas tributários dos países latino-americanos, notadamente os que foram diretamente influenciados pelas organizações internacionais supracitadas, bem como pela experiência de sistematização do Direito Tributário Europeu (e, por reflexo, do Direito Tributário Latino-Americano).

Nesse contexto, em 1960, ocorreu a assinatura do Tratado de Montevideú, criando a Associação Latino-Americana de Livre-Comércio (ALALC), voltada à constituição de um futuro mercado comum regional, mas embasada primordialmente na estrutura de uma zona de livre-comércio. Fixou-se um prazo para a adoção dos dispositivos previstos no Tratado, por parte dos países signatários. Após um longo período de relativa estagnação do processo integrativo, e de aberturas de listas de exceções, foi assinado, em 1980, o Tratado de Montevideú, que instituiu a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), em substituição à ALALC, e voltada a um amplo processo de reestruturação de objetivos, compromissos e modalidades da integração econômica na América Latina, especialmente visando alcançar a correção de alguns problemas que ocorreram durante a vigência da ALALC (TEODOROVICZ, 2017a, p. 328-331).

No entanto, a ALADI também não logrou o êxito que almejava, devido, sobretudo, à possibilidade, como previsto no artigo 7º do Tratado de Montevideú, de 1980, do estabelecimento de acordos regionais entre os participantes da ALADI, o que de fato ocasionou

um “redirecionamento” da postura das políticas integrativas latino-americanas (GOMES, 2008, p. 01 e ss).

Em 1988, Brasil e Argentina assinam o “Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento”, voltado à consolidação do processo integrativo bilateral, bem como à instituição de um espaço econômico comum no prazo máximo de dez anos, além da harmonização das políticas aduaneira, comercial, agrícola, industrial, de transporte e comunicação, dentre outras medidas igualmente relevantes.

A assinatura desse acordo bilateral entre Brasil e Argentina foi o passo decisivo para a aproximação entre os dois países e a futura assinatura do Tratado de Assunção, de 1991, firmado inicialmente por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, e estabelecendo a futura criação de um mercado comum entre os países signatários, o denominado MERCOSUL, que entraria a partir de 31 de dezembro de 1994.

Destaca-se também, em 1991, a assinatura do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias, e posteriormente, em 1994, a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, destinado à constituição de uma estrutura institucional para o MERCOSUL, estabelecendo a natureza de sujeito de direito internacional ao Bloco, além da criação de dispositivos visando à harmonização das legislações e políticas interestaduais.

Atualmente, o MERCOSUL caminha lentamente entre o que se poderia chamar de Zona de Livre Comércio e União Aduaneira, muito embora se identifique clara divergência doutrinária (FERNANDES, 1999, p. 54-55) quanto à inserção de uma ou outra etapa integrativa do Bloco Mercosulino.

Adicionalmente, o surgimento de acordos regionais entre países membros da ALADI foi tendência mantida por outras experiências, como destaca Gomes, refletindo o processo de integração regional setorializada, em que “[...] houve o relançamento do projeto integracionista do antigo Pacto Andino, atual Comunidade Andina de Nações (CAN), com a assinatura do Protocolo de Trujillo, no Peru, em data de 10 de março do ano de 1996” (GOMES, 2008, p. 01 e ss)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Apesar de não constituírem um legítimo bloco “latino-americano”, mencione-se também na América do Norte a criação do NAFTA, que se constituiu em um Acordo assinado por Canadá, México e Estados Unidos da América, e que consiste na introdução de uma Zona de Livre Comércio. No entanto, essa Zona de Livre Comércio é limitada em certos aspectos. Dessa maneira, muito embora os Estados Unidos da América e o Canadá mantenham a livre circulação entre eles, o México é alvo de larga discriminação na circulação para os outros dois membros (MARTINS, 1997, p. 07). Recorde-se também, por fim, a tentativa de implantação da ALCA - Área de Livre Comércio das Américas -, que teve como grande idealizador os EUA, sendo projetada para a criação de uma zona

Assim, no esforço de promover maior integração regional (sobretudo econômica), desenvolvem-se estudos sobre formas de aproximação de sistemas tributários entre países integrantes de Blocos Econômicos. Desses estudos, emana-se a teoria da Harmonização Tributária Internacional Regional, cujas linhas preliminares serão apresentadas no próximo tópico.

## 2 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA POLÍTICA DE HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NA AMÉRICA LATINA

Luiz VILLELA, Alberto BARREIX e Fernando VELAYOS (2007, p. 03 e ss), em estudo encomendado pelo BID, apresentam interessante busca pelo sentido do termo “Harmonização tributária”. Em síntese, para os autores, “[...] não existe unanimidade quanto ao conceito técnico de harmonização tributária”<sup>10</sup>.

Não foram poucos os esforços doutrinários dedicados a solucionar o problema, já que várias foram as propostas de conceituação para a harmonização tributária<sup>11</sup>.

211

de livre comércio entre praticamente todos os países do continente americano, mas que até o presente momento ainda não foi implantada (BAPTISTA, 2008, p. 01 e ss).

<sup>10</sup> Examinando a literatura, Luiz VILLELA, Alberto BARREIX e Fernando VELAYOS destacam que o “glossário” da “Internacional Bureau of Fiscal Documentation” define a harmonização fiscal como a eliminação de diferenças ou incoerências entre os sistemas tributários de distintas jurisdições, ou fazer com que essas diferenças ou incoerências se tornem compatíveis. A respeito dessa definição, os autores acrescentam que a segunda parte dessa definição parece ser abrangida pela primeira, pois, se é possível compatibilizar uma determinada incoerência, a conclusão é de que essa compatibilidade elimine essa mesma incoerência (BARREIX; VILLELA; VELAYOS, 2007, p. 02-03).

<sup>11</sup> Nesse sentido, a título exemplificativo, recorda-se o esforço feito por Claudino PITA na tentativa de conceituação do fenômeno: “A harmonização tributária é um processo através do qual vários países efetuam de comum acordo modificações nos seus sistemas tributários para torná-los compatíveis, de modo a não gerar distorções que afetem suas relações econômicas no contexto de um tratado de integração econômica. Isso não significa unificar as normas legislativas ou administrativas relativas a um determinado tributo ou a um sistema tributário, e sim adequá-las a critérios comuns que permitam eliminar ou reduzir as distorções resultantes das divergências de maior gravidade” (1995, p. 121). A harmonização tributária também foi conceituada por Carl S. SHOUP, para quem “[...] a harmonização fiscal consiste em qualquer mudança nos sistemas de Finanças Públicas dos países membros de um mercado comum ou uma área de livre comércio, que tem a intenção de conseguir os objetivos dessa união econômica” (1966, p. 23 e ss; 1971, p. 164-165). Já o Relatório Neumark, produzido pelo Comitê Fiscal e Financeiro da CEE – o Comitê Neumark – definiu como harmonização fiscal ou tributária o conjunto de medidas necessárias para o estabelecimento de condições de tributação e despesas públicas semelhantes aos que existiriam em uma economia unificada. Não obstante, é preciso lembrar que o Relatório não buscava a realização de um sistema tributário unificado – em uma perspectiva ideal. Por esse motivo, o Relatório destacou a maior viabilidade do processo de Harmonização dos sistemas fiscais e das políticas financeiras (Comité Fiscal y Financiero de la CEE, 1963, p. 153). Ainda, a Harmonização dos impostos é considerada, por Luiz Manuel ALONSO GONZÁLEZ, Juan Francisco CORONA RAMÓN e Francisco VALERA TABUENÑA, como uma parcela da própria harmonização fiscal, notadamente no que diz respeito à veiculação dos impostos a objetivos integrativos (1997, p. 02-04). Mas, por outro lado, quando a harmonização dos impostos é viabilizada através de

Reforce-se também que a Harmonização Fiscal ou Tributária refere-se ao substrato tributário, e não à parcela ampla do substrato financeiro, como informam Peggy MUSGRAVE (1967, p. 216) e Carl SHOUP (1971a, p.166).

Por outro lado, é preferível uma conceituação que caminha à teoria geral, frente a uma conceituação vinculada a um Bloco Econômico específico, na esteira das lições de Hirofumi SHIBATA (1967, p.189 e ss).

Para Edison Carlos FERNANDES, a harmonização tributária denota a efetivação de modificações internas nos sistemas de impostos, enquanto processo típico dos fenômenos de integração econômica (2002, p. 199 e ss).

Em sucinto esforço para delimitar o fenômeno, a Harmonização Tributária Internacional Regional é a especialização tributária da Teoria da Integração Econômica Internacional Regional (que se direciona para a diminuição gradativa das causas da distorção tributária entre sistemas tributários nacionais) (TEODOROVICZ, 2017a, p.161-184).

No campo de Política Tributária de Harmonização Tributária Regional, a América Latina apresentou esforços próprios relativos à conexão entre tributação e a integração regional, no que respeita, primeiramente, à consagração de uma zona continental de livre comércio entre países latino-americanos, onde se destacaram a ALALC e a ALADI, assim como outras entidades regionais como o BID, a CEPAL e a OEA, e posteriormente, com a consecução de um mercado interno comum, fenômeno melhor identificado em formações sub-regionais, como o Mercosul (TEODOROVICZ, 2017b, p. 47 e ss). Para alcançar esse objetivo, contudo, as entidades integracionistas latino-americanas lançaram de estratégias peculiares, que, por sua

212

---

acordo entre países membros, Douglas DOSSER entende que ocorre a configuração da União dos Impostos ou União Fiscal (1967, p. 10). No mesmo sentido, Hirofumi SHIBATA (1967, p. 189 e ss). Por esse motivo, destacam Luiz Manuel ALONSO GONZÁLEZ, Juan Francisco CORONA RAMÓN e Francisco VALERA TABUELA que a União Fiscal – definida na doutrina de Shibata e Dosser - deve ser distinguida da ideia de harmonização fiscal ou tributária ou mesmo da noção de coordenação fiscal ou tributária, pois a união exige a renúncia de razoável parcela de soberania dos países membros, notadamente na matéria fiscal “[...] ainda que a última geralmente permita que os países individuais retenham uma autonomia considerável nestes assuntos” (ALONSO GONZÁLEZ; CORONA RAMÓN; VALERA TABUEÑA, 1997, p. 02-04). Na literatura tributária brasileira, recorde-se a ponderação de Vittorio CASSONE, para quem “[...] a harmonização fiscal nasce da exigência de evitar distorções econômicas geradas pelas disparidades existentes entre os sistemas tributários dos Países-membros [...]”, representando, ao mesmo tempo, “[...] um fundamental instrumento para o alcance dos objetivos previstos no Tratado CEE, quais sejam, a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais” (2002, p. 166). No mesmo sentido, Fernando VELAYOS, Alberto BARREIX e Luiz VILLELA concluem que o termo “armonización” tem sido definido de diversos modos, mas de qualquer maneira, suas diversas definições sempre estão ligadas ao nível de integração econômica perseguido, o que remete à noção de Harmonização Fiscal ou Tributária o teor instrumental para a consecução da integração econômica regional (2007, p. 02-03). Em semelhante sentido: ALONSO GONZÁLEZ; CORONA RAMÓN; VALERA TABUEÑA, 1997, p. 03 e ss; TEODOROVICZ, 2017a, p. 161-184; ROCHA, 2003, p. 13-95; TEODOROVICZ, 2009b, p. 130 e ss.



vez, conectavam-se com as próprias particularidades (inclusive históricas) legislativas tributárias dos países latino-americanos.

### 3 O PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTAÇÃO OEA/BID

Embora os primeiros e mais relevantes esforços integrativos tenham sido verificados na realidade europeia, rapidamente seus reflexos começaram a ser percebidos em outras regiões do planeta. Nesse contexto, a América rapidamente seguiu o exemplo europeu e passou a se dedicar assiduamente ao estudo dos aspectos tributários inerentes à integração econômica regional. Influenciados pelos exemplos supracitados, a OEA - Organização dos Estados Americanos - e o BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento - lançaram no ano de 1961 o “Programa Conjunto de Tributação OEA-BID”, contando com a colaboração da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. Este Programa apresentava diversos mecanismos, pesquisas e iniciativas que propiciaram o incentivo à aproximação entre os sistemas tributários nacionais da América Latina, relacionados especificamente aos países membros da ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio (TEODOROVICZ, 2017b, p. 39 e ss).

213

Dentre as várias contribuições do Programa para o estudo da Teoria da Harmonização Tributária Internacional recorda-se o “Modelo de Código Tributário para a América Latina”, organizado por Carlos M. Giuliani Fourouge, Ramon Valdés Costa e Rubens Gomes de Sousa (TEODOROVICZ, 2009a, p. 221 e ss; VALDÉS COSTA, 1984, p. 241-242; TEODOROVICZ, 2012, p. 215 e ss; TEODOROVICZ, 2009b, p. 214-233). Mas outras louváveis iniciativas foram trazidas pelo Programa, que também merecem igual recordação.

Uma dessas iniciativas resultou na realização de duas conferências (intituladas “Reforma Tributária para América Latina”) realizadas na década de sessenta, a primeira sobre administração tributária em outubro de 1961, na Argentina, e outra sobre política tributária, em Santiago, no Chile, em dezembro de 1962, cujo objetivo expresso era de criar um conjunto de orientações para o desenvolvimento econômico da região, bem como garantir maior entrosamento através dos sistemas tributários latino-americanos (TEODOROVICZ, 2017a, p. 341-351).

Em realidade, o Programa Conjunto de Tributação apresentou várias ações destinadas a esse objetivo, e que acabaram publicadas no intuito de oferecer maior divulgação de suas ideias e orientações. Buscava, sobretudo, conhecer as peculiaridades dos sistemas tributários latino-americanos, suas diferenças e seus pontos em comum. Assim, teve-se início a elaboração de uma série de estudos técnicos<sup>12</sup>, elaborados por *experts* na matéria, denominada “Sistemas Tributários da América Latina”<sup>13</sup>.

Nesse contexto, no terceiro volume da série “Reforma Tributária para América Latina”, o Programa Conjunto de Tributação publicou o “Modelo de Código Tributário” (Modelo de Código Tributário, 1966, p. 01 e ss.), encomendado pelo próprio Programa para constituir-se em modelo-padrão a ser observado pelos sistemas tributários latino-americanos, em seus processos de harmonização legislativa.

Os especialistas encarregados da redação do Modelo foram os membros da Comissão Redatora presidida pelos Professores Carlos Giuliani Fonrouge (Argentina), Rubens Gomes de Sousa (Brasil) e Ramón Valdés Costa (Uruguai)<sup>14</sup> (TEODOROVICZ, 2017a, pp.341-351).

214

<sup>12</sup> Nas palavras do então Diretor Executivo do Programa Conjunto de Tributação, Sr. Manuel Rapoport, essa série de estudos técnicos buscava despertar o interesse pelo estudo dos problemas fiscais nos distintos países latino-americanos. Conforme se observa no fascículo dedicado ao Uruguai, e como o próprio Diretor explicou na apresentação do volume, este foi preparado pelos técnicos da unidade de finanças públicas do Departamento de Assuntos Econômicos da União Panamericana, tomando como base o trabalho original (e mais extenso) encomendado pelo Programa ao Sr. Edison Gnazzo, *expert* responsável pela elaboração da pesquisa. Interessante notar que todos os demais volumes da série tiveram como base essa mesma estrutura, sempre focada em apresentar um resumo didático extraído de um trabalho de pesquisa mais extenso e aprofundado, geralmente elaborado por um *expert* do país de origem do sistema tributário em análise (TEODOROVICZ, 2017a, p. 341-351).

<sup>13</sup> As publicações do Programa Conjunto de Tributação OEA/BID na série “Sistemas Tributários da América Latina” focaram-se em alguns países latino-americanos. Além da publicação da série destinada a divulgar os estudos que buscavam apurar as principais características dos sistemas tributários nacionais dos países latino-americanos, o Programa Conjunto de Tributação publicou a série de conferências e estudos celebrados na Argentina e no Chile. Os trabalhos apresentados por especialistas em política tributária e finanças públicas foram organizados e publicados na Coletânea denominada “Reforma Tributária para América Latina”, cujos dois primeiros volumes referiam-se aos trabalhos publicados respectivamente nas conferências organizadas em Buenos Aires (volume I, Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, 1961, p. 01-546), em 1961 e em Santiago, no Chile (volume II, 1962 (Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, 1962, p. 01-546), contendo importantes estudos e pesquisas relativos a temas comuns alinhados aos estudos descritivos do “estado da arte” dos sistemas tributários latino-americanos da época, bem como sobre as perspectivas de desenvolvimento econômico da região. Posteriormente, foram publicados o volume III da coletânea (Modelo de Código Tributário), e o volume IV (A Política Tributária como Instrumento de Desenvolvimento). Esta última publicação tinha como objetivo sedimentar os documentos e conclusões da III Conferência Interamericana de Tributação, ocorrida no México, em setembro de 1972 (Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, 1973, p. 01-553).

<sup>14</sup> Além desses celebrados estudiosos, a elaboração do Modelo de Código Tributário teve a colaboração de Aurelio Camacho Rueda (Colômbia), Enrique Piedrabuena (Chile), Alonso Moisés Beatriz (El Salvador), Carlos A. Mersán (Paraguai), Enrique Vidal Cárdenas (Peru) e Juan Andrés Octavio (Venezuela), contando ainda por Secretário Executivo, o Sr. J.C. Pacchiotti. Esses colaboradores foram responsáveis pela leitura, comentários e sugestões ao Modelo de Código Tributário para a América Latina, redigido pela Comissão Redatora. Em carta encaminhada ao Diretor Executivo do Programa Conjunto de Tributação OEA/BID, Manuel Rapoport, e assinada





O objetivo da elaboração do Modelo de Código Tributário foi justamente oferecer um *standard* pautado em esforço conjunto de notórios especialistas em tributação, e que consolidasse os princípios gerais e as normas de procedimento em matéria tributária, visando o aprimoramento legislativo tributário (bem como a própria harmonização legislativa) nos países da América Latina, confiando que o Modelo, “[...] por suas características, constitua-se em um valioso antecedente – o primeiro de sua natureza de dimensão regional – que estimule, mediante sua análise e crítica pelos especialistas interessados na matéria, o desenvolvimento do direito tributário” (RAPOPORT, 1968, p. iii). Logo em seguida foi publicada a Exposição de motivos do Modelo<sup>15</sup>, buscando explicar e descrever pormenorizadamente os aspectos e fundamentos principais da elaboração de cada dispositivo legal previsto no Modelo, revelando-se interessante fonte de pesquisa doutrinária.

Mas os trabalhos do Programa não se limitaram aos anteriores e prosseguiram no objetivo de servir como inspiração para as políticas tributárias integrativas na América Latina, seguindo novamente com publicações de destaque, no que se recordam também os estudos técnicos comparativos entre determinados assuntos considerados estratégicos pelo Programa, a exemplo de: a) pluritributação internacional sobre a renda e medidas aplicáveis aos países exportadores de capital<sup>16</sup>; b) estudo comparativo sobre as estruturas das administrações tributárias<sup>17</sup> na América Latina; c) estudo comparativo sobre os regimes de infrações e sanções<sup>18</sup> em matéria tributária nos sistemas latino-americanos; d) estudo comparativo sobre as classificações de tributos adotadas por cada país da América Latina<sup>19</sup>.

215

---

pelos três membros da Comissão Redatora do Projeto em Montevidéu, no dia 17 de abril de 1967, ressaltou-se que, além dos colaboradores “oficiais” supracitados, auxiliaram para o aprimoramento do Modelo alguns renomados estudiosos latino-americanos e norte-americanos, dentre os quais: Brasil: Amílcar de Araújo Falcão, Ruy Barbosa Nogueira, Sylvio Santos Faria, Alcides Jorge Costa e Gilberto Ulhôa Canto; Uruguai: Instituto Uruguai de Direito Tributário (representado por Juan Carlos Peirano Facio e Leopoldo Hughes); Argentina: Manuel de Juano; Estados Unidos da América: Ernest Grayson (então assessor da administração tributária do Uruguai), Joseph P. Crockett, assessor tributário da OEA. Interessante mencionar o agradecimento feito aos Professores de Direito Civil Jorge Peirano Facio (Uruguai), José Sanchez Fontans (Uruguai), Orlando Gomes (Brasil), José Paulo Cavalcanti (Brasil) e Vicente Ráo (Brasil), pela colaboração na parte relativa à noção de obrigação e relação jurídica tributária. Carta assinada por Carlos María Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Sousa e Ramón Valdés Costa e enviada ao Programa Conjunto de Tributação OEA/BID. In: Reforma Tributaria para America Latina. III. Modelo de Codigo Tributario, 1968, p. ix.

<sup>15</sup> Programa Conjunto de Tributación (OEA/BID), 1967, p. 01 e ss.

<sup>16</sup> Programa Conjunto de Tributación. OEA/BID. UP/G.15/8. 22 abril 1967.

<sup>17</sup> Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. 1967, p. 01-106.

<sup>18</sup> Programa Conjunto de Tributación. OEA/BID. UP/G.15/34. 20 mayo 1971.

<sup>19</sup> Também foi produzido o estudo técnico denominado “Classificación Latinoamericana Comun de los Ingresos Tributarios y Paratributarios (CLASIT). Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. UP/G.15/23 25 de junho de 1970.

Além disso, para verificar periodicamente a eficiência de seu método, o Programa Conjunto de Tributação publicou regularmente os “Relatórios Gerais (Informes Generales)”, que se constituíram em relatórios gerais sobre os progressos na legislação tributária vivenciados nos sistemas tributários dos países-alvo desde o início do Programa, a exemplo do Brasil, Argentina, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Colômbia, Chile, Equador, Haiti, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela<sup>20</sup>.

Contudo, nos anos seguintes, infelizmente, o Programa Conjunto de Tributação não teve a continuidade esperada, sobretudo pelos problemas políticos internos vivenciados nos países membros da ALALC (TEODOROVICZ, 2017b, p. 41 e ss). Após longo período de relativa estagnação e instabilidade do processo integrativo latino-americano, e que conseqüentemente afetou a continuidade do Programa Conjunto de Tributação, a ALALC foi substituída no início da década de 80 pelo Tratado de Montevidéu, que instituiu a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). No entanto, a ALADI também não logrou o êxito almejado, devido, sobretudo, à possibilidade de, como previsto no artigo 7º do Tratado, estabelecer-se a criação de acordos regionais entre os seus participantes, que acabou por redirecionar as políticas integrativas latino-americanas, culminando nas formações regionais setorializadas de integração econômica, a exemplo do MERCOSUL e da CAN.

Apesar desses fatores, o Programa Conjunto de Tributação merece destaque especial por engendrar um amplo programa de estudos e políticas voltado a concretizar a harmonização tributária latino-americana e o desenvolvimento econômico continental, servindo de referência, ainda que técnica, para futuros esforços integrativos.

Evidentemente, existiram outros esforços técnicos ou acadêmicos posteriores concentrados no aperfeiçoamento dos mecanismos de harmonização tributária internacional, especialmente nas últimas décadas (TEODOROVICZ, 2017a, p. 223 e ss): a) o “Relatório sobre a Harmonização dos Impostos Gerais sobre o Consumo no Mercosul”<sup>21</sup>; b) o Ruding Committee, organizado no seio da União Europeia, em 1992, para oferecer estudo sobre a viabilidade de uma proposta de harmonização dos tributos diretos (sobre o patrimônio e a renda), entre os

<sup>20</sup> Programa Conunto de Tributación. Reformas Tributárias en America Latina – 1966-1967. Informes Generales. UP/G.15/10. 30 junio 1967.

<sup>21</sup> COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS. Informe sobre la Armonización de los Impuestos Generales al Consumo en el MERCOSUR. Anexo. (AMARAL, 1995, p. 217 e ss).

países membros europeus<sup>22</sup>; c) a ampla produção bibliográfica e jurisprudencial europeia, as normativas comunitárias (a exemplo das Diretivas IVA), bem como recentes estudos técnicos publicados no seio da União Europeia; d) estudos técnicos elaborados por *experts* do BID para a harmonização tributária dos impostos indiretos na Comunidade Andina das Nações (ARIAS MINAYA; PLAZAS VEJA, 2002, p. 89 e ARIAS; VILLELA; BARREIX; VALENCIA, 2005, p. 19); e) estudos recentes publicados pelo CIAT – Centro Interamericano de Administrações Tributárias, especialmente no intuito de harmonizar a legislação tributária de seus países membros.<sup>23</sup>

Nesse contexto, a Comunidade Andina das Nações, desde 1998, já desenvolvia negociações e estudos para verificar a viabilidade de um IVA harmonizado entre todas as nações da comunidade. O BID, nesse aspecto, teve papel de destaque - junto com a Secretaria Geral da Comunidade Andina, auxiliando nas negociações anteriores ao acordo assinado por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, e elaborando os estudos técnicos destinados a analisar os sistemas tributários atuais dos cinco países e as possibilidades – e estratégias – para a harmonização tributária regional dos impostos sobre o consumo na região andina.

O procedimento de Harmonização Tributária Andina dos Impostos Indiretos foi consolidado com a aprovação das Decisões Número 599 e 600 sobre a “Harmonização de Aspectos Substanciais e Procedimentos Tipo Valor Agregado e Harmonização de Impostos Seletivos de Consumo (IVA e impostos seletivos) através da Comissão da Comunidade Andina”. O Acordo foi denominado “Harmonização dos Impostos Indiretos”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> No início da década de noventa foi constituído um comitê de especialistas, o “Ruding Committee”, que teve a missão específica de identificar princípios básicos destinados à estruturação de um projeto para um regime fiscal comunitário dos impostos diretos na União Europeia, na época recém-criada pelo Tratado de Maastricht (UCKMAR, 1998, p. 290; COELHO, 1996, p.125).

<sup>23</sup> Com esse intuito, o CIAT passou a publicar estudos elaborados por *experts* no assunto. Ainda, destacam-se os “modelos de legislação-padrão” elaborados pelo CIAT, com o objetivo de fornecer Standards para a harmonização tributária em seus países integrantes: CIAT Model Agreement on the Exchange of Tax Information / Inter-American Center of Tax Administrations – CIAT; CIAT Model Code of Conduct / Inter-American Center of Tax Administrations - CIAT. -- S.I: CIAT, 2005; Modelo de Código Tributário – CIAT. Primeira Edição. Panamá – Secretaria executiva, 1997, 143 p. (CIAT Model Tax Code, 1997, p. 01-143).

<sup>24</sup> Nesse sentido, Luiz ARIAS, Luiz VILLELA, Alberto BARREIX e Alexis VALENCIA (2005, p.19 e ss) sintetizam cinco fases executadas no processo de Harmonização Tributária dos impostos indiretos na CAN: a) Fase de estudos; b) Fase de “sensibilização política”; c) Fase de Negociações; d) Fase de Decisão Política; e) Fase da análise jurídica sobre a incorporação da proposta no “Direito Interno” (ARIAS MINAYA; PLAZAS VEJA, 2002, p. 89; ARIAS; VILLELA; BARREIX; VALENCIA, 2005, p. 19 e ss; TEODOROVICZ, 2017a, p.373-389). A superação dessas fases favoreceu a aprovação da Decisão n°. 599, que estabeleceu a estrutura jurídica fundamental do IVA harmonizado, ao passo que a Decisão n°. 600 consolidou a estrutura jurídica dos impostos seletivos sobre o consumo. Ambas as decisões foram fortemente influenciadas pela estrutura jurídica do IVA harmonizado europeu e a estrutura jurídica fornecida pelas “Diretivas IVA” (Decisão 599, 2005, p. 21 e ss;

Assim, além dos esforços travados pelas entidades regionais supramencionadas, deve-se reconhecer também os esforços de harmonização tributária empenhados em formações sub-regionais, como foi o caso da Comunidade Andina das Nações, com seu avançado processo de harmonização trazida pela construção de um IVA (imposto sobre o valor agregado) andino, e o Mercosul, objeto de análise mais pormenorizada do presente trabalho, com a conquista do Código Aduaneiro do Mercosul.

#### 4 O MERCOSUL

Na América Latina também não se poderia deixar de mencionar o Mercosul, criado pelo Tratado de Assunção (1991), com o desejo expresso de constituir um “[...] Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará ‘Mercado Comum do Sul’” (TRATADO DE ASSUNÇÃO, 1991, artigo 1º; TEODOROVICZ, 2017a, p. 386 e ss).

Assim, conforme se pode observar no próprio Tratado de Assunção<sup>25</sup>, a integração dos Estados membros se desenvolveria primordialmente através da livre circulação de bens, serviços e demais fatores produtivos, fortalecida pela Tarifa Externa Comum, pela construção de uma política comercial comum, bem como pela gradual adoção coordenada de políticas

---

Decisión 600, 2005, p. 21 e ss). Portanto, a Decisão nº. 599 estruturou de forma bastante eficiente o IVA andino, permitindo que seus países membros possuam uma normativa sólida quanto aos pressupostos que o IVA deve seguir e, ao mesmo tempo, demonstrando grande preocupação com os períodos de adaptação dos países membros em cada medida prevista na Decisão. Expressamente influenciada pelas Diretivas da União Europeia, a Decisão nº 599 apresentou amplas possibilidades de estruturação do IVA comunitário conforme as peculiaridades de cada país membro, sem obrigar aos países membros ao estabelecimento de um IVA “unificado”, mas “harmonizado”, de maneira a diminuir os efeitos da distorção oriundos das diferenças estruturais entre os países membros, buscando expressamente o ideal de neutralidade fiscal. A Decisão entrou em vigor no ano de 2008 na CAN, junto com a Decisão nº 600. Atualmente, os países membros se encontram nos períodos de transição previstos pelas várias disposições transitórias da Decisão nº 599, que, por sua vez, sofreu alterações posteriores, a exemplo da Decisão nº 635/2006, que buscou adaptar a Comunidade às eventuais dificuldades da harmonização tributária (Decisión 635, 2006, pp. 01 e ss).

<sup>25</sup> E esse mercado comum implicaria na: “[...] livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, de restrições não tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, serviços, adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (TRATADO DE ASSUNÇÃO, 1991).

macroeconômicas e setoriais, assim como pela própria harmonização legislativa em áreas estratégicas para a integração regional (TEODOROVICZ, 2017a, p. 386 e ss)<sup>26</sup>.

Nesse contexto, o Tratado de Assunção prevê, dentre as medidas que servirão de auxílio para a implementação do mercado comum, os instrumentos de natureza tributária, como expressamente prescreve, no artigo 7º: “Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado-Parte gozarão, nos outros Estados-Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional”.

No que diz respeito aos fatos históricos pertinentes à integração no âmbito tributário, destaca-se o Tratado de Assunção e a Decisão 22/94 do Conselho Mercado Comum – CMS – que cria a União Aduaneira (com o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum – TEC) regulando as exceções à mesma estrutura (BARREIX; VILLELA; VELAYOS, 2007, p. 14-15).

As Decisões do Conselho do Mercado Comum, assim como as Resoluções do Grupo do Mercado Comum e das Diretivas da Comissão do Comércio, são previstas como de cumprimento obrigatório para todos os países membros do Mercosul, não obstante não

219

possuírem efeito direto (TEODOROVICZ, 2017a, p. 386-389)<sup>27</sup>. Ainda, a natureza jurídica internacional do Mercosul, definida pelo próprio Protocolo de Ouro Preto, viabilizou o denominado “sistema de direito internacional público especial”, ao invés de direito comunitário, ou direito da integração, pois existem instituições com certos níveis de supranacionalidade, e normas de obrigatório cumprimento para os Estados, mas sem apresentar efeito direto, requisito fundamental para o direito comunitário<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Segundo o TRATADO DE ASSUNÇÃO (1991, p. 01 e ss), o mercado comum, fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os países membros (artigo 2º), utiliza os seguintes instrumentos: “a) Um programa de liberação comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I); b) a coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior; c) Uma tarifa externa comum, que incentiva a competitividade externa dos Estados-Partes; d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes”.

<sup>27</sup> O artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, de 1994, por outro lado, estabelece que as normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2.º do Protocolo terão caráter obrigatório e, quando necessário, deverão ser incorporados aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos nas legislações de cada país (BARREIX; VILLELA; VELAYOS, 2007, p. 15).

<sup>28</sup> Nos últimos anos, foram criados o Tribunal Permanente de Revisão (Protocolo de Olivos, do ano de 2002), o Parlamento do Mercosul (Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, do ano de 2005), o Instituto Social do Mercosul, em 2007, o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos, em 2009, entre outras medidas que aprofundaram, em determinados setores, a integração regional (TEODOROVICZ, 2017a, p. 386-389).

#### 4.1 O CÓDIGO ADUANEIRO DO MERCOSUL E REFLEXOS TRIBUTÁRIOS

Nesse contexto, no Mercosul, embora no campo da tributação os esforços integrativos sejam relativamente incipientes, pelo menos no que diz respeito à tributação indireta (e particularmente, ao IVA), no campo do comércio exterior, e da tributação aduaneira, existem relevantes esforços dedicados à harmonização (e à própria uniformização) da legislação aduaneira, fortalecendo a união aduaneira, conforme se observa, em 2010, através da aprovação do Código Aduaneiro do Mercosul (Decisão CMC nº 27/10), assim como da adoção do Programa de Consolidação da União Aduaneira do Mercosul (através da Decisão CMC nº 56/10)<sup>29</sup>.

Com base nesses fundamentos, depois de anos de debates e estudos direcionados, o Conselho do Mercado Comum, além de decidir pela aprovação do Código Aduaneiro do Mercosul (artigo 1º, Decisão CMC nº 27/10), determinou prazo de seis meses para os Estados consultarem e gerirem a implementação do Código nos respectivos ordenamentos jurídicos (artigo 2º, Decisão CMC nº 27/10). O Código Aduaneiro do Mercosul, tratando-se de codificação de normas gerais sobre a legislação aduaneira, não exclui outros aspectos não tratados no Código. Da mesma maneira, os Estados Partes comprometem-se a harmonizar assuntos não tratados expressamente no Código (artigo 3º, Decisão CMC nº 27/10), incorporando o teor da Decisão no ordenamento jurídico dos Estados Partes (artigo 4º, Decisão CMC nº 27/10).

Além de dispor sobre tributos e taxas aduaneiras de maneira expressa em diversos artigos nos títulos antecedentes, o Título XI traz dispositivos especificamente tributários<sup>30</sup>, que recebem grande atenção no Código Aduaneiro.

<sup>29</sup> Entre as justificativas da decisão que aprovou o Código, o Conselho do Mercado Comum dispôs (TEODOROVICZ, 2017a, p. 389-395): “Considerando: Que o Tratado de Assunção, em seu artigo 1º, reafirma que a harmonização das legislações dos Estados Partes nas áreas pertinentes é um dos aspectos essenciais para conformar um Mercado Comum; Que a Decisão CMC Nº 54/04 “Eliminação da Dupla Cobrança da TEC e Distribuição da Renda Aduaneira”, em seu artigo 4º, estabelece que para permitir a implementação da livre circulação de mercadorias importadas de terceiros países dentro do MERCOSUL, os Estados Partes deverão aprovar o Código Aduaneiro do MERCOSUL; Que foi conformado um Grupo Ad Hoc dependente do Grupo Mercado Comum encarregado da redação do Projeto de Código Aduaneiro do MERCOSUL; e que a adoção de uma legislação aduaneira comum, conjuntamente com a definição e o disciplinamento dos institutos que regulam a matéria aduaneira no âmbito do MERCOSUL, criará condições para avançar no aprofundamento do processo de integração” (CONSELHO DO MERCADO COMUM. Código Aduaneiro do Mercosul, 2010, p. 01 e ss).

<sup>30</sup> O Código Aduaneiro, claramente inspirado nos esforços latino-americanos antecedentes (referentes à criação de Modelos de Códigos Tributários), além de consolidar a legislação aduaneira comum a ser adotada pelos Estados partes, menciona em diversos artigos os tributos aduaneiros: artigo 29, referente ao depósito temporário de

Pode-se notar que a opção do Conselho do Mercado Comum, para viabilizar a aprovação do Código, foi a de torná-lo viável nas legislações nacionais dos Estados Partes, optando pela estratégia do Código de conceitos, institutos e princípios gerais, sem se ater a pontos específicos ou mesmo às especificidades desses mesmos conceitos.

Quanto aos dispositivos tributários, o Código Aduaneiro é mais genérico ainda, mas se fortalece no fato de que a América Latina, de maneira geral, já encontra sua legislação tributária consolidada por esforços histórico-doutrinários dedicados à elevação e organização desse ramo do Direito Público, sobretudo o que foi conquistado pela codificação tributária latino-americana (inspirada na experiência europeia) e à tendência latino-americana relativa à construção de Modelos de Código Tributário como fatores de integração regional (TEODOROVICZ, 2017a, p. 389-395).

Ainda, a harmonização dos institutos tributários (ainda que ligados à temática aduaneira) tratados no Código Aduaneiro aparentemente traz menos dificuldades, por dois motivos: a) por se tratarem de disposições gerais, geralmente concedendo espaço para especificação legislativa interna dos países, respeitando em larga monta as respectivas soberanias dos Estados Partes; b) porque, em sua maioria, os Estados Partes já possuem

221

importação; artigo 40, referente às taxas devidas no cancelamento ou anulação de declaração de mercadoria; artigo 51, sobre a definição de importação definitiva; artigo 53, sobre a definição da admissão temporária de reexportação no mesmo Estado; artigo 54, sobre a extinção da aplicação desse mesmo regime; artigo 56, sobre a definição da admissão temporária para aperfeiçoamento efetivo; artigo 58, sobre desperdícios ou resíduos resultantes do aperfeiçoamento efetivo; artigo 59, sobre reparos gratuitos desse regime, e o artigo 60, sobre a extinção da aplicação desse regime; artigo 62, sobre reposição de mercadoria; no artigo 64, sobre a definição de transformação sob controle aduaneiro; artigo 64, que trata da extinção da aplicação do regime de transformação; artigo 67, sobre a definição do depósito aduaneiro; artigo 69, sobre a extinção da aplicação do regime de depósito aduaneiro; artigo 71, sobre a definição do retorno ao exterior; artigos 83, 84, e 85, que tratam sobre exportação temporária para reimportação no mesmo Estado; artigos 86, 87, 88 e 90, que dispõem da exportação temporária para aperfeiçoamento passivo; sobre o trânsito aduaneiro, previsto nos artigos 91 e 95; sobre os regimes aduaneiros especiais, previstos nos artigos 100, 105 (bagagem), 107 (pertences do tripulante), 108 (provisões de bordo), 109 (franquias diplomáticas), 110 (remessas postais internacionais); artigo 112 (amostras); artigo 113 (remessas de assistência e salvamento), artigo 114 (comércio fronteiriço); artigo 118 (retorno da mercadoria); artigo 121, que trata das remessas em consignação; artigo 125, sobre substituição de mercadoria; sobre zonas francas, no artigo 126; sobre áreas aduaneiras especiais, no artigo 131; nos artigos 132 e 133, sobre lojas francas; no que tange às proibições na importação e na exportação, particularmente, no artigo 138; nos artigos 146, sobre caso fortuito e força maior e; no artigo 155 (sobre transbordo), nos artigos 157 (definindo os tributos aduaneiros alcançados pelo Código, sobretudo no imposto de importação), 158 (sobre modalidades de tributos aduaneiros e suas alíquotas), 159 (atribuição da administração aduaneira sobre esses tributos), 160 (define obrigação tributária aduaneira, na linha do art. 114 do Código Tributário Nacional), 161 (estabelece os contornos gerais da responsabilidade tributária aduaneira), 162 (modos de extinção da obrigação tributária aduaneira), assim como no Capítulo III, que trata dos meios e procedimentos atinentes à determinação do imposto de importação, particularmente quanto aos elementos da definição, no artigo 163, aos elementos de valoração, no artigo 164, bem como outros dispositivos atinentes ao regime legal aplicável (artigo 165), ao pagamento (artigo 166), à devolução (artigo 167), à restituição dos tributos aduaneiros (artigo 168), à classificação de mercadorias (artigo 169), às regras de origem (artigo 170) e à procedência da mercadoria (artigo 171) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 389-395).



antecipadamente dispositivos de certa forma semelhantes em seus próprios ordenamentos, já que esforços de aproximação de legislações aduaneiras, sobretudo tencionando primeiramente alcançar a zona de livre comércio e depois a união aduaneira, através da adoção da TEC, já tem sido engendrados desde a criação do Mercosul.

#### 4.2 O RELATÓRIO SOBRE A HARMONIZAÇÃO DOS IMPOSTOS GERAIS SOBRE O CONSUMO NO MERCOSUL

Ademais, embora o Código Aduaneiro do Mercosul não se envolva diretamente nas estratégias de harmonização de impostos incidentes sobre o consumo na realidade mercosulina, não se pode dizer que esforços não tenham sido empreendidos para se tentar alcançar resultados semelhantes aos vislumbrados na a experiência europeia (isto é, com a implantação do Imposto sobre o Valor Agregado - IVA - comunitário) que, como se sabe, serviu de exemplo para diversas formações integrativas buscarem a integração econômica através da harmonização tributária de seus impostos indiretos (TEODOROVICZ, 2017a, p. 395-400).

222

Nesse aspecto, destacam-se os estudos técnicos, as elaborações normativas comunitárias que influenciaram a elaboração legislativa nacional e a produção doutrinária que se dedicou a estudar processos de integração distintos do bloco europeu.

O Mercosul, especificamente, após determinar como objetivo inicial central de sua criação o estabelecimento de um mercado comum entre os quatro países membros originais – Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai –, evidenciou a necessidade de realizar Políticas de Harmonização Fiscal Indireta, de maneira análoga à Política Fiscal estruturada através do IVA europeu.

Em 1993, foi nomeada uma Comissão técnica destinada ao estudo dos impostos indiretos existentes nos quatro países, com o objetivo de identificar as diferenças entre os sistemas tributários dos países membros, e elaborar propostas de Harmonização Fiscal com a finalidade de alcançar o “Mercado Comum”.

A Comissão de Aspectos Tributários foi integrada por membros dos Governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 217 e ss) e o relatório elaborado pelos citados estudiosos foi



denominado “Informe sobre la armonizacion de los impuestos generales al consumo en el Mercosur”, finalizado em dezembro de 1994<sup>31</sup>.

A metodologia de investigação adotada pela Comissão, na elaboração do Relatório, foi estruturada em etapas, e foi diretamente influenciada por estudos técnicos europeus – como o Relatório Neumark. Não obstante o Relatório Neumark procurar apresentar uma análise geral sobre os sistemas financeiros – com especial atenção aos sistemas tributários – dos países membros, o Relatório da Comissão de Aspectos Tributários apresentou estudo específico direcionado aos Impostos Gerais sobre o Consumo, demonstrando a preocupação com as distorções originadas das diferenças estruturais dessas categorias de impostos nos países membros.<sup>32</sup>

Após realizarem análise descritiva dos principais aspectos dos impostos gerais sobre o consumo no Paraguai, Argentina e Uruguai – conjuntamente –, e sobre o ICMS e ISS no Brasil, na fase posterior de investigação, o Relatório apresentou as principais diferenças detectadas entre as estruturas fiscais dos citados impostos sobre o consumo no Mercosul (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 252-270), com base na análise descritiva anterior.

Posteriormente, superada a etapa relativa ao levantamento das diferenças detectadas entre os sistemas de tributação sobre o consumo nos países do Mercosul, prosseguiram à exposição teórica dos pressupostos da Teoria da Harmonização Tributária sobre os impostos gerais sobre o consumo (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 270-276).

<sup>31</sup> A Comissão de Aspectos Tributários que redigiu o Relatório foi composta pelos seguintes membros: a) delegação da Argentina: Juan Carlos Ranno; Rodolfo Alberto Balbi; b) delegação do Brasil: Eugenio Lagemann, Newton Repiza de Oliveira, Luís Carlos Vitali Bordin e Paulo Roberto Valdez Silveira; c) Delegação do Paraguai: Castor Acosta Melgarejo; d) Delegação do Uruguai: David Eibe, Maria del Rosário Berriel e Marta Pachiotti (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 217-288).

<sup>32</sup> Na primeira etapa do estudo, foi realizado estudo descritivo da estrutura dos impostos gerais sobre o consumo na Argentina, Paraguai e Uruguai. O estudo descritivo da estrutura dos impostos sobre o consumo nestes países foi realizado conjuntamente, devido às grandes semelhanças estruturais entre os três sistemas. Ainda, a análise dos impostos sobre o consumo no Paraguai, Uruguai e Argentina foi realizada segundo a seguinte maneira: 1) Estrutura; 2) Campo de aplicação do imposto: 2.1 – Operações internas (transferência de bens – venda, alienação ou circulação); 2.2 – Prestação de serviços; 2.3 – Importações; 3) Base Imponível: 3.1.) Operações internas – esse tópico incluiu tanto a transferência de bens como a prestação de serviços; 3.2) Importação; 4) Alíquotas; 5) Determinação do imposto – Cálculo do imposto: 5.1) Operações internas; 5.2) Importações; 6) Tratamento dispensado aos produtos agropecuários; 7) Tratamento das exportações; 7.1.) Exportações de bens corpóreos móveis; 7.2.) Tratamento dispensado a serviços prestados no país e utilizados, aproveitados ou explorados no exterior. Por outro lado, a análise dos impostos sobre o consumo no Brasil foi investigada em separado frente aos demais países, devido às substanciais diferenças existentes entre os referidos sistemas. Por esse motivo, a Comissão decidiu analisar separadamente os impostos gerais incidentes sobre o consumo no Brasil – ICMS e ISS. O IPI não foi estudado pela Comissão, provavelmente por ser considerado uma “accise” (imposto específico sobre o consumo) pelos elaboradores (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 235-252).

Em seguida, a Comissão apontou um breve estudo sobre a harmonização dos impostos gerais sobre o consumo no âmbito do Mercosul, destacando uma rápida análise sobre os aspectos tributários do Tratado de Assunção, enfatizando os princípios que deveriam nortear a harmonização dos impostos sobre o consumo no âmbito do Mercosul (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 276-282), bem como os pontos principais que deveriam ser considerados quando do processo de harmonização e os possíveis obstáculos que surgiriam conforme a adoção da harmonização fiscal desses impostos, sugerindo também algumas propostas alternativas para uma harmonização restringida, no âmbito do Mercosul.

Essa proposta “restringida” ocorreu devido à conclusão da Comissão pela qual os países do Mercosul – Paraguai, Uruguai e Argentina – apresentavam grandes diferenças estruturais frente à sistemática brasileira de tributação sobre o consumo, motivo pelo qual, pelo menos em curto prazo, seria mais aconselhável a adoção de medidas mais restritas para viabilizar a harmonização legislativa<sup>33</sup>.

Após a elaboração de considerações para uma harmonização “restringida”, nos seus “comentários finais” (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 282-285), o Relatório destacou as diferenças estruturais na tributação sobre o consumo entre Argentina, Paraguai e Uruguai frente à estrutura do Brasil, as dificuldades da Harmonização no Mercosul, e a conveniência de um caminho moderado para a diminuição de disparidades existentes entre os quatro países.

Assim, a Comissão também destacou que os Coordenadores do Subgrupo 10 do Mercosul submeteriam à consideração daquela o cronograma de trabalhos referentes à

<sup>33</sup> Nesse sentido, sugeriram que, em médio ou curto prazo, a solução mais adequada para alcançar a harmonização tributária, em face das peculiaridades estruturais do ICMS, seria através de medidas graduais para viabilizar a aproximação no sentido de facilitar a importação – eliminando tratamentos discriminatórios contra as importações procedentes de outros países membros, com a finalidade de não alterar a proteção que contemple a tarifa externa comum, de terceiros países. Especificamente no caso da Argentina, Paraguai e Uruguai os tratamentos não existiam, ou eram facilmente identificáveis, motivo pelo qual seria facilitada a harmonização nessa área. Já no que diz respeito ao ICMS, o Relatório declarou a necessidade de uma reestruturação mais profunda – devido à complexidade técnica do imposto – e à própria – e extensa – estrutura Federal do Brasil (TEODOROVICZ, 2017a, p. 395-400; TEODOROVICZ, 2009b, p. 260-265). Além disso, propuseram que o Brasil incluísse em seu ordenamento jurídico um princípio da não discriminação com relação aos bens de procedência estrangeira, com uma enunciação taxativa dos tratamentos previstos para operações internas e interestaduais que fossem aplicáveis. Também seria prevista a supressão das operações de bens de procedência estrangeira que se submetessem às alíquotas diferenciais superiores às que fossem consideradas gerais, quando as realizadas com bens de origens nacionais não se encontrassem sujeitas às mesmas. Ainda, o Relatório sugeriu um prazo – não determinado – para que fossem viabilizadas as reformas necessárias na República Federativa do Brasil, bem como nos demais países membros (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 280-281).



Harmonização fiscal dos impostos sobre o consumo (COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS, 1995, p. 282-283).

Contudo, até o presente momento, a realidade latino-americana, notadamente mercosulina, encontra visíveis dificuldades para a harmonização legislativa da tributação sobre o consumo, o que acabou impulsionando estratégias harmonizadoras menos audaciosas, mas permitindo, por outro lado, que algumas proposições elaboradas pelo Relatório fossem posteriormente redirecionadas e adaptadas para outros campos estratégicos da tributação (como a aduaneira) no processo de integração regional.

## CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu apresentar análise sobre a experiência de Política Pública Tributária dedicada a impulsionar o processo de integração regional na América Latina. Inevitavelmente influenciada pela experiência europeia, a América Latina, contudo, já registrava antecedentes históricos que idealizavam a integração regional, e não tardou a apresentar peculiaridades próprias que forneceram um panorama peculiar do processo integrativo neste subcontinente.

Primeiramente, recorde-se o esforço próprio de algumas entidades e associações regionais como o BID, a OEA e a ALALC, de alcançar uma zona de livre comércio na região da América Latina, organizando o “Programa Conjunto de Tributação”, que foi por sua vez diretamente responsável por ampla gama de valiosos estudos integrativos em matéria tributária e que, da mesma forma, legou importante característica que se tornaria marca nesse contexto: a tendência à codificação da legislação tributária como instrumento de harmonização legislativa. Essa tradição foi marcada pela elaboração do Modelo de Código Tributário da América Latina, que, por sua vez, influenciou diferentes esforços mantidos por associações e entidades integrativas, como a CIAT, e, no próprio Mercosul, o Código Aduaneiro.

Essa característica, de certa forma, foi um caminho escolhido por essas entidades também para sopesar a dificuldade de implantação de um processo de harmonização legislativa pautada em organizações regionais que ainda não alcançaram a supranacionalidade (como ocorre na União Europeia), como é a peculiaridade de todas as formações integrativas regionais na América Latina.

A estratégia interestatal factível encontrada por essas entidades foi a elaboração de “Códigos Modelos” a serem gradualmente aplicados pelos países integrantes ou associados. Da mesma forma, a experiência integrativa tributária regional latino-americana encontrou exemplos dotados de graus diversos de integração regional, em alguns aspectos, até com nível aproximado à integração europeia, como foi o caso do processo de harmonização legislativa tributária visível na Comunidade Andina, no que tange ao “IVA”.

De outro lado, outras experiências integrativas, como o próprio Mercosul, a despeito de buscar a concretização de um mercado comum regional, pelas dificuldades inerentes ao desafio supranacional, mantém-se coerente com a estratégia codificadora, pelo menos no campo aduaneiro (que também alcança a tributação, ao menos nesse campo em particular).

A existência de estudos relevantes dedicados à verificação da viabilidade de um processo de harmonização legislativa da tributação sobre o consumo no Mercosul (o principal, como visto, publicado em 1994) e à experiência mercosulina que logrou maior êxito na harmonização aduaneira (a ponto de concretizar a etapa integrativa de união aduaneira imperfeita), ainda não significa êxito no esforço harmonizador de outros campos da tributação (especialmente no consumo de bens e serviços, principal meta de qualquer esforço integrativo regional). De qualquer forma, espera-se que, mesmo reconhecendo as dificuldades ínsitas e visíveis ao processo integrativo regional na América Latina, seja em um contexto continental, ou setorial (como o Mercosul), no decorrer dos próximos anos, surjam novos esforços dedicados a promover essa importante faceta (tributária) da integração regional.

226

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia: Estrutura Jurídico-Institucional*. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel; CORONA RAMÓN, Juan Francisco; VALERA TABUEÑA, Francisco. *La Armonización Fiscal en La Unión Europea*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Imposto sobre o Valor Agregado – IVA – Value Added Tax – VAT. Brasil – Mercosul – União Européia*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário; Editora Rumo, 1995.

ARIAS MINAYA, Luis Alberto; PLAZAS VEJA, Mauricio. *La Armonización Tributaria de los Impuestos Indirectos en los Países de la Comunidad Andina. Elaboración de Recomendaciones y Normativas sobre Armonización de Tributos Indirectos*. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Integración y Programas Regionales. División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2002.

ARIAS MINAYA, Luiz; VILLELA, Luiz; BARREIX, Alberto; VALENCIA, Alexis. *La Armonización de los Impuestos Indirectos en los Países de la Comunidad Andina. Iniciativa Especial de Comercio y Integración*. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Integración y Programas Regionales. División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 2005.

ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE LIVRE COMÉRCIO. Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Programa Conjunto de Tributação OEA/BID. Análise Comparativa das Normas Substantivas do Modelo de Código Tributário com a dos Códigos Vigentes nos Países-Membros da ALALC. Washington D.C., 1970 In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário Comparado*. São Paulo: Edição Saraiva, 1971.

BALASSA, Bela. *Teoría de La Integración Económica*. Traducción al español por Jorge Laris Casilla. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana – UTEHA, 1964.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Alca-Notas Sobre o Impacto da ALCA Sobre o Sistema Jurídico Brasileiro*. 1998. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/alca/Artigos/alcanotas.htm>>; Acesso em: 20 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. Impacto do MERCOSUL sobre o Sistema Legislativo Brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). *MERCOSUL. Das Negociações à Implantação*. 2. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: LTr, 1998a.

\_\_\_\_\_. *O Mercosul, suas Instituições e o Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, 1998b.

BARREIX, Alberto; VILLELA, Luiz; VELAYOS, Fernando. *Integración Regional y Armonización Tributaria: Desafíos y Experiencias en América Latina*. Departamento de Integración y Programas Regionales. Instituto para la Integración de la América Latina y el Caribe. División de Integración, Comercio y Assuntos Hemisféricos. Buenos Aires: BID-INTAL-ITD, 2007.

BARREIX, Alberto; VILLELA, Luiz. *Los Desafíos de Política Tributaria Relacionados con la Integración Económica Regional*. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Integración y Programas Regionales. División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe. Buenos Aires: BID-INTAL-ITD 2003.

BASSO, Maristela. *Perspectivas do Mercosul através de uma visão econômico-jurídica. Questões Jurídicas do Processo de Integração do MERCOSUL*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero2/artigo7.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CASSONE, Vittorio. Mercosul e a Globalização do Comércio Internacional. In: MARTINS, Ives Gandra. *Tributação no Mercosul. Pesquisas Tributárias. Nova série 3*. 2 ed. São Paulo: Editora RT-Centro de Extensão Universitária, 2002.

COELHO, Sacha Calmón Navarro. O Imposto de Renda – Progressividade – Situação na Europa dos doze (CEE) – comparação com o Brasil – Rendimentos para uma Reforma Tributária Justa e Eficaz. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord). *Imposto de Renda. Conceitos Princípios e Comentários. (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Decisión 635. 19 jul. 2006*. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx? GruDoc=07>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

COMISSÃO DE ASPECTOS TRIBUTÁRIOS. Informe sobre la Armonización de los Impuestos Generales al Consumo en el MERCOSUR. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Imposto sobre o Valor Agregado – IVA – Value Added Tax – VAT. Brasil – Mercosul – União Europeia*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário; Editora Rumo, 1995.

COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA CEE. Informe del Comité Fiscal y Financiero de la CEE. Traducción y Resumen: J. Gil. Ruz. *Revista de economía política*, n. 34, 1963.

CONSELHO DO MERCADO COMUM. *Código Aduaneiro do Mercosul*. 2010. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2364/1/DEC\\_027-2010\\_PT\\_CAM.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2364/1/DEC_027-2010_PT_CAM.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

COSCIANI, Cesare. *Problemas fiscales de un Mercado Común*. In: *Reforma Tributaria para América Latina. II Problemas de política Fiscal. Documentos y Actas de la Conferencia celebrada em Santiago de Chile em Diciembre de 1962*. Washington: Unión Panamericana, 1967.

DOSSER, Douglas. Analysis of Tax Harmonization. In: SHOUP, Carl. *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. I. New York: Columbia University Press, 1967.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. 2 ed. Buenos Aires: Desalma, 1996.

ESTRELLA FARIA, José Ângelo. *O MERCOSUL: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção. Integração Econômica*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior. Núcleo de Assessoramento Técnico, 1993.

FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema Tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1999.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos Solução de Controvérsias. Uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. Assimetrias na América do Sul: Viés de Desenvolvimento a partir da Democracia e dos Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, 2007. Disponível em: <[www2.senado.gov.br](http://www2.senado.gov.br)>. Acesso em: 20 jan. 2008.

INTER-AMERICAN CENTER OF TAX ADMINISTRATIONS-CIAT. *Model Agreement on the Exchange of Tax Information*. Disponível em: <<http://biblioteca.ciat.org/CGI-BIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='577'.TITN>>. Acesso em: 19 nov. 2008.

INTER-AMERICAN CENTER OF TAX ADMINISTRATIONS-CIAT. *Model Code of Conduct*. S.l.: CIAT, 2005. Disponível em: <<http://biblioteca.ciat.org/CGI-BIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='941'.TITN>>. Acesso em: 19 nov. 2008.

INTER-AMERICAN CENTER OF TAX ADMINISTRATIONS-CIAT. *Secretaria Executiva Panamá. Modelo de Código Tributário-CIAT – CIAT Model Tax Code*. 1. ed., 1997. Disponível em: <<http://biblioteca.ciat.org/CGI-BIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='307'.TITN>>. Acesso: 19 nov. 2008.

MAGALHÃES, José Carlos. Nota sobre a União Européia. In: FORTE, Umberto. *União Européia. Comunidade Econômica Européia. (Direito das Comunidades Europeias e Harmonização Fiscal)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994

MAIA, Jayme de Mariz. *Economia Internacional e Comércio Exterior*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aproximação de Sistemas Tributários. In: *Pesquisas Tributárias*. Nova Série 3. São Paulo: Editora RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Direito Tributário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MERCOSUL. *Código Aduaneiro do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2364/1/DEC\\_027-2010\\_PT\\_CAM.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2364/1/DEC_027-2010_PT_CAM.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

MUSGRAVE, Peggy G. Direct Business Tax Harmonization. In: SHOUP, Carl (Coord). *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. II. Practice. New York and London: Columbia University Press, 1967.

ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Departamento de Asuntos Económicos. Unión Panamericana. Secretaria General de la Organización de Los Estados Americanos. Programa Conjunto de Tributación OEA/BID*. Washington D.C.

PABST, Haroldo. *MERCOSUL: Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PITA, Claudino. Uma Abordagem Conceitual da Harmonização Tributária no MERCOSUL. In: BRANDÃO, Antônio Salazar; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL. Perspectivas da Integração*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1995.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Exposición de Motivos del Modelo de Código Tributario para a America Latina. Repartido de Secretaría. Montevideo: In: *Programa Conjunto de Tributación OEA/BID*, mar. 1967.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. In: *Reforma Tributaria para America Latina*. v. I. Problemas de Administración de Impuestos: Documentos y Actas de la Conferencia celebrada en Buenos Aires, Argentina, oct. 1961.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. In: *Reforma Tributaria para America Latina*. v. II. Problemas de Política Fiscal: Documentos y Actas de la Conferencia celebrada en Santiago, Chile, dic. 1962.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. In: *Reforma Tributaria para America Latina*. v. III. Modelo de Código Tributario. Washington, D.C. 1967 (1 ed.); 1968 (2 ed.).

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Programa de Finanzas Publicas de la OEA. Comisión Económica para America Latina. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. In: *Reforma Tributaria para America Latina*. v. IV. La Política Tributaria como Instrumento del Desarrollo. Documentos y Conclusiones de la III Conferencia Interamericana sobre Tributación. México, sep., 1972. Washington, D.C., 1967 (1 ed.); 1973 (2 ed.).

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Secretaria General. Organización de los Estados Americanos. UP/G15/8. 22 abr. 1967.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Secretaria General. Organización de los Estados Americanos. UP/G15/34. 20 may. 1971.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Secretaria General. Organización de los Estados Americanos. Clasificación Latinoamericana Común de los Ingresos Tributarios y Paratributarios (CLASIT). UP/G15/23. Washington, D.C.. 25 jun. 1970.

PROGRAMA CONJUNTO DE TRIBUTACIÓN OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. Reformas Tributárias en America Latina – 1966-1967. Informes Generales. UP/G.15/10. Washington, D.C., 30 jun. 1967.

RAPOPORT, Manuel. Presentation. In: *Reforma Tributaria para America Latina*. v. III. Modelo de Código Tributario. Preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. Primera Edición 1967 y Segunda Edición, 1968.



ROCHA, Sérgio André. *Integração Econômica e Harmonização da Legislação Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SHIBATA, Hirofumi. Tax Harmonization in EFTA. In: SHOUP, Carl (Coord). *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. II. Practice. New York and London: Columbia University Press, 1967a.

\_\_\_\_\_. Theory of Economic Unions. In: SHOUP, Carl (Coord). *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. I. Theory. New York and London: Columbia University Press, 1967b.

SHOUP, Carl. Aspectos Impositivos de la Integración Económica Internacional. In: INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES. *Ministério de Hacienda. El Impuesto sobre el Valor Añadido. Primer Impuesto Europeo*. Madrid: Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, 1971a.

\_\_\_\_\_. *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. I. Theory. New York and London: Columbia University Press, 1967a.

\_\_\_\_\_. *Fiscal Harmonization in Common Markets*. v. II. Practice. New York and London: Columbia University Press, 1967b.

TEODOROVICZ, Jeferson. A importância histórica da codificação para os sistemas tributários latino-americanos e os modelos de Códigos Tributários para a América Latina. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 23, 2009a.

\_\_\_\_\_. Integração Econômica e Tributação sobre o Consumo sob a perspectiva da sustentabilidade: aspectos científicos e políticos. *Dissertação de Mestrado*. Curitiba-PR: PUC-PR, 2009b.

\_\_\_\_\_. História da Harmonização Tributária Internacional: Entre a Doutrina e a Política. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 28, 2012.

\_\_\_\_\_. *Harmonização Tributária Internacional e Integração Regional: História, Teoria e Política*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.

\_\_\_\_\_. A Influência Externa, a Integração Regional e os Sistemas Tributários Latino-Americanos. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, n.12, Brasília, UCB, 2017b, DOI - 10.18838/2318

\_\_\_\_\_. O Mercado Interno na União Européia. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. *Direito Constitucional Europeu: Rumos da Construção*. 1º Edição. Volume Único. Curitiba-PR. Editora Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. Harmonização Legislativa Fiscal Indireta no MERCOSUL. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Volume VII. Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Editora Juruá, 2006.



TILBERY, Henry. *Tributação e Integração da América Latina*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

UCKMAR, Victor. Sobre a Harmonização Tributária nos Países da Comunidade Econômica Européia. In: SHOUERI, Luís Eduardo; SILVETI, Fernando Aurélio (coord.). *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

VALDÉS COSTA, Ramón. A Codificação Tributária na América Latina. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.

VILLELA, Luiz; BARREIX, Alberto. Tributación en el MERCOSUR y Posibilidades de Coordinación. In: VILLELA, Luiz; BARREIX, Alberto; TACCONE, Juan José. *MERCOSUR: Impacto Fiscal de la Integración Económica. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Integración y Programas Regionales. Instituto para la Integración de la América Latina y el Caribe. División de Integración, Comercio y Assuntos Hemisféricos*. Buenos Aires: BID-INTAL-ITD, 2003.

Submissão: 15/04/2019  
Aceito para Publicação: 20/08/2019

232



## LEI ANTICORRUPÇÃO, COMPLIANCE E A FUNÇÃO SOCIAL EMPRESARIAL

## ANTI-CORRUPTION LAW, COMPLIANCE AND CORPORATE SOCIAL FUNCTION

Yduan de Oliveira May\*

Angélica Pereira Possamai\*\*

**RESUMO:** No presente artigo estudaram-se o compliance como elemento de política pública regulatória anticorrupção e a função social empresarial. Cuidou-se do conceito de política públicas regulatórias. Discorreu-se sobre a corrupção e seus efeitos. Analisou-se a Lei Anticorrupção e suas inovações como mecanismo vetor de compliance e combate à corrupção. E por fim, após discussão do conceito de função social empresarial, tratou-se dos efeitos positivos do compliance para sua promoção, pela prevenção e combate a corrupção. Adotou-se o método dedutivo, com a forma de abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, por meio do procedimento técnico bibliográfico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Pública. Compliance. Função Social Empresarial. Lei Anticorrupção.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A conceituação de Política Pública Regulatória. 2. A corrupção como problema. 3. A lei anticorrupção: contextualizando a política regulatória compliance na prevenção à corrupção. 4. Compliance e a função social empresarial. Conclusão. Referências.

**ABSTRACT:** In this article compliance as an element of anti-corruption regulatory public policy and corporate social function were studied. It was established the concept of regulatory public policy. Corruption and its effects were discussed. The Anti-corruption Law and its innovations as a vector for compliance and combat to corruption were analyzed. And after the definition of corporate social function, it was examined compliance positive effects on fighting corruption. The deductive method was adopted, with the form of qualitative approach, with exploratory objective, through the technical bibliographic procedure.

**KEYWORDS:** Public Policy. Compliance. Corporate Social Function. Anti-Corruption Law.

234

## INTRODUÇÃO

No presente artigo estuda-se o compliance como elemento de política pública regulatória anticorrupção e a função social empresarial. Parte-se do conceito de política pública e sua espécie regulatória, com intuito de reconhecer o compliance como uma política pública regulatória para comportamentos de entidades públicas e privadas na gestão de negócios.

Na segunda seção, estuda-se brevemente a corrupção e seus reconhecidos efeitos deletérios para o desenvolvimento econômico e social. Apresentam-se os diversos tratados internacionais internalizados no País, e que, infelizmente, não foram suficientes para controle da corrupção.

\* Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Santa Catarina.

\*\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Santa Catarina.. Pesquisadora bolsista PROSUC/Capes.

Na terceira seção, analisa-se a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013) e suas inovações, notadamente a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas de forma objetiva e o incentivo às práticas de compliance. Verifica-se que se torna um vetor eficiente para o combate à corrupção.

E, na última seção, discute-se o conceito de função social empresarial e a importância e o impacto das empresas, especialmente as de grande porte por ações, para a consecução do desenvolvimento econômico e social. Trata-se também dos efeitos positivos do compliance para sua promoção, em caráter preventivo. Adota-se o método dedutivo, com a forma de abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, por meio do procedimento técnico bibliográfico.

## 1 A CONCEITUAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA REGULATÓRIA

As políticas públicas expressam demandas, podendo ser, além das demandas de saúde, educação, segurança pública, as demandas de participação no sistema político, organização de associações políticas, ainda, de controle da corrupção, de informação política, de estabelecimento de normas para o comportamento dos agentes públicos e privados. (RUA, 2019).

Segundo Teixeira “[a]s políticas públicas são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses.” (2002, p. 5).

De uma forma geral, as políticas públicas estão relacionadas com as ações do governo, a fim de concretizar suas propostas eleitorais, e, especificamente ao tentar combater a corrupção, atendem pressões internacionais e sociais. São programas que refletirão no contexto social, pois objetivam melhorias sociais, por meio de motivos pré-definidos, satisfazendo alguma necessidade/carência na sociedade. Isto significa que a tentativa de conceituar políticas públicas deve perpassar sobre o contexto de interrelacionamento entre Estado, política, economia e sociedade. (SOUZA, 2006).

Scheffer (2014) afirma que a essência das políticas públicas é o problema público identificado na sociedade, sendo que ela vai trazer uma espécie de resposta a esta identificação, de modo a promover melhorias. As políticas públicas, após desenhadas e formuladas, concretizam-se “[...] em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação

e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação.” (SOUZA, 2006, p. 26).

Haja vista que “uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. [...] Além disso, por mais óbvio que possa parecer, as políticas públicas são ‘públicas’ - e não privadas ou apenas coletivas.” (RUA, 1998, p.1)

Justamente pelo seu caráter imperativo, já que são impostas coercitivamente aos administrados, sendo a obediência não facultativa pelos particulares, ou seja, “são decisões e ações revestidas da autoridade soberana do poder público.” (RUA, 1998, p.2).

Vázquez e Delaplace entendem que “o objetivo e a essência da política pública não é a solução de problemas específicos, de demandas insatisfeitas, mas o cumprimento de direitos.” (2011, p. 42). Em outras palavras, as políticas públicas tornam-se instrumentos pelos quais direitos fundamentais são concretizados.

Partindo dessas premissas, o conceito de política pública regulatória, segundo a classificação de Lowi (1964 *apud* SCHEEFFER, 2014) é que se trata do estabelecimento de padrões de comportamento, serviço ou produto tanto para atores públicos como privados.

Acresce Veruska Goias (2014) que as políticas públicas regulatórias não podem ser confundidas com direitos normatizados ou marcos regulatórios, já que elas possuem um ciclo próprio de existência, ordenados na: identificação do problema; formação de agenda; formulação de alternativas; tomada de decisões; implementação; avaliação, com extinção ou manutenção.

A política pública regulatória é, especificamente, a implementação de regras para as relações entre poder público e sociedade, mediando ações entre atores da sociedade e do Estado. Para Teixeira (2002) ela está explicitada, sistematizada ou formulada em documentos visando a responder demandas sociais e efetivar direitos de cidadania. A sua sistematização se dá em regras e procedimentos que regulem o comportamento dos atores para atender aos interesses da sociedade. A política pública regulatória, portanto, está contida em ordens, proibições, decretos e portarias (FREY, 2000).

Assim, a implementação de uma política pública regulatória ocorre de forma procedimental, ganhando complexidade para regulamentação de comportamentos empresariais, especialmente, com o objetivo de evitar a corrupção., pois aqui se adentra em um cenário recheado de interesses individuais.

## 2 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA

Toda norma enuncia algo que *deve ser*, por ter sido “reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”, (REALE. 2001, p. 31). E esses juízos de valores são conclusões de estudos sociológicos, apreciações de natureza valorativa ou axiológica sobre os fatos sociais.

Destaca Reale que “o legislador não se limita a descrever um fato tal como ele é, à maneira do sociólogo, mas, baseando-se naquilo que é, determina que algo deva ser, com a previsão de diversas consequências, caso se verifique a ação ou a omissão, a obediência à norma ou a sua violação.” (2001, p. 32).

Nesse sentido, a política pública regulatória *compliance* traz determinações de *dever ser*, carregando consigo a busca pela ética nas corporações, por meio do combate à corrupção que é por si a sua função social normativa.

Nas políticas públicas existem diversos atores envolvidos, como os políticos, os trabalhadores, a própria mídia formadora de opiniões, e ainda, os agentes internacionais que podem influenciar no direcionamento das políticas públicas. Conforme Rua (1998) os atores podem ser públicos ou privados. Os primeiros referem-se, em síntese, àqueles que se distinguem por exercer funções públicas, já os atores privados destacam-se os empresários, que são capazes de afetar a economia do país, pois controlam as atividades de produção, parcelas do mercado e a oferta de empregos.

A corrupção é um problema social, político e institucional, por trazer desequilíbrios sociais, uma vez que na grande maioria dos atos corruptivos há desvio da finalidade da administração pública, violações econômicas e jurídicas, destruindo as instituições, valores fundamentais, tornando impossível a garantia de direitos, especialmente o da igualdade. (LEAL, 2013).

A corrupção é uma demanda recorrente na agenda governamental, pois se trata de um problema não resolvido e de atenção constante. Para Leal,

[q]uando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes,

com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas. (2013, p. 24).

A corrupção não tem suas causas apenas no setor público. De fato, ela assola as estruturas estatais, mas é um mau produto dos mais diversos setores da sociedade, comumente visto no setor privado. A organização empresarial é um dos agentes mais dinâmicos da sociedade, e, portanto, não pode ficar de fora das ações que giram em torno do duelo contra a corrupção. (TAMIOZZO e KEMPFER, 2013, p. 170).

A *Transparency International* (2017) define corrupção como o abuso do poder confiado para ganhos particulares, consistindo em atos cometidos pela alta administração governamental que distorce as políticas estatais ou o núcleo operacional do estado, permitindo aos dirigentes se locupletar em detrimento do bem público.

A corrupção tem como fatores de origem o próprio período colonial português que entranhou essa cultura de favores, apadrinhamentos, outro fenômeno que está ligado a corrupção é a relação entre os poderes de Estado, pois ausente significativa maioria parlamentar para governar, há necessidade do poder executivo de realizar “[...] diversas e constantes negociações para obter a governabilidade.” (LEAL, 2013, p. 66). Conforme estudo de Leal, “quando se trata de identificar os grupos mais afeitos a serem corrompidos, aparecem os poderes do Estado em primeiro lugar, e dentre eles, o Legislativo e os órgãos da polícia, seguidas das classes empresariais [...]” (LEAL, 2013, p. 67-68).

Nesse cenário de corrupção, geram-se:

[...] efeitos imediatos sobre vários setores da vida civil, fundamentalmente nos produtivos (industriais e empresariais) eis que eles reduzem a efetividade de políticas públicas voltados aos mercados, fomentando atuações clandestinas e irregulares por parte dos atores da produção, o que gera o incremento da economia informal com todos os riscos e violações de direitos laborais e sociais que isto acarreta. Mesmo quando há crescimento econômico a despeito da corrupção que com ele convive, os custos e distorções que esta opera no funcionamento do mercado são violentos, isto porque a burocracia estatal a serviço das ações corruptivas gestam os recursos públicos de forma temerária, sem racionalização comprometida com a eficiência social, a fim de criar meios de retroalimentação da corrupção (superfaturamento de obras, contratos e obrigações, dispensas de procedimentos formais para o gasto





público, inchaço do orçamento com demandas meramente fictícias para os fins de criar mecanismos de manipulação e desvio de verbas, etc.), dificultando, por vezes, o exercício do controle social, jurídico e político destes comportamentos. (LEAL, 2013, p. 75).

Por ser a corrupção um dos grandes males que afetam a sociedade, são notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta, comprometendo a legitimidade política, enfraquecendo as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. O controle da corrupção assume, portanto, papel fundamental no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país

Na tentativa de promover avanços no combate à corrupção, no Brasil se desenvolveu uma séria de normas. Por exemplo, em 2000, no Decreto nº 3.678 de 30 de novembro, promulgou-se a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Dispõe conforme o artigo primeiro, ser delito criminal qualquer pessoa intencional que oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza:

[...] seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais (BRASIL, 2000).

Em 2002, no Decreto nº 4.410 de 7 de outubro, promulgou-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996. Tem como propósito a) promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e b) promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício. (BRASIL, 2002).

Estabelece, também, a reserva para o artigo XI, parágrafo primeiro, inciso c, o qual, “a fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgaram conveniente considerar a tipificação. Enumera, dentre outras, “ toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa

que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado”, a qual não foi ratificada pelo Brasil. (BRASIL, 2002).

Em 2006, no Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro, validou-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, que tem por finalidades previstas no artigo primeiro: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. (BRASIL, 2006).

Neste sentido, reflete Goiás:

Assumidos a partir das grandes convenções internacionais, o combate à corrupção estabelece-se entre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos, dois dos pilares da atuação da ONU (o terceiro seria a manutenção da paz e da segurança mundiais). Os direitos humanos são, contemporaneamente, importantes pautas axiológicas e normativas. Incorporados os direitos humanos pelos Estados, a partir de seus ordenamentos jurídicos internos e de suas práticas internacionais (norma costumeira), são exigíveis pelos sujeitos titulares desses direitos. (2014, s/p)

Com as três Convenções, o Brasil passou a possuir o dever de punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção. Todavia, não foi suficiente.

### **3 A LEI ANTICORRUPÇÃO: CONTEXTUALIZANDO A POLÍTICA REGULATÓRIA COMPLIANCE NA PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO**

Na Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, dispõe-se sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos, atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A Lei Anticorrupção traz consigo a possibilidade de controle, tratamento curativo e preventivo de atos corruptivos por meio da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, sendo necessário apenas comprovar o nexo causal, ou seja, o vínculo entre a conduta praticada e o

resultado produzido previsto em lei, facilitando a instrução processual, pois se afasta a análise de elementos subjetivos como o dolo, ou seja, a vontade de realmente causar o dano.

A norma prevê os atos lesivos à administração pública, no artigo quinto, todos aqueles praticados que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos, por exemplo, como oferecer ou, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público (BRASIL, 2013).

A Lei Anticorrupção oferece mecanismos efetivos e/ou céleres para punir as sociedades empresárias beneficiárias da corrupção, por meio de responsabilização civil, mitigando os prejuízos econômicos causados ao erário. Igualmente, com um processo administrativo, reprime efetivamente os desvios em contratos e procedimento licitatórios.

Preenche as lacunas do modelo de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas da Lei nº 8.666/1993, fazendo previsão de condutas e sanções correlatas. E, de forma eficaz, atinge o patrimônio das empresas, estabelecendo a responsabilidade objetivo da pessoa jurídica, bem com a desconsideração da personalidade jurídica (a ser detalhada oportunamente neste trabalho).

Supera também outro diploma legislativo: a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou Lei de Improbidade Administrativa. Nesta, a responsabilização da pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação gera com relação às pessoas jurídicas.

E, por fim, a Lei Anticorrupção contempla as condutas praticadas contra a administração pública estrangeira, tema relevante com a oferta de serviços internacionais financiados por bancos estatais brasileiros.

Em relação aos gestores das empresas, há previsão nos termos do artigo terceiro, parágrafo, o caráter subjetivo de responsabilização: “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”. (BRASIL, 2013). A razão está na política pública regulatória *compliance* implícita à lei.

A expressão *compliance* vem do inglês, *to comply*, que significa exatamente cumprir, estar de acordo com. Trata-se, de forma geral, de “um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. [...]”, há uma exigência

de “mudança na cultura corporativa”, a fim de “incutir nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa”, a *compliance* tem por “função ditar valores e objetivos comuns, garantindo sua observância permanente”, sendo que os “programas de *compliance* podem abranger diversas áreas afetas às atividades dos agentes econômicos, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.” (Ministério da Justiça, 2016, s/p).

Nessa linha, as empresas têm desenvolvido programas e políticas que agregam

(i) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; (ii) a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; (iii) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; (iv) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar (BOTTINI, 2013, s/p).

Na Lei Anticorrupção, fundada no *compliance*, incentivam-se posturas que combatem a corrupção como auditorias, incentivo à denúncia de irregularidades, bem como por meio da criação e aplicação efetiva de códigos de ética nas corporações.

A implementação da *compliance* trouxe o instrumento adequado para a defesa de dirigentes e administradores em acusação existentes na Lei Anticorrupção, pois, conforme artigo sétimo, serão levados em consideração na aplicação das sanções, inciso VIII “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.” (BRASIL, 2013).

Determina-se, por consequência, a responsabilização subjetiva do dirigente ou administrador, uma vez que o dolo da conduta fica excluído caso se tenha cumprido tais requisitos, não sendo coerente responsabilizar objetivamente, já que, caso a empresa tenha cumprido procedimentos internos de integridade como citado acima, que em síntese trata-se da política pública *compliance* no combate a corrupção, diretores ou administradores afastam o dolo de sua conduta, respondendo apenas a empresa de forma objetiva, caso comprovado o nexo causal, sendo ponderado o julgado nos termos do artigo sétimo.

A política regulatória *compliance* tem como fator constitutivo a modificação das regras clássicas do jogo de deveres éticos, já que a empresa fica obrigada a cumprir com determinações

legais para combater a corrupção dentro das corporações, pois estes passam a ter uma perspectiva ética social. (GOIAS, 2014).

Inovou a lei ainda, no sentido de criar medidas para combater tais práticas ilícitas, na previsão de desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, na hipótese de se verificar abuso do direito para encobrir, dissimular ou facilitar a prática das infrações previstas pelo normativo ou para provocar confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da empresa.

O efeito previsto para a desconsideração (artigo quatorze) é a possibilidade de se aplicar aos sócios com poderes de administração e aos administradores da pessoa jurídica as mesmas sanções cabíveis contra ela, estendendo-se, por exemplo, a declaração de inidoneidade da empresa para as pessoas naturais envolvidas na prática dos ilícitos, o que impede o cometimento de fraudes em licitações. (BRASIL, 2010).

São todas essas medidas que integram a política pública *compliance* que visam a coibir, a prevenir e a combater a prática de ilícitos e a moralizar as relações entre empresas privadas e a Administração Pública.

Na lei, há um rol extenso de condutas puníveis capazes de lesar o poder público e a administração estrangeira. As condutas lesivas descritas atendem à realidade vivenciada pela administração e à necessidade de reprimir condutas lesivas que ainda não possuem previsão legal quando praticadas em benefício ou em nome de pessoas jurídicas.

Entretanto, não é foco na lei inviabilizar os negócios empresariais, cuja função social deve ser observada.

#### 4 COMPLIANCE E A FUNÇÃO SOCIAL EMPRESARIAL

Uma dimensão da função social que se pode destacar dentro desta nova regulamentação de combate a corrupção é o princípio da função social empresarial, que tem como fundamentos para sua conceitualização a função social da propriedade privada juntamente com ordem econômica alicerçada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, respectivamente. Assegurando, em suma, a vida digna através da própria economia (MAY; POSSAMAI; RAMOS, 2018).

A todos particulares é assegurado o direito à propriedade privada, juntamente com a propriedade dos meios de produção, através do livre exercício de atividade econômicas empresariais. No entanto, a própria Constituição Federal impõe uma limitação a esse direito, pois a propriedade deverá atender harmoniosamente não somente os interesses privados, mas também aos coletivos, passando a cumprir dessa forma, sua função social.

Passa-se então a se ter um direito-dever com relação ao exercício da propriedade privada, “[...] não existindo uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais.” (TOMAZETTE, p. 51). Há interesses maiores a serem almejados, do que os desejos lucrativos, tendo que ser exercido em atenção aos demais interesses que a circundam, os interesses dos empregados, do fisco e da comunidade, ou seja, dos *stakeholders*.

Por meio deste princípio, conciliaram-se princípios conflitantes, quais sejam, princípio da propriedade privada, que garante direitos privados/individuais, e o princípio da função social, que pretende garantir interesses coletivos. Para isso, impôs-se um requisito para a própria garantia da propriedade privada, que é o cumprimento de sua função social.

Para isso partiu-se da premissa de que na pós-modernidade trabalha-se com o conceito de propriedade no sentido amplo, “[...] incluindo todo poder patrimonial oponível ao grupo social. Isso coloca ao alcance da função todo o poder individual e social, seja ele político, seja econômico, seja de que natureza for.” (PILATI, 2012, p. 15). Concluindo que dentro deste contexto, não se modifica apenas o conceito de propriedade, mas todo o paradigma.

Por ser a empresa uma propriedade privada, a qual tem poder político, econômico, ao partir-se deste novo paradigma defendido por Pilati (2012), no sentido de que tudo o que engloba a propriedade privada na pós-modernidade traz consigo o dever de cumprir sua função social, conforme interesses coletivos, surge uma nova estrutura e conceituação empresarial, pois o coletivo passa a ter o mesmo peso que o direito individual de propriedade.

Fabio Ulhoa Coelho (2013) conceitua a função social empresarial no sentido de que esta é cumprida quando a empresa gera empregos, tributos, distribuição de riquezas, contribuindo para o desenvolvimento econômico, social e cultural onde atua, adotando práticas empresariais sustentáveis, visando aqui a proteger o meio ambiente, bem como, atender aos seus deveres frente a seus consumidores conforme legislação específica (pode-se acrescentar aqui as próprias legislações trabalhistas que visam garantir a dignidade no exercício do trabalho).

Ou seja, cumpre sua função social quando está estritamente atendendo a legislações pertinentes às suas atividades econômicas. Dentro deste contexto acrescenta Zanoti:

Isso significa que a busca do lucro não dá permissão para que seja desprezada a valorização da dignidade da pessoa humana, representada, em síntese, pelo devido respeito ao bem-estar dos empregados e da comunidade do entorno; pela permanente otimização da qualidade de seus bens ou de seus serviços; pela lealdade para com o Estado e fornecedores, e pela preservação do meio ambiente. A necessidade de preocupação com o social está positivada no Capítulo que trata da ‘Ordem Econômica’, no Art. 170, da Constituição Federal: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. Para que tal ideário seja viabilizado, é imprescindível que sejam observados os princípios que estão estatuídos no mesmo Art. 170. (2006, p. 114)

Com isso, recebe o administrador uma difícil missão, a de conciliar interesses econômicos com os sociais, por meio de uma postura ética na tomada de decisões, no sentido de respeitar o bem-estar social dos empregados, bem como da própria comunidade que está inserida. Ressalta Zanoti “[e]sse dualismo deve ser o problema fundamental que toda empresa, com postura ética, precisa administrar.” (2006, p. 130).

245

Goias esclarece a função social empresarial sob a perspectiva de que “a empresa se organiza como agente privado, em regra, e busca benefícios próprios, incorrendo no regime capitalista de liberdade de mercado e iniciativa.” (2014,s/p). Observa que se trata de atividade econômica de grande porte, interfere amplamente no meio social, recebendo não só direitos, mas especialmente obrigações, que é justificada diante da força com que atua na economia.

Fábio Ulhoa Coelho contextualiza o cenário social que uma empresa pode envolver, além dos próprios interesses dos empresários, dos sócios da sociedade empresária e investidores, quais sejam, os interesses dos trabalhadores, com foco na preservação de seus empregos, com trabalho digno e melhoria salarial, dos consumidores, do fisco, bem como os interesses metaindividuais coletivos ou difusos da coletividade, como a economia local, regional, nacional e global, que é o compromisso com o desenvolvimento. (2013).

Para Massoli, “a função social da empresa seria decorrência natural do próprio desenvolvimento desta, com a geração de empregos, pagamento de impostos, circulação de riquezas, dentre outros.” (2015, p. 462). Acrescentando que a função social empresarial se concretiza com o atendimento às normas afeitas aos *stakeholders* (partes interessadas).

O termo função social empresarial está presente na Lei das Sociedades por Ações e na Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial, sendo que na Lei 6.404/76, nos artigos 116 e

154, contém a determinação de que o acionista controlador tem como dever usar o seu poder atendendo os objetivos fins da própria companhia, bem como fazer com que ela cumpra sua função social, ou seja, deve cumprir com deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade onde atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender, sendo diligente frente a todas as decisões a serem tomadas, a fim de que assegurem tais objetivos sem desvio de finalidade. (BRASIL, 1976).

Na recuperação judicial, Lei nº 11.101/2005, o princípio da função social é o alicerce para justificar a necessidade de recuperação judicial, servindo de base para a tomada de decisões, juntamente para interpretar a vontade dos credores e devedores.

Deixa claro Tomazette que “[...] em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação.” (2012, p. 51-52).

Ainda, na Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial, 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, conforme expressamente previsto no artigo 47.

Portanto, presente é a exigência, por parte do acionista controlador, de agir com responsabilidade o seu poder de controle, em obediência à função social da empresa, somada aos seus deveres de diligência, sendo vetado o desvio de finalidade que é a própria função social e os objetivos específicos da empresa. (BRASIL, 1976).

Massoli explica:

É importante asseverar que o exercício da função social, por parte do acionista controlador, deverá ocorrer precipuamente na assembleia geral, pois é nesse cenário que, de fato, ele possui condições de exercício de seu poder. Em momento exterior à assembleia, o acionista controlador irá verificar o desempenho dos administradores, contudo, sem ultrapassar o limite de suas atribuições, na qualidade de acionista. O desenvolvimento da atividade empresarial, por óbvio, movimenta a economia e gera efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais no cotidiano de uma série de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. O fato é que, principalmente quando se trata de companhias de grande porte, o reflexo das decisões tomadas pela empresa, no cumprimento de seu objeto, tem o poder de alterar completamente a rotina de uma gama significativa de entes. (2015, p. 461).



Muitas sociedades anônimas são grandes empreendimentos, e por isso, passam a ser vistas como instrumento dos interesses gerais da coletividade, e não mais uma expressão de economia individual, privada, já que “[...] as empresas gigantes da economia capitalista comprometem muitas vezes a própria estabilidade e autoridade do Estado.” No Brasil empresas deste porte estão atuando, sendo “[...] tal a importância e a pressão que seus problemas criam para a economia nacional, que o poder público muitas vezes é chamado a intervir, não em atenção aos seus interesses privatísticos, mas tendo em vista os superiores interesses da economia nacional que elas envolvem.” (REQUIÃO, 2013, p. 29-30).

Complementa-se:

A sociedade anônima acabou por se constituir num repositório de múltiplos e variados interesses, desde o interesse social até o interesse privatísticos dos acionistas. Deixou ela de constituir uma simples máquina de fazer lucros, agindo abstratamente no meio social sem considerações de ordem ética. [...] a companhia tem severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua. Os administradores devem conciliar [...] múltiplos e diferentes interesses, dos quais o lucro é o principal, porém não o único. Qualquer sociedade deve comportar-se como parte responsável do agregado social no qual ela opera [...]. (REQUIÃO, 2013, p. 266).

247

Tal controle, tem como premissa os deveres dos administradores, como o dever ético-social, dever de diligência e a proibição do desvio de poder dos administradores, tendo como justificativa a necessidade de impedir atos corruptivos, pois estes acabam por desviar a função social empresarial. “Um dos problemas mais agudos na administração é a peita ou suborno. Os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo propinas secretas.” (REQUIÃO, 2013, p. 267).

No Brasil temos como exemplo o estrondoso caso da Lava Jato envolvendo a empresa Odebrecht Serviços e Participações S/A, e nos Estados Unidos, o famoso caso da Lockheed, empresa de aviação que, da mesma forma que ocorreu no Brasil, distribuiu subornos a outras empresas e a membros do corpo político em vários países.

Na Lei das Sociedades Anônimas já se vedou aos administradores, com o objetivo de evitar desvio de poder,

[...] receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. Pode ocorrer que a vantagem seja direta e pública, sem reserva, e evidentemente em caso especiais, a assembleia geral ou o estatuto podem autorizar o



administrador a recebê-la para a sociedade ou para si. As importâncias, entretanto, recebidas sem essa autorização uma vez reveladas, pertencerão à companhia. (REQUIÃO, 2013, p. 268).

Porém, observa-se que por mais que exista um controle, havia, portanto, margem para a aceitação do que vulgarmente se conhece como “propina”, desde que ocorra permissão em assembleia, o que, de certa forma, não evita a ocorrência de corrupção, algo que passa a ser combatido por meio da Lei Anticorrupção.

Além disso, a função social empresarial concretiza-se por meio da inclusão socioeconômica, que pode se dar por meio do trabalho digno, a qual fica fragilizada pela existência de corrupção, pois tais atitudes visam apenas recompensas individuais e não sociais, sendo importante combater a corrupção, por que junto com ela combatemos o que é invisível aos olhos, qual seja, a inclusão socioeconômica que poderia ocorrer com a verba gasta em propina, por exemplo.

Portanto a influência das empresas no meio social em que está inserida é relevante, e por meio Lei Anticorrupção adotou-se a responsabilidade objetiva quando da realização das práticas corruptivas, que receberá julgamento ponderado caso a corporação tiver adotado medidas internas de combate à corrupção, atitudes que trazem concretude a política pública *compliance* para prevenção à e combate da corrupção incentiva posturas éticas corporativas, já que estas trazem consigo um arcabouço de funções sociais, que em síntese, cumprem de forma horizontal os direitos fundamentais.

248

## CONCLUSÃO

A consequência da Lei Anticorrupção, marco jurídico que atende aos compromissos internacionais brasileiros assumidos no combate a corrupção, e a pressão social, confirma a política pública regulatória *compliance* voltada ao combate à corrupção.

A intervenção pública nessa seara envolve uma dupla função social, quais sejam, a normativa e a empresarial. A função social normativa volta-se ao próprio combate da corrupção nas instituições prestadoras de serviços públicos, especificamente no setor empresarial, *dever ser* intrinsecamente ligado a égide da ética corporativa, pois ao implementar a política pública *compliance* combate-se a corrupção, corrupção esta que assola o Brasil, e que gera o enfraquecimento/descrência dos setores públicos e privados.



É, portanto, necessária a existência de controle nas atividades financeiras de cada empresa, para que, por meio do cumprimento de leis, a empresa possa cada vez mais cumprir com sua própria função social, sem desvios de finalidades ou corrupção. O *compliance*, encorajado pela Lei Anticorrupção, apresenta-se como vetor fundamental para prevenção e combate a corrupção.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências..* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000: promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997.* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002: promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c".* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006: promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm) > Acesso em: 27 jul. 2019.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: dispõe sobre Sociedade Anônima.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)> Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993: institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 27 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n.º 6.826-a, de 2010: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal.* 2013. Disponível na Internet: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em: 27 jul. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil.* 2000. In: planejamento e políticas públicas. Nº 21, jun. 2000. Disponível em: <[www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158](http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158)> Acesso em: 27 jul. 2019.

GOIAS, Veruska S. *A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro.* Disponível em <<https://www.tce.ce.gov.br/edicoes/revista-controle-volume-xii-n-2-dezembro-2014/send/228- revista-controle-volume-xii-n-2-dezembro-2014/2570-artigo-5-a-lei-de-compliance-e-sua-configuracao-enquanto-politica-publica-regulatoria-para-o-setor-privado-brasileiro>> Acesso em: 27 jul. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos.* 2013. E-book.

MASSOLI, Vitor Biccás. *Função social da empresa aspectos relevantes.* 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/Jgu7U1umFoz688Io.pdf>> acesso em 27 jul. 2019.



MATTOS, Ruben A.; BAPTISTA, Tatiana W. F. (org.). *Caminhos para análise das políticas de saúde*. Rio de Janeiro: FAPERJ, ENSP, IMS, EPS Joaquim Nabuco, 2011, p. 83-149.

MAY, Yduan de Oliveira; POSSAMAI, Angélica Pereira; RAMOS, Thais Scarpato. *Direitos Socioeconômicos*. Curitiba: Multideia, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Guia para programas de compliance*. 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf)>. Acesso em: 27 jul 2019.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª Ed.. 2001. E-book.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. 30 ed. ver. e atual. por Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUA, Maria das Graças. *Análises de Políticas Públicas: conceitos básicos*. 1998. Disponível em: <[http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20\\_%20analise de politicaspUBLICAS.pdf](http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20_%20analise%20depoliticaspUBLICAS.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2019.

SCHEEFFER, Fernando. *O papel das Políticas Públicas: uma questão controversa*. ANO. Disponível em: <[http://www.apec.unesc.net/VIII\\_EEC/sesoes\\_tematicas/6%20%20Eco%20Social%20PPs/Pol%20C3%ADticas%20p%20C3%BAblicas.pdf](http://www.apec.unesc.net/VIII_EEC/sesoes_tematicas/6%20%20Eco%20Social%20PPs/Pol%20C3%ADticas%20p%20C3%BAblicas.pdf)> Acesso em: 27 jul. 2019.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão de literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16 (jul./dez. 2006), p. 20-45.

TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. *O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico*. In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Ano 3, vol. 6, set-dez./ 2013. Florianópolis/SC.



TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na transformação da realidade*. 2002. Disponível em: <  
[http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a\\_pdf/03\\_aatr\\_pp\\_papel.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf)> acesso em: 27 jul. 2019.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Volume 3: falência e recuperação de empresas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *How do you define corruption?*. 2017. Disponível em: <  
<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>> acesso em: 27 jul. 2019.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. *Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 14, jun. 2011. Disponível em:  
<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44454>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. 2006.

252

Submissão: 05/04/2018

Aceito para Publicação: 27/07/2019



## O LEGADO AUTORITÁRIO PRESENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

## THE AUTHORITARIAN LEGACY PRESENT IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Daniel Francisco Nagao Menezes\*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o legado autoritário presente de forma difusa no texto da Constituição Federal de 1988. O texto parte da premissa de que houve uma transição negociada, isto é, os militares fizeram um grande acordo para devolver o poder aos civis, porém, alguns privilégios e prerrogativas dos militares deveriam ser mantidas. A manutenção do legado autoritário ocorreu pela inclusão ou manutenção no texto constitucional de artigos que afastam o controle civil do poder militar, negociada durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e que, se tornaram cláusulas antidemocráticas, contrárias ao próprio espírito da Constituição. O método utilizado é o hipotético dedutivo decorrente da revisão bibliográfica realizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assembleia Nacional Constituinte. Regime Militar. Legado Autoritário.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the authoritarian legacy present diffusely in the text of the Federal Constitution of 1988. The text starts from the premise that there was a negotiated transition, that is, the military made a grand agreement to return power to civilians, however, some privileges and prerogatives of the military should be maintained. The maintenance of the authoritarian legacy occurred by including or maintaining in the constitutional text articles that distract civil control of military power, negotiated during the work of the National Constituent Assembly and which became antidemocratic clauses contrary to the very spirit of the Constitution. The method used is the hypothetical deductive from the bibliographic review.

**KEYWORDS:** National Constituent Assembly. Military regime. Authoritarian Legacy.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Regime Autoritário do Brasil e a Transição para o Regime Civil. 2. Pressão militar no Congresso. 3. Uma nova Constituição é promulgada. 4. Artigos constitucionais não democráticos. Conclusão. Referências.

254

## INTRODUÇÃO

Entre 1964 e 1985, o Brasil experimentou o mais longo regime ditatorial militar da história. O regime autoritário promulgou uma nova Constituição em 1967 e alterou-a em 1969 em uma abordagem centrada no Estado que consagrou a doutrina da segurança nacional. Em 1988, como parte da transição negociada do Brasil do autoritarismo para a democracia<sup>1</sup>, uma Assembleia Constituinte congressual<sup>2</sup> aprovou uma nova Constituição que veio a ser chamada de “Constituição Cidadã”. Cita a palavra “direitos” com muito mais frequência do que a palavra “deveres”. Esta Constituição garante o direito ao trabalho, o direito a um salário decente, o direito à educação, o direito de férias, o direito à seguridade social, o direito para licença

\* Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas em Economia Pública Social (CIRIEC-Brasil).

<sup>1</sup> Os conceitos de autoritarismo e democracia, especialmente no período de transição do primeiro para o segundo tratado no artigo, são bem definidos no artigo de Cícero ARAÚJO (2013) – “O processo constituinte brasileiro, a transição e o Poder Constituinte”, os quais adotamos neste texto.

<sup>2</sup> Esta foi uma das condições exigidas pelos militares, qual seja, que o Congresso deveria ser o responsável por escrever a nova Constituição ao invés de uma Assembleia Nacional eleita com fins específicos, entendendo que com isso, o Congresso, como veremos, não desapontaria as crenças das Forças Armadas.



materna e paterna, os direitos dos índios à terra, proteção do meio ambiente, etc., além da clássica proteção aos direitos individuais, criando toda uma estrutura institucional e social jamais vista no Brasil<sup>3</sup>.

Embora muitos aspectos da Constituição tenham avançado e criados progressos consideráveis, não foi o caso quando das questões civis-militares. A Constituição manteve muitas das prerrogativas militares antidemocráticas que existiam na Constituição anterior e até adicionaram algumas novas. Na Assembleia Nacional Constituinte, que vai de fevereiro de 1987 até 05 de outubro de 1988, os constituintes não questionaram com a firmeza necessária parte do legado do regime militar<sup>4</sup>. Além disso, os civis formalizaram constitucionalmente as prerrogativas militares, conferindo aos poderes militares um verniz democrático. Processualmente, o processo de redação da Constituição foi democrático, no entanto, a essência do resultado não foi igual ao seu processo de construção.

O presente artigo tem dois objetivos principais: a) discutir a natureza antidemocrática de muitas das prerrogativas constitucionais e extra constitucionais das forças armadas brasileiras e; b) mostrar como essa situação dificulta as tentativas de consolidar relações democrático-civis militares<sup>5</sup>.

Dada a aceitação de fato do *status quo* por parte dos líderes democráticos do mais alto escalão do Brasil, pode-se até mesmo questionar se houve uma tentativa séria de consolidar as relações democráticas civis-militares no Brasil. Os atores políticos brasileiros parecem felizes com as regras constitucionais existentes que tratam das relações entre civis e militares. Embora os presidentes José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e, Dilma Rousseff tenham persistentemente declarado que a Constituição deveria ser revisada, eles nunca tentaram qualquer mudança importante na relação civil-militar.

<sup>3</sup> Infelizmente, a maioria destes novos direitos não podem ser invocados por cidadãos individuais perante um Tribunal independente, autorizado a enfrentar a ação/omissão governamental, protelando a plena efetividade da Constituição (SUSTAIN, 1993, p. 373).

<sup>4</sup> No mesmo sentido SOUZA, LAMOUNIER (1990).

<sup>5</sup> Não é fácil definir, operacionalizar e identificar quando a democracia é “consolidada”. Lembre-se que o Chile em 1973, pouco antes do golpe de Pinochet, era considerada uma democracia consolidada. O caso mais recente é a Venezuela considerada um exemplo de democracia latino-americana até 1992, quando um golpe dos militares tentou derrubar o presidente Pérez. Ben Ross SCHNEIDER (1995, p. 231) sugere que: “*way to sidestep these problems of definition and measurement is to disaggregate the composite concept of democratic regime and focus the analysis on how the component parts operate rather than trying to assess whether the political system overall is consolidated*”. Portanto, o foco do texto é estudar se as cláusulas constitucionais que podem ajudar ou prejudicar as perspectivas de consolidação das relações civis-militares.

Somente com Michel Temer há uma tentativa de maior empoderamento dos militares, muito mais por incapacidade política do presidente e o clamor de uma minoria reacionária desejava de uma nova ditadura militar do que, propriamente, uma discussão racional do papel dos militares no cenário político brasileiro.

## 1 REGIME AUTORITÁRIO DO BRASIL E A TRANSIÇÃO PARA O REGIME CIVIL

Em 31 de março de 1964, as Forças Armadas Brasileiras entraram na política de forma nunca antes vista ao derrubarem o regime democraticamente eleito do presidente João Goulart. Antes de 1964, os militares intervinham na política a pedido de grupos civis que usavam os militares para derrotar seus rivais. Intervenções anteriores a 1964 foram descritas em termos funcionalistas. Alfred STEPAN (1971), por exemplo, argumenta que os militares cumpriram o papel de “poder moderador”. A função das Forças Armadas era restabelecer a ordem e depois devolver o poder aos políticos. De fato, no Brasil, cada “intervenção moderadora” anterior foi usada pelos militares para atualizar informações sobre o comportamento civil e construir sua própria alternativa política.

Em 1964, o padrão de atuação mudou radicalmente. Civis que achavam que os militares iriam fazer outra intervenção cirúrgica, restaurar a velha ordem e depois voltar para o quartel, calcularam mal. As Forças Armadas não só não retornaram ao quartel, mas também acabaram tomando e detendo o poder há vinte e um anos, um recorde na história brasileira. Em 1964, as Forças Armadas, especialmente o Exército, intervieram porque se sentiam mais confiantes em sua organização coletiva, porque percebiam que o poder civil estava desmoronando e porque achavam que podiam administrar o país. Esses três fatos juntos induziram os militares a jogar seu jogo em vez de defenderem estritamente o interesse dos civis.

Com o passar do tempo, os políticos brasileiros aprenderam que a proteção oferecida pelos militares contra a ameaça esquerdista era muito cara: no curto prazo, eles não podiam recuperar o poder perdido durante a instauração do regime de 1964. Os empresários, em especial, também aprenderam que o golpe servia aos interesses do capitalismo, mas não necessariamente aos interesses dos capitalistas. As Forças Armadas criaram muitas empresas estatais, prejudicando aquelas com interesses de mercado.

A perda de aliados no setor civil e as rivalidades militares internas entre os “profissionais” e a “comunidade de inteligência” levaram o general-presidente Ernesto Geisel

a decidir abrir o regime de forma lenta, gradual e segura, a partir de 1974<sup>6</sup>, transição notoriamente prolongada<sup>7</sup>. Somente em 1985 foi José Sarney, vice de Tancredo Neves, indiretamente eleito presidente, foi empossado Presidente da República.

Em 1985, o Colégio Eleitoral, instituição controlada pelo regime autoritário, elegeu Tancredo Neves como presidente. O companheiro de chapa (vice-presidente) de Tancredo, foi José Sarney, quem, até seis dias antes da inscrição da chapa era presidente do PDS, que apoiava a política do regime militar no Congresso<sup>8</sup>. Dias antes da posse presidencial, Tancredo Neves ficou gravemente doente e morreu. Como Neves nunca assumiu a presidência, discutiu-se se o vice-presidente poderia ser empossado como Presidente da República ou, se o presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, deveria assumir a presidência até uma solução jurídica e política da situação. Como Ulysses Guimarães era um forte defensor do fim do regime militar e lutou por uma pelas eleições diretas<sup>9</sup> à presidência, defendeu que Sarney assumisse a Presidência da República.

O argumento que ganhou foi que Sarney não era o vice-presidente de Tancredo Neves, mas sim, da Presidência da República. Assim, Sarney foi empossado na Presidência da República e, ao contrário de Guimarães, foi apoiado pelos militares. Como resultado, Sarney tornou-se o presidente de um governo encarregado de liderar a transição do autoritarismo para a democracia. O novo regime civil deveria criar uma nova Constituição que, entre outras coisas, aboliria os “entulhos autoritários” deixados pelo regime militar. As Forças Armadas conseguiram negociar os termos de sua retirada do governo com os civis. Alguns detalhes dessas negociações são conhecidos: a) Tancredo Neves negociou a aceitação militar de seu

<sup>6</sup> Em Portugal, o encerramento do regime autoritário começou aproximadamente na mesma época - 1974. Enquanto Portugal conseguiu estabelecer um controle civil democrático sobre as Forças Armadas, o Brasil não alcançou tal controle até os dias atuais (GRAHAM, 1995).

<sup>7</sup> O Equador é considerado uma transição demorada porque levou três anos para o presidente Roldós assumir a presidência em 1979 depois que o general Rodríguez Lara foi deposto. O processo brasileiro, a partir da abertura de Geisel em 1974, até a posse de José Sarney levou onze anos, e mais cinco anos até 1990, posse de Fernando Collor após sua vitória através de eleições diretas no ano anterior.

<sup>8</sup> O PDS (Partido Social Democrata), o principal partido do governo, se dividiu e seus dissidentes, juntamente com o PFL (Partido da Frente Liberal) formou uma coalizão com o PMDB (partido de Neves, o Partido da Mobilização Democrática Brasileira) conhecido como a Aliança Democrática.

<sup>9</sup> Em 25 de abril de 1984 o Congresso brasileiro rejeitou a emenda de Dante de Oliveira que exigia que o sucessor do presidente militar João Figueiredo fosse escolhido por eleições diretas. A campanha “Diretas Já” mobilizou milhares de brasileiros que se aglomeraram nas ruas durante comícios políticos exigindo eleições imediatas e diretas, pressionando o Congresso a aprovar essa emenda. Com sua rejeição, o a alternativa da oposição era ir ao Colégio Eleitoral.

nome como novo presidente e manteve contatos secretos com eles<sup>10</sup>; b) os militares vetaram uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva, constituída por eleições diretas, temendo a perda de controle de suas decisões e, aceitando apenas um Congresso Constituinte, composto por membros do Congresso<sup>11</sup>, conforme relatado pelo então senador Fernando Henrique Cardoso em reunião pública<sup>12</sup>; c) por acordo político, nenhum militar seria julgado por violações dos direitos humanos, diferente do que aconteceu na Argentina de Alfonsín, e; d) em 04 de fevereiro de 1985, um mês antes da posse presidencial, o General Figueiredo assinou um decreto transferindo do presidente para os ministros militares a prerrogativa de enviar oficiais superiores para a reserva ou de os nomear para missões no estrangeiro.

## 2 PRESSÃO MILITAR NO CONGRESSO

Mas não é apenas no plano da categorização que os conceitos têm um impacto nas lutas sociais. Todo o conflito é, de algum modo, *raisonné*. Ou seja, debate-se mais do que se combate. Esgrimem-se argumentos, tentando desvalorizar os argumentos do adversário e reforçar o consenso social sobre os nossos. Argumentos, há-os para todos os gostos e para todas as causas. As Escrituras Sagradas e a tradição textual do direito (nomeadamente, o *Corpus iuris civilis*) foram fontes inesgotáveis de muito variadas de tópicos políticos. Mas também os argumentos são relativamente indisponíveis. Quando a argumentação e a retórica constituíam a base dos estudos propedêuticos da universidade, todas as pessoas cultas, que participavam nos grandes debates, estavam conscientes das regras de uso de cada argumento. Para isso existiam os tratados *De argumentibus et locis communibus* (Dos argumentos e lugares comuns). Hoje, não

258

<sup>10</sup> Paulo Maluf, o candidato presidencial derrotado do PDS, confirmou a existência de um acordo entre Tancredo Neves e o ministro do Exército, General Walter Pires, sobre a transição, conforme entrevista publicado no “O Estado de São Paulo”, em 9 de julho de 1989.

<sup>11</sup> O argumento comum no Brasil é que o lento processo de transição se deve ao fato de que a Constituição foi escrita por um Congresso Constituinte e não por uma Assembleia Nacional Constituinte “pura”, merece reflexão com base no Direito Comparado. Na Espanha, o processo de elaboração de uma constituição foi ainda mais elitista do que no Brasil: foi iniciado por uma comissão que, para evitar pressões públicas, trabalhou secretamente e, em seguida, trouxe para o plenário do Congresso o esboço que serviu de base para o texto final. O processo constitucional grego foi semelhante ao da Espanha. No entanto, a Espanha e a Grécia estabeleceram controles democrático dos civis sobre os militares e no Brasil não.

<sup>12</sup> Fernando Henrique Cardoso prontamente publicou uma nota negando essa informação. No entanto, o jornalista Marcelo Beraba tinha fita gravações da reunião e publicou seu conteúdo, confirmando suas informações anteriores. Cf.: Folha de S. Paulo, 21 de maio de 1990.



dispomos deste ensino formal. Mas cada argumento, para além de ter as suas regras próprias, chama por outros ou repele outros. Realmente, o campo dos argumentos está organizado por regras de implicação, de simpatia, de antipatia ou de exclusão. De tal modo que o uso de um tópico conveniente pode implicar a aceitação de outros muito inconvenientes. Por exemplo, e como veremos mais tarde, era conveniente, para a justificação da escravatura, aceitar o tópico aristotélico de que havia homens que, por natureza, estavam destinados a servir. Mas a aceitação deste tópico implicava reconhecer algo que podia ser social e politicamente incómodo, embora numa outra região do discurso: ou seja, que o género humano não era uno e que, portanto, a Salvação não podia ser universal.<sup>13</sup>

Ou seja, nem tudo se pode invocar. E, mais do que isso, invocar certas razões pode ter consequências indesejadas e indesejáveis. De onde, as intenções políticas de quem fala – as “razões dos políticos”, colhidas na história política conjuntural – podem não ser a única instância decisiva do que é dito. A lógica interna do próprio discurso em que essas intenções se exprimem fornece, seguramente, uma outra leitura. Também os argumentos de quem fala existem previamente nas memórias tópicas – no senso comum – de uma cultura local (por exemplo, a cultura política, ou a cultura parlamentar); têm regras de uso, competências demonstrativas limitadas e organizam-se entre si segundo relações objectivas.

259

É este facto da relativa indisponibilidade do discurso pelos falantes<sup>14</sup> que autoriza uma história autónoma das categorias e dos discursos. KOSELLECK (1990, p. 110) exprime esta ideia com nitidez:

cada conceito abre certos horizontes, tal como fecha outros, define experiências possíveis e teorias pensáveis ... A linguagem conceptual é um médium dotado da sua própria coesão que permite exprimir tanto a capacidade de experiência (*Erfahrungsfähigkeit*) como a dimensão teórica (*Theoriehaltigkeit*).

Koselleck vai bem fundo na justificação do carácter criativo do discurso. Na verdade, ele sublinha o modo como o discurso conforma a própria vida: ao pré-determinar a sua apreensão (experiência). Poder-se-ia acrescentar: ao avaliar essa experiência, ao identificar os

<sup>13</sup> Sobre este tema da cogência das regras de argumentação, o melhor é, ainda, PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1958; e VALLAURI, 1975.

<sup>14</sup> Pode ir-se mais longe neste “descentramento do sujeito locutor”. Do discurso pode passar-se à materialidade do suporte da comunicação: a oralidade, a escrita; ou, mesmo, a materialidade do *layout* tipográfico, como tem sido sugerido pela *material bibliography* e pelos estudos de história do livro.



interesses, ao escolher os comportamentos. Em suma, antes dos momentos pragmáticos, existem sempre momentos “dogmáticos”.

Daí que, muito coerentemente, Koselleck incluía a história das categorias no âmbito da história estrutural. As categorias constituem, de facto, modelos muito permanentes de atribuir sentido aos comportamentos individuais e individualizados – “cada um dos significados ligados a uma palavra ultrapassa a unicidade própria dos acontecimentos históricos” (KOSELLECK, 1990, p. 115). Tal como as estruturas (virtuais) da língua (*langue*) atribuem sentido à língua falada (*langage*) e aos actos de fala (*linguistic utterances*). É neste sentido que as categorias conceituais escapam a uma história cronológica dos seus sucessivos usos, reclamando antes uma história da gramática abstracta que dá sentido aos seus usos verificados e a verificar. A história de um conceito não é, por isso, uma mera cronologia, uma narrativa empirista de usos, comportando, também, aspectos sistémicos. Por isso, o autor afirma (*id, ibid*):

Uma vez “forjado”, um conceito contém, pelo único facto de constituir “língua”, a possibilidade de ser empregue de forma generalizante, de constituir um elemento de tipologia ou de abrir perspectivas de comparação ... Os conceitos não nos informam somente do carácter único dos significados passados, mas contêm possibilidades estruturais, apresentam estruturas contemporâneas em conjunto com outras que o não são, de uma forma que não é possível reduzir ao simples desenrolar dos Antes de promulgar uma nova Constituição em 1988, o Congresso Constituinte teve que decidir a duração do mandato presidencial de Sarney. Essa foi a primeira indicação da natureza da coalizão política de Sarney. Ao contrário do caso de Adolfo Suárez na Espanha, que foi eleito por um parlamento controlado pelos franquistas e, que decidiu convocar eleições depois de um ano e meio no poder, Sarney não reconheceu seu mandato como interino. Em vez de organizar eleições diretas como fez Suárez, Sarney pretendia manter um mandato completo de cinco anos<sup>15</sup>. Como presidente, ele poderia influenciar o processo de construção constitucional.

Dada a grave crise econômica, os políticos ameaçaram encurtar o mandato de Sarney para quatro anos - ainda um recorde para um governo interino na história brasileira. Sarney tomou a discussão sobre a duração de seu mandato como um desafio pessoal, e não como uma prerrogativa do Congresso Constituinte. Sarney dependia fortemente dos militares. Em 2 de março de 1988, Sarney<sup>16</sup> disse que: “existe, dentro do Congresso, um grupo de radicais e

<sup>15</sup> A Emenda Constitucional nº 8 de 1977 fixou o mandato presidencial em seis anos. Tancredo Neves prometeu publicamente permanecer no poder por quatro anos.

<sup>16</sup> Veja, April 4, 1990.

oportunistas que visa romper a ordem (...) Se eles acham que vão me derrubar estão totalmente equivocados... Se o derramamento de sangue for necessário, então”

Na véspera da votação do Congresso Constituinte tanto no mandato presidencial de quatro anos de Sarney quanto no parlamentarismo, os militares novamente apoiaram o presidente. Sarney havia nomeado seis oficiais militares de serviço ativo para seu gabinete, um recorde mundial em governos interinos (SOUZA, 2005, p. 107). Os militares preferiam o presidencialismo ao parlamentarismo porque consideravam Sarney um aliado e ele teria mais poder como presidente do que como primeiro-ministro<sup>17</sup>.

Os militares ameaçaram um golpe no caso de o mandato de Sarney ser encurtado e o parlamentarismo aprovado. Alguns políticos tentaram convencer seus pares sobre a credibilidade da ameaça militar, embora o custo de fechar um Congresso mobilizado que não representasse uma ideologia contra hegemônica ao status quo fosse muito alto para os militares (NOBLAT, 1998). Coincidentemente ou não, todos os 559 constituintes estavam presentes na votação e o resultado foi de 343 a 213 a favor do presidencialismo e um mandato de cinco anos para Sarney. É difícil saber quantos desses votos foram dados por medo dos militares. No entanto, o fato de Sarney, o presidente que supervisiona a transição para a democracia, ter dado passe livre a seus ministros militares para pressionar o Congresso de forma antidemocrática, era um sinal do que seria o comportamento de Sarney durante o processo de elaboração de uma nova Constituição. O Congresso também, em vez de afirmar sua independência em relação aos militares, aceitou, na opinião do autor, essas ameaças sem grandes queixas.

261

### 3 UMA NOVA CONSTITUIÇÃO É PROMULGADA

Em 5 de outubro de 1988, uma nova Constituição foi promulgada com 246 artigos - uma das mais longas do mundo. Sem dúvida, foi um marco político. A Constituição descentralizou o poder e promoveu importantes benefícios sociais semelhantes aos países democráticos mais avançados. No entanto, pelo menos uma parte da Constituição permaneceu quase a mesma que a Constituição autoritária de 1967 e sua emenda de 1969: as cláusulas que tratavam das forças armadas, forças policiais militares estaduais e sistema judiciário militar. As Forças Armadas

<sup>17</sup> “Diferentes atores lutam por arranjos institucionais distintos, porque as instituições têm consequências ou, em outras palavras, influenciar as formas e o grau em que interesses particulares e valores são promovidos.” (PRZEWORSKI, 1992, p. 21)

perceberam tão bem a importância das restrições legais que eles nomearam 13 oficiais superiores para fazer lobby dentro da Assembleia Constituinte, defendendo os interesses militares. Esse lobby foi bem organizado, levando representantes do Congresso para visitar instalações militares em todo o país (STEPAN, 1988, p. 134).

A tarefa de redigir a Constituição foi dividida entre oito grandes comissões e várias subcomissões. Havia também uma comissão de sistematização que deveria consolidar os relatórios finais das oito comissões. O chefe do comitê de sistematização era Bernardo Cabral, conhecido por suas ligações estreitas com as Forças Armadas (e que se tornaria ministro de Fernando Collor posteriormente). A “Comissão de Organização do Partido Eleitoral e Garantias Institucionais” tratou de questões relacionadas às Forças Armadas e à segurança pública. Foi presidida pelo senador Jarbas Passarinho, coronel reformado que serviu como ministro durante o mandato dos generais Costa e Silva, Médici e Figueiredo. Passarinho (que também foi ministro de Collor) foi um dos signatários do Ato Institucional nº 5 de 1968, que fechou o Congresso e inaugurou um dos períodos mais autoritários da história do Brasil. O relator da comissão foi Prisco Viana, um dos mais firmes defensores do candidato presidencial conservador Paulo Maluf, derrotado por Tancredo Neves no pleito do colégio eleitoral de 1984.

A subcomissão para a “Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança” tinha como relator Ricardo Fiúza (também ministro de Collor). Ele apoiou demandas militares em todo os debates constitucionais. Por exemplo, Fiúza reпреendeu à tentativa de alguns representantes do Congresso de criar um Ministério de Defesa. Ele citou duas razões: a) que ele “estava mais preocupado em ter poder militar nas mãos de outra pessoa do que em ter poder civil nas mãos dos militares” (SOUZA, 2005, p. 109); b) que “um Ministério da Defesa permitiria o rebaixamento dos comandantes das três armas com o surgimento de um único ministro com uma posição política, ou seja, os três ministros militares seriam deixados em posições inferiores, uma vez que sua capacidade de influenciar o processo de decisão na prática seria reduzida<sup>18</sup>”.

Fiúza queria manter a influência política dos militares: com um ministro da Defesa, os ministros do Exército, da Marinha, da Força Aérea e do chefe conjunto das Forças Armadas perderiam seus membros do gabinete. Fiúza e seus aliados, temerosos de que, com a eleição de um não conservador, o Ministério da Defesa caísse em mãos erradas, preferiram sacrificar o

<sup>18</sup> Assembleia Nacional Constituinte, Comissão de Organização Eleitoral e Garantia das Instituições, Subcomissão de Defesa do Estado, Relatório, maio de 1987, p. 29 e Diário da Assembleia Constituinte (suplemento), julho de 1987, p. 04.



controle civil sobre as Forças Armadas, garantindo a presença de oficiais ativos no gabinete. Portanto, os ministros militares brasileiros tinham que continuar a usar “dois chapéus”, ou seja, serem os representantes do Presidente em relação às Forças Armadas e, simultaneamente, serem o representante dos militares diante do Presidente. Em casos de conflito entre os interesses do Presidente e das Forças Armadas, os ministros militares não podem usar os dois chapéus simultaneamente sem desafiar a autoridade do Presidente ou colocar em risco sua liderança nos quartéis.

Para o mesmo fim, Fiúza bloqueou a possibilidade de acabar com o controle das Forças Armadas sobre os efetivos policiais das Forças Policiais Militares (PM) estaduais. Em vez de separar as forças responsáveis pela ordem interna das responsáveis pela ordem externa, e certificando-se de que, em tempo de paz, as tropas militares federais sejam o apoio das tropas policiais militares dos estados, Fiúza novamente favoreceu a autonomia e as prerrogativas das forças armadas. Esse arranjo distingue o Brasil de todas as outras democracias consolidadas<sup>19</sup>. Fiúza argumentou que o governo precisaria de todos os seus recursos para conter os manifestantes.

A subcomissão de Fiúza patrocinou oito audiências de maneira muito desequilibrada. Foram convidados: cinco professores da Escola Superior de Guerra (ESG); cinco oficiais das Polícias Militares dos Estados; um oficial do Corpo de Bombeiros Militar; quatro representantes do Conselho de Segurança Nacional; dois generais aposentados; cinco enviados do Chefe do Estado Maior do Exército; três representantes da Polícia Federal; o presidente da Comissão Nacional da Polícia Civil; o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e o diretor do Centro de Estudos Estratégicos da Universidade Estadual de Campinas. Das vinte e oito pessoas que foram convidadas a fazer apresentações perante a subcomissão, apenas as três últimas ofereceram sugestões sem *status quo* sobre as relações civis-militares. A comissão pode gabar-se de ter tido debates acalorados, mas dada a natureza dos debatedores, o resultado pró-militar era previsível.

Entre as sugestões rejeitadas pela subcomissão estava a suspensão do Serviço Nacional de Informações (SNI) e suas ramificações - a Divisão de Segurança Interna (DSI) e o Gabinete

<sup>19</sup> O exército dos EUA é usado em assuntos internos apenas como último recurso. A tarefa do Exército dos EUA é garantir a ordem e segurança geral, cabendo a polícia executar esta atividade ordinariamente. Existe até uma lei que proíbe o serviço ativo tropas do exército de prender pessoas. No Brasil, o Exército continua sendo frequentemente usado em assuntos internos como primeiro recurso. Portanto, as forças policiais se tornam as reservas do Exército, e não o contrário.



de Assessoria para a Segurança Interna (Assessoria de Segurança Interna, ASI) - que operavam dentro de ministérios, universidades e empresas estatais<sup>20</sup>. Sob o regime autoritário, estes últimos eram usados para identificar aquelas pessoas que eram consideradas politicamente não confiáveis (BRIGAGÃO, 1985, p. 25). Essa ampla rede de atividades de vigilância era apoiada pela Agência Central do SNI e estava totalmente fora do controle do Congresso<sup>21</sup>. As unidades de inteligência das Forças de Polícia Militar do Estado, que reportam ao ministério do exército, mas não aos conselhos legislativos estaduais, também permaneceram durante o período autoritário. A conclusão é que a Assembleia Constituinte manteve o aparelho de inteligência política autoritário intacto.

#### 4 ARTIGOS CONSTITUCIONAIS NÃO DEMOCRÁTICOS

O artigo 142 da Constituição de 1988<sup>22</sup> ilustra como uma regra ambígua oferece a oportunidade de estruturar a interação entre os atores políticos de maneira não democrática. Este artigo estipula que o propósito das Forças Armadas é defender a Nação, garantir os poderes constitucionais do governo e, por iniciativa de qualquer um desses ramos, lei e ordem. Por um lado, os militares não são mais obedientes exclusivamente ao Presidente, já que estão “dentro dos limites da lei<sup>23</sup>”. A Constituição de 1988 mantém o papel dos militares como garantidores da lei e da ordem<sup>24</sup>. Assim, de acordo com a nova Constituição brasileira, os poderes

264

<sup>20</sup> Em 1990, o presidente Fernando Collor decidiu abolir o SNI, DSI e ASI. Arquivos políticos do SNI, no entanto, foram transferidos para o Centro de Inteligência do Exército. Collor criou a Secretaria de Planejamento Estratégico (Secretaria de Assuntos Estratégicos, SAE) liderada por um civil. O Presidente Fernando Henrique Cardoso remilitarizou a questão. O presidente retirou o Departamento de Inteligência do controle da SAE e nomeou seu chefe de Casa Militar, general Alberto Cardoso, para liderá-lo. Simultaneamente, F. H. Cardoso designou o general Cardoso para preparar um projeto de lei a ser enviado ao Congresso, criando a Agência de inteligência. Esta agência responde a um comitê que inclui as três Forças Armadas. in “Civis perdem a batalha da inteligência”, Relatório Brasil, 2 de maio de 1996.

<sup>21</sup> “O SNI foi criado em 13 de junho de 1964, logo após o golpe de 1964. Inicialmente, seu chefe tinha que ser nomeado pelo Senado, mas este artigo foi continuamente desconsiderado. A Constituição de 1988 não restabeleceu o direito do Senado de nomear o chefe do SNI e aprovou uma lei clara que permitiria o controle democrático sobre o orçamento das forças de inteligência.” (BAFFA, 1995, p. 13)

<sup>22</sup> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

<sup>23</sup> “This in effect authorized the military to give only discretionary obedience to the president, since obedience was dependent upon their decision regarding the legality of the presidential order.” (STEPAN, 1971, P. 75)

<sup>24</sup> A Constituição Sandinista de 1987 e a Constituição de Pinochet de 1980 também dão as Forças Armadas nicaraguenses e chilenas o papel de guardiões da lei e da ordem. Ordem não é um conceito neutro e sua definição operacional em todos os níveis do processo de elaboração de políticas envolve escolhas que refletem a estrutura

constitucionais do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) não mais garantiriam e controlariam o funcionamento das Forças Armadas; em vez disso, as Forças Armadas garantiam o funcionamento de seus ramos através da “lei”. A nova Constituição declara que não apenas o Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário podem pedir às Forças Armadas que intervenham nos assuntos internos para garantir a lei e a ordem. A regra ainda é não democrática. Suponha que os três ramos constitucionais do governo não pensem que exista necessidade de recorrer às Forças Armadas, mas que os militares pensem de maneira diferente. Dado o papel de garantes da lei e da ordem, o desejo dos militares prevalecerá sobre o dos três poderes constitucionais.

No primeiro esboço do artigo 142, os militares perdiam seu poder de garantidores da lei e da ordem. O ministro do Exército de então, general Leônidas Pires Gonçalves, ameaçou anular todo o processo constitucional. Os constituintes decidiram ceder e no próximo esboço o papel de fiadores da lei e da ordem foi assegurado aos militares. Para tornar a capitulação mais branda, o Congresso também concedeu ao Judiciário e ao Legislativo o direito de convocar as forças armadas. Sem especificar o que é o Judiciário, a Constituição deu ao chefe do Supremo Tribunal Federal e, a um juiz de uma pequena cidade do interior, direitos idênticos para chamar as Forças Armadas. Também colocou na mesma cesta o Presidente do Congresso Nacional e um deputado em seu primeiro mandato.

Após os fatos ocorridos em novembro de 1988, quando um juiz da 3ª Vara de Volta Redonda solicitou a intervenção do Exército para reprimir uma greve na Companhia Nacional de Siderurgia, que terminou com o assassinato de três trabalhadores, o Congresso aprovou em 23 de julho de 1991, Lei Complementar nº 69. Esta Lei restabeleceu a cláusula da Constituição de 1967 que dava apenas ao Executivo o direito de convocar as Forças Armadas. A novidade, é que os presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal poderão pedir a intervenção das Forças Armadas, no entanto, o Executivo tem o direito de vetá-lo. Em outras palavras, o Executivo continua sendo aquele que tem o direito de enviar tropas para intervir na política interna.

Uma importante mudança introduzida por esta Lei (Art. 8º, 2º parágrafo) foi a que declarou que as Forças Armadas só deveriam intervir em assuntos internos somente após todas

---

política e ideológica dominante. Consequentemente, uma cláusula tão vaga pode prevalecer tanto no socialista quanto não socialista e regimes capitalistas não democráticos.

as forças policiais terem sido destacadas e não fossem capazes de assegurar a paz social. No entanto, esta cláusula foi violada tanto pelo ex-presidente Itamar Franco como pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Em maio de 1993 e janeiro de 1994, tropas federais foram mobilizadas para conter protestos na ponte Rio-Niterói. Em março de 1994, uma manifestação política contra os trinta anos do golpe de 1964 foi dispersada por tropas federais, no Rio de Janeiro. Em maio de 1994, Itamar enviou tropas de elite do Exército, enviadas do Rio de Janeiro, para reprimir a greve dos membros da Polícia Federal, enquanto tropas da Polícia Militar do Distrito Federal cobriram as ações do Exército. Mais recentemente, em maio de 1995 e outubro de 1996, FHC enviou tropas federais para reprimir uma greve na refinaria de petróleo e, para expulsar garimpeiros de terras federais no Estado do Pará.

Em ambos os casos, sem primeiro tentar implantar forças policiais. Portanto, é possível dizer que a intervenção doméstica do Exército em 1988, em Volta Redonda, durante o mandato de Sarney, foi constitucional, enquanto intervenções militares durante os mandatos de Franco e Fernando Henrique Cardoso eram inconstitucionais.

O artigo 137 da Constituição Federal trata do Estado de Sítio: um caso típico em que a lei e a ordem estão em perigo. De acordo com o Artigo 137, o presidente precisa de autorização do Congresso para declarar Estado de Sítio. Suponha que o Congresso não pense que a lei e a ordem estão em perigo; então o presidente não pode chamar os militares para intervir. Mas ele, sob pressão militar, pode contornar a decisão do Congresso invocando o Artigo 142 e depois pedindo aos militares que restabeleçam a lei e a ordem.

O Artigo 22, XXI, juntamente com o Artigo 144, IV, § 6º, não ajudam a estabelecer o controle civil sobre as forças armadas. O primeiro afirma que o governo federal é responsável pela organização das forças da Polícia Militar dos Estados, tropas e armamentos, além de convocar e mobilizar essas forças. Este último, além de afirmar que a Polícia Militar deveria estar subordinada aos Governadores de Estado (que pagam salários à polícia e nomeia o comandante), afirma que a Polícia Militar deve ser considerada tanto uma força auxiliar como uma força de reserva pertencente ao Exército<sup>25</sup>.

Ambos os artigos acabaram por estabelecer um duplo comando: um federal e outro local. Os governadores estaduais têm o ônus de pagar os salários das forças policiais militares;

<sup>25</sup> Teoricamente, todo cidadão brasileiro é uma reserva do Exército. As forças policiais como forças auxiliares do Exército é prática comum durante regimes autoritários. Nas democracias, só em tempo de guerra a Polícia deveria se tornar forças auxiliar do Exército. Em tempo de paz, o Exército é aquele que pode ajudar a Polícia.

no entanto, eles não podem decidir que tipo de armamento a ser comprado, a organização das tropas, ou como ou quando novos quartéis serão construídos. Eles precisam do consentimento federal da Inspeção Geral da Polícia Militar, IGPM, órgão subordinado ao Ministério do Exército. O IGPM foi criado durante o período de pico da repressão militar para coordenar as atividades das forças policiais militares do Estado, bem como para garantir um melhor controle dessas forças pelo Exército<sup>26</sup>.

Esse arranjo institucional gera conflitos. No caso da mobilização da Polícia Militar do Estado devido, por exemplo, à agitação social, toda força Policial Militar tem em seu estado uma unidade do Exército, que a controlará. Se o Governador do Estado tiver diferenças políticas com o Ministério da Defesa, ele estará em uma situação embaraçosa: o governador continuará pagando os salários de sua Polícia Militar estadual, mas essas forças podem ser usadas pelo Ministério da Defesa contra o governador.

A Lei de Segurança Nacional (LSN), fruto do regime autoritário, tem funcionado como um apêndice do Código Penal Militar, no sentido de que aqueles que violam esta lei podem ser julgados em tribunais militares federais. A última versão do mesmo foi promulgada em 14 de dezembro de 1983 (Lei nº 7.170) e ainda é válida hoje<sup>27</sup>. A novidade da Constituição de 1988 era considerar crimes militares somente aqueles sob a jurisdição do Código Penal Militar. Consequentemente, a Constituição mudou a jurisdição militar da LSN para a jurisdição comum. Ainda assim, a ambiguidade permanece. O artigo 109, IV da Constituição de 1988 afirma que *“os juízes federais têm autoridade para processar e julgar crimes políticos”*.

No entanto, não há legislação brasileira que lide com crimes políticos. Assim, a Lei de Segurança Nacional acaba cobrindo os crimes políticos e os infratores são julgados em tribunais militares federais como durante o regime militar. De fato, em maio de 1993, quatro brasileiros foram indiciados pela LSN e serão julgados por um tribunal militar por defender a criação de um novo país no sul do Brasil<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Trata-se do Decreto 317, 13 de março de 1967. Pelo menos uma vez por ano, um general do exército visita todas as forças militares do estado comandantes para verificar o funcionamento dessas forças. Essas visitas também podem ser usadas para refrear qualquer tentativa de forças militares estaduais questionarem sua subordinação ao Exército.

<sup>27</sup> Se alguém atirar uma pedra contra o Presidente (Art. 1, III) ele perpetrou um crime contra a segurança nacional. Para intimidar jornalistas e acadêmicos, o artigo 23, II considera crime se alguém provocar animosidade entre as Forças Armadas ou entre elas e as classes sociais ou instituições civis.

<sup>28</sup> “Separatistas são indiciados na LSN no Paraná,” Folha de S. Paulo, 07 de maio de 1993.



A Constituição de 1967, em seu artigo 219, afirma que a Justiça Militar deveria julgar militares ou civis que trabalham para os militares que cometeram crimes militares definidos por lei. Outros civis só seriam julgados por tribunais militares se tivessem cometido crimes contra a segurança nacional. Já o Artigo 124 da Constituição de 1988 afirma que a Justiça Militar deve julgar os crimes militares como definidos pela lei, no caso o Código Penal Militar de 1969. Em seguida, acrescenta que a lei deve definir a jurisdição da Justiça Militar. Esta lei adicional ainda não foi aprovada, somente existindo pequenos ajustes como a recente lei ordinária 13.491 de outubro de 2017. Isso significa que o escopo da Justiça Militar hoje, com relação à possibilidade de civis serem julgados sob tribunais militares, é mais amplo do que antes da promulgação da Constituição de 1988. Por quê? A definição de crime militar pode ser encontrada no Código Penal Militar, promulgado em 21 de outubro de 1969 - durante o auge da repressão política - pela Junta Militar que governa o Brasil.

Portanto, ao contrário da situação anterior a 1988, os civis podem ser julgados pelos tribunais militares, mesmo que tenham cometido crimes comuns. A Espanha de Franco, a Filipinas de Marcos, sob a Lei Marcial de 1974, até a sua revogação em 1981, e o Chile de Pinochet se assemelham à situação brasileira após a Constituição de 1988. Dado que Franco e Marcos morreram e a influência de Pinochet (embora já falecido) está desaparecendo lenta, mas progressivamente, o Brasil tende a ampliar a jurisdição militar sobre os civis. A possibilidade de militares federais ativos serem julgados por tribunais civis é praticamente nula. Em julho de 1996, o Senado decidiu suavemente mudar essa situação. Aprovou que somente crimes premeditados perpetrados pelos militares contra a vida civil deveriam ser julgados em tribunais civis, embora a investigação permanecesse nas mãos militares. Os ministros militares vetaram o projeto, porém, pelo contexto político, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso aprovou em 7 de agosto de 1996 um novo projeto e imediatamente o enviou de volta ao Congresso afirmando que o anterior é vinculante apenas para as forças policiais militares dos estados. Consequentemente, não contempla os membros das Forças Armadas!

Quando um crime militar ocorre, é aberto um inquérito militar (Inquérito Policial Militar, IPM). O chefe do IPM tem o poder de impor uma detenção provisória por trinta dias, seja o suspeito ser civil ou militar (Código de Processo Penal Militar, CPPM, art. 18). Para prender alguém, o agente militar não precisa de um mandado judicial, nem o suspeito estar em flagrante delito. Por um lado, o agente militar precisa do consentimento do Judiciário para fazer a prisão, por outro lado, ele somente precisa comunicar ao Judiciário que alguém está na prisão.

Além disso, a detenção pode ser renovada por mais vinte dias (CPPM, Art. 18). A pessoa responsável pela renovação não é o juiz, mas a mais alta autoridade militar na região militar. Este artigo antidemocrático promulgado, como mencionado anteriormente, no auge da repressão política militar, foi mantido pela Constituição de 1988. Ele declara no artigo 5º, LXI: *“ninguém será preso a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial apropriada, exceto no caso de crime militar ou crime estritamente militar como definido por lei”*. Vale ressaltar que a Polícia Civil fez lobby pelo direito de fazer a detenção provisória. A Polícia Civil pediu cinco dias de detenção, condicionada à apresentação de notificação, em vez de apenas se comunicar com um juiz. O Congresso Constituinte de 1988 não aprovou o pedido da Polícia Civil. No entanto, manteve a prerrogativa militar intocada.

Durante todo o período do regime militar, os policiais militares dos estados não eram *de jure* considerados funcionários públicos militares. Eles só tinham *status* militar não oficial. Outros países democráticos separaram, assim que a transição começou, os papéis da Polícia das Forças Armadas. Os constituintes brasileiros adotaram outro caminho. A Constituição de 1988, pela primeira vez na história brasileira, reconhecia que policiais militares e bombeiros militares tinham o mesmo status de pessoal das Forças Armadas: servidores públicos militares<sup>29</sup>. Como resultado, a pessoa que patrulha as cidades brasileiras, aquele que é responsável pela extinção de incêndios, e aquele que é treinado para combater as guerras, todos eles são regidos pelo mesmo código penal militar e por códigos disciplinares militares semelhantes.

É uma prática comum em países democráticos atribuir ao Senado a responsabilidade de aprovar ou vetar as principais promoções militares de alto escalão. Por exemplo, na Argentina, durante o mandato de Alfonsín, muitos oficiais ligados à “guerra suja” foram promovidos. O alto escalão teve que negociar com o Senado as promoções aprovadas pelo Presidente, mas rejeitadas pelo Senado por causa das violações dos direitos humanos dos candidatos no passado<sup>30</sup>.

No Brasil, pelo contrário, o Artigo 84, XIII, afirma que o Presidente brasileiro é o único responsável por promover todos os oficiais gerais. O procedimento é geralmente o seguinte: O

<sup>29</sup> Não conheço nenhum outro país que dê aos bombeiros o status exclusivo de ser militar. Não há bombeiros civis no Brasil, e sim brigadistas, capacitados para o primeiro combate à incêndios ou outras emergências. O chefe do Corpo de Bombeiros é subordinado ao Comandante da Polícia Militar do Estado.

<sup>30</sup> Bolívia, Colômbia, Paraguai, Uruguai e Venezuela também são países onde seus presidentes têm que consultar com o Senado antes de promover o alto escalão.



alto comando de cada força prepara uma lista de oficiais a serem considerados para promoção. O presidente somente chancela. Nenhum caso foi relatado de um oficial recusado para promoção por qualquer presidente civil.

Tal comportamento presidencial ajuda a fortalecer a ligação institucional entre os militares e o Presidente. As Forças Armadas brasileiras tornam-se uma extensão do Poder Executivo<sup>31</sup> em detrimento do Legislativo. De fato, o Artigo 48, III, diz que o Congresso deveria lidar com a fixação e modificação do tamanho das tropas nas forças armadas, no entanto, não forneceu uma definição clara do papel dos militares além de sua tarefa puramente profissional. Praticamente nada é dito sobre o papel do Congresso no controle do orçamento militar, leis de defesa, programas nucleares militares, serviços de inteligência militar ou administração militar.

A Constituição de 1988, no artigo 91, criou um Conselho de Defesa Nacional, um órgão consultivo do Presidente. Ele lida, entre outras coisas, com assuntos externos (considerando guerra) e assuntos internos (considerando estado de sítio ou intervenção federal nos estados). Além do Presidente da República, as seguintes autoridades têm um assento fixo no Conselho: Vice-Presidente da República, Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, Ministros da Justiça, Relações Exteriores, Planejamento e ministros militares. Portanto, há uma forte presença militar que discute as políticas internacionais e domésticas. Essa é uma das razões pelas quais os militares sempre resistiram a criação do ministro da Defesa. Eles perderiam quase todo o seu poder neste Conselho.

Por último, mas não menos importante, a Constituição de 1988 não descartou a participação militar ou o controle total sobre atividades econômicas específicas. O Departamento de Aviação Civil é controlado pela Força Aérea, e não pelo Ministro dos Transportes. A Força Aérea também controla espaço aéreo comercial e inspeção de segurança de aeronaves. A legislação brasileira permite até mesmo que o Ministério da Defesa intervenha se uma companhia aérea comercial estiver sendo mal administrada. Da mesma forma, o licenciamento da frota mercante e dos barcos de passeio e jet-skis é concedido pela Marinha.

<sup>31</sup> Ao contrário dos países democráticos, a segurança pessoal do presidente brasileiro é garantida pelas forças armadas. Existe uma Casa Militar liderada por um general da ativa, possuindo três oficiais militares: um do Exército, um da Marinha e um da Força Aérea. Enquanto em Brasília, o Presidente e o Vice-Presidente são guardados pelo Batalhão de Guarda da Presidência (cerca de 1.500 homens) e pelo Regimento de Cavalaria da Guarda (cerca de 1300 homens). Estas duas unidades do exército são também usadas durante recepções a altas autoridades políticas do exterior. Fujimori adotou o estilo brasileiro: depois seu autogolpe ele decidiu que o exército peruano faria sua segurança, em vez de a polícia.



Além disso, acidentes com aviões civis ou barcos civis são investigados pelos militares e, os militares envolvidos nesses acidentes são julgados pelos tribunais militares.

## 5 CONCLUSÃO

Quando os militares e seus aliados na sociedade civil se convencerem de que deveriam entregar as rédeas do poder à oposição civil, é natural que as Forças Armadas cobraram um preço compatível com a transação negociada. Afinal, as Forças Armadas eram plenamente capazes de reverter o processo de democratização. A manutenção de graus de autonomia política para os militares, que variam em intensidade de país para país, é o preço pago pelos democratas para garantir a aquiescência dos militares em troca do controle de um governo.

Consequentemente, em qualquer transição negociada, é de se esperar que o novo governo democrático faça temporariamente algumas concessões aos militares. A tarefa daqueles que tomam o poder é retomar essas posições enquanto buscam, simultaneamente, criar novas instituições democráticas<sup>32</sup>.

No Brasil, depois de 1985, a moeda política utilizada era um acordo, explícito ou não, de que os interesses fundamentais dos militares não seriam afetados<sup>33</sup>. Uma grande parte da autonomia militar foi preservada constitucionalmente em 1988<sup>34</sup>. As cláusulas constitucionais refletiam as escolhas políticas do representante do Congresso. Portanto, o resultado final foi uma vitória da coalizão conservadora que foi construída dentro da Assembleia Constituinte com apoio externo do presidente Sarney e das forças armadas. É espantoso que essa coalizão conservadora ainda controle o Congresso hoje. Os artigos constitucionais civis-militares praticamente não foram contestados durante o processo de revisão constitucional (1993/94) e até hoje.

Mais de trinta anos após o início da transição, os civis, em vez de abolir os artigos que se assemelham ao autoritário 1967/69 Constituição, concorda em manter a maioria deles. Em

<sup>32</sup> Uma transição semelhante à do Brasil, em termos de prerrogativas militares, é a do Chile. Em 1980, Pinochet, prevendo a possibilidade de um governo civil, tinha uma constituição escrita garantindo excessiva autonomia aos militares. Os presidentes Patricio Aylwin e Eduardo Frei, tentaram essas cláusulas autoritárias, promovendo o controle civil sobre os militares, mas sem sucesso.

<sup>33</sup> Os Pactos de Punto Fijo (Venezuela), Sitges (Colômbia) e Moncloa (Espanha) são exemplos de pactos de transição. O Pacto do Clube Naval (Uruguai) e os encontros secretos entre o presidente brasileiro Tancredo Neves e o ministro do Exército Valter Pires estão dentro dos limites dos pactos implícitos.

<sup>34</sup> Ao contrário do general Pinochet no Chile ou do general Lino Oviedo no Paraguai, o Brasil não ter um militar que personifique a presença militar na política. Portanto, é necessário ultrapassar a superfície política para encontrar o legado autoritário que, neste caso, está embutido no Texto constitucional.

vez de ser uma “Constituição Fundadora” de uma nova relação civil-militar democrática, a Constituição de 1988 preservou um modo dessa relação que é incompatível com a democracia. O que parece estar consolidado no Brasil é a “consolidação não democrática” de suas relações civis-militares.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o Poder Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 327-380, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08 Aug. 2019.

BAFFA, Ayrton. *Nos Porões do SNI*. São Paulo: Objetiva, 1995.

GRAHAM, Lawrence. Democratization and the Grassroots in Brazil. *Paper presented at the 19<sup>th</sup> International Congress of the Latin American Studies Association*, Washington, D.C., September, 28-30, 1995.

NOBLAT, Ricardo. A História do golpe que não houve. *Jornal do Brasil*, 24 de março de 1988.

PRZEWORSKI, Adam. A Escolha de Instituições na Transição para a Democracia: Uma Abordagem da Teoria dos Jogos. *Dados*, v. 35, 1992.

SCHNEIDER, Ben Ross. Democratic Consolidations: Some Broad Comparisons and Sweeping Arguments. *Latin American Research Review*, vol. 30, no.2, 1995, p. 220-241.

SOUZA, Amaury de; LAMOUNIER, Bolívar. A feitura da nova Constituição: um reexame da cultura política brasileira. In LAMOUNIER, Bolívar (org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Idesp, 1990, p. 81-104.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24, p. 105-121, jun. 2005.

STEPAN, Alfred. *The Military in Politics: Changing Patterns in Brazil*. Princeton: Princeton University Press, 1971.

SUSTAIN, Cass R. The Negative Constitution: Transition in Latin America. in STOTZKY, Irwin P. (org.) *Transition to Democracy in Latin America: The Rule of the Judiciary*. Boulder: Westview Press, 1993, pp. 361-379.

Submissão: 09/09/2018  
Aceito para Publicação: 08/08/2019



## O CPC-2015 E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO\*

## CPC-2015 AND THE PRINCIPLE OF FREE EVALUATION

Claudio Penedo Madureira\*\*

Francisco Vieira Lima Neto\*\*\*

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo demonstrar que o dispositivo do CPC-2015 que impõe aos julgadores enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo (art. 489, p. 1º, VI) e aqueles outros que prescrevem que, mesmo as razões que por elas não foram deduzidas, devem ser consideradas pelos juízes se pretenderem empregar na decisão questões de fato e de direito não exploradas em suas manifestações processuais (arts. 10 e 493, p. único) conduzem à eliminação do princípio do livre convencimento, tal como descrito pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do artigo 131 do CPC-1973.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil; Princípio do Contraditório; Princípio da Motivação Adequada; Princípio do Livre Convencimento.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Consolidação no ordenamento de opção político-legislativa pela adstrição dos julgadores às razões deduzidas pelas partes. 2. Constitucionalidade da imposição jurídico-normativa a que os julgadores enfrentem as razões deduzidas pelas partes. 3. A eliminação do princípio livre convencimento. Considerações finais. Referências.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate that the new provisions of CPC-2015 requires that judges face the reasons as deduced by the parties in the course of the proceedings (article 489, VI). Besides, even issues that were not deduced by the parties should be considered by the judges if they will apply in his decision issues of fact and law unexplored during the judicial process (arts. 10 and 493, single paragraph). For this reason, we understand that the principle of free evaluation, as described by the Superior Court of Justice, has been eliminated from the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Civil Procedural Law; Adversarial Principle; The justification of judicial decisions; Principle of Free Evaluation.

275

## INTRODUÇÃO

Em artigo de opinião publicado em 19 de março de 2015 no site Consultor Jurídico, Lenio Streck relata fato relevante depreendido no processo legislativo que conduziu à aprovação do texto do Código de Processo Civil de 2015. Em suas próprias palavras:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que-o-juiz-teria-o-pode-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual.

[...] Depois de muita discussão, o relator do Projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do LC. Considero isso uma conquista hermenêutica[1] sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então,

\* Trabalho concebido no contexto de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES (Edital nº 6/2015 – Universal Individual), que estuda “A conciliação como meio alternativo para a resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública”.

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo.

\*\*\* Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo.

adotava um modelo solipsista stricto sensu: veja-se que o artigo 378 falava que “O juiz apreciará livremente a prova...”. Já o artigo 401 dizia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada...”. E no artigo 490 lia-se que “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

Portanto, todas as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. [...] Mas, mais importante ainda nesse contexto é a justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo deputado Paulo Teixeira (aqui está resumida):

‘embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. (...)’.

O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema<sup>1</sup>.

Quando observa, na sequência de sua fala, que “o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle”, Streck emprega, em sua abordagem, elemento sumamente importante para enfrentamento do problema, qual seja: a constatação de que “o processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais”<sup>2</sup>. Em apertada síntese, Streck se insurge contra o risco de que “o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova” conduzam à prolação de decisões arbitrárias e contrárias ao Direito<sup>3</sup>. Tal se infere, ainda, desta outra passagem do mesmo texto:

276

<sup>1</sup>STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>; acesso em 02/01/2018. Quanto ao particular, cf., ainda: (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015) e (THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 869).

<sup>2</sup>STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018.

<sup>3</sup>STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018. Semelhante opção teórica parece aproximar o professor gaúcho das premissas adotadas pela doutrina do formalismo-valorativo, que defende, em oposição ao instrumentalismo de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996), que seja colocado ao centro da Teoria do Processo, não a jurisdição (conforme defendem os instrumentalistas), mas o próprio processo, de modo a que ele, processo, apresente-se como limitação ao arbítrio estatal. Sobre o assunto, cf.: (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2. p. 13); (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015); (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-21); (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007); (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo



Ao fazermos uma análise mais detida do NCPC, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto - e autoritário - modelo social protagonista podem estar se alterando. No livro *O Que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?*, relato uma série de decisões que simbolizam esse socialismo processual tardio e do solipsismo ínsito a esse imaginário. Agora mesmo no Rio de Janeiro um juiz convocado disse na AC 99.02.30246-7, tendo decidido da mesma forma na AC 606.345, que ‘o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos!’. Já em São Paulo, um desembargador disse, recentemente: ‘tenho convicção e assim decidi. Nada necessito mais dizer’

[...] Se alguém me perguntar por que lutei tanto contra o livre convencimento, respondo com as vozes de milhares de advogados, que são surpreendidos diariamente com os ‘livres convencimentos’, ‘livres apreciações’ e ‘julgamentos conforme as consciências’. Peço que a comunidade jurídica me apoie e me acompanhe nessa cruzada. Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo com o direito (em várias colunas expliquei o conceito)<sup>4</sup>.

Este artigo foi escrito com o propósito de atender à solicitação de Streck no sentido de que a sua “cruzada” contra o “livre convencimento” seja apoiada pela comunidade jurídica. Porém, desejamos conferir ao tema enfoque distinto, embora perfeitamente compatível com a observação do professor gaúcho quando o relacionou ao risco da prolação de decisões judiciais arbitrárias e contrárias ao Direito; afeto à imperiosa necessidade do enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no curso do processo<sup>5</sup>, que resulta da advertência do inciso IV do seu artigo 489, quanto a ser desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” e dos enunciados prescritivos que vedam ao Poder Judiciário

277

---

como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011. p. 20-22); (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017). Enfim, muito embora sejam públicas e notórias as objeções de Streck ao formalismo-valorativo (a propósito, cf., a título de exemplo: STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio? *Revista de Processo*, p. 13-34, n. 213. Nov. 2012) acreditamos haver pontos de aproximação entre o seu posicionamento e essa singular doutrina jurídica. Porém, isso é assunto para um outro trabalho.

<sup>4</sup>STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018.

<sup>5</sup>A propósito, cf. o teor do Enunciado nº 523 do FPPC, citado por Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva: “Enunciado nº 523 do FPPC: O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam (grupo: sentença, coisa julgada e ação rescisória)” (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 240).

decidir sobre fundamentos (art. 10<sup>6</sup>) e fatos (art. 493, p. único<sup>7</sup>) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Posto isso, nas linhas que se seguem, procuraremos demonstrar que essas opções político-legislativas conduzem à eliminação do que em doutrina se convencionou chamar *princípio do livre convencimento*<sup>8</sup>, outrora extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do texto do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973<sup>9</sup>, segundo o qual os juízes não estariam obrigados a enfrentar as razões deduzidas pelas partes quando resolvem os conflitos submetidos à sua apreciação<sup>10</sup>.

## 1 CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO DE OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PELA ADSTRIÇÃO DOS JULGADORES ÀS RAZÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES

Anote-se, desde logo, que o processo civil não é, nem nunca foi, espaço adequado para a resistência imotivada a pretensões jurídicas fundadas no Direito<sup>11</sup>. Basta ver que o Código de Processo Civil de 1973, no inciso II do seu artigo 14, já elencava entre os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo atuar com lealdade e boa-fé<sup>12</sup>. Disposições semelhantes são encontradas no artigo 5º do código de 2015, que dispõe, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de

278

<sup>6</sup>CPC-2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>7</sup>CPC-2015. “Art. 493 [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

<sup>8</sup>Ao ensejo, cf.: (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33) e (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153).

<sup>9</sup>CPC-1973. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

<sup>10</sup>Cf.: EDRESP nº 507.730/PR; Primeira Seção; data da decisão: 13/12/2006; DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229; Relator Ministro José Delgado.

<sup>11</sup>Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 75-78, passim.

<sup>12</sup>CPC-1973. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001): [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”. Sobre o conceito de boa-fé, cf.: (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984) e (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999). Sobre a aplicação da boa-fé ao processo civil, cf.: (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007) e (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit.).



acordo com a boa-fé”. Por esse motivo, e porque as contendas jurídicas em geral são resolvidas pela investigação, no curso do processo, sobre se o ordenamento jurídico confere razão a um ou outro litigante<sup>13</sup>, *é impensável, sob o ponto de vista científico, que autores formulem pretensões que sabem contrárias ao Direito ou, ainda, que réus resistam a pretensões que reconhecem ser fundadas em regras e princípios extraídas das leis e da Constituição.*

No ponto, destacamos, em corte metodológico, que o discurso científico não se ocupa da patologia. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento<sup>14</sup>. Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema<sup>15</sup>. Como este é um trabalho científico, devemos nos ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes. Destarte, se o Direito estabelece que as partes devem agir com boa-fé no curso do processo, não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento àqueles que não atuarem com boa-fé. Assim, o eventual descumprimento pelos litigantes da norma que lhes impõe comportar-se com boa-fé no curso do processo deve ser combatido pela via da aplicação das multas que o legislador atribuiu à litigância de má-fé<sup>16</sup> e pela condenação dos recalcitrantes ao pagamento de indenização por perdas e danos<sup>17</sup>. Disso resulta que, abstraída a patologia (que não pode ser invocada, cientificamente, para modificar a compreensão do objeto de análise do jurista, na medida em que suscita, quando muito, a incidência das sanções previstas no ordenamento), a

<sup>13</sup> No ponto, Marcelo Abelha Rodrigues assevera que a finalidade essencial do processo é “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 05).

<sup>14</sup> Muito embora também afirmem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

<sup>15</sup> A propósito, cf., por todos: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199-204, *passim*.

<sup>16</sup> De que tratam, nos termos seguintes, os incisos I, II e III do artigo 17 do código de 1973 (“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980): I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980); II - alterar a verdade dos fatos (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980); III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980)”) e os incisos I, II e III do artigo 80 do código de 2015 (“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal”).

<sup>17</sup> Como orienta o artigo 79 do código de 2015, que resta vazado nos seguintes termos: “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

divergência que se estabelece entre as partes fundamenta-se (ou pelo menos deveria se fundamentar) em dúvida fundada sobre como o Direito deve ser aplicado aos casos concretos.

Ao ensejo, Chaïm Perelman, reportando-se à temática da realização da justiça, pontuou que “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que “se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa”<sup>18</sup>. Porém, adverte o filósofo, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé”<sup>19</sup>. Para Perelman, “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça”<sup>20</sup>. Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman assinala que essa “é também uma noção confusa”<sup>21</sup>.

Como a justiça, o Direito de nosso tempo “é também uma noção confusa”. Em primeiro lugar porque é aplicado com o propósito de realizar a justiça<sup>22</sup>. Em segundo lugar porque, ainda que não se pudesse admitir que o processo é instrumento voltado a aplicar o Direito com justiça<sup>23</sup>, poucos ousariam refutar a constatação de que, nos dias de hoje, o Direito aplicado aos casos concretos resulta da atividade cognitiva dos intérpretes, que se funda em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação, vez que, muito embora parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos litígios, também abarca a interpretação desses textos

<sup>18</sup>PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 146.

<sup>19</sup>PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

<sup>20</sup>PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

<sup>21</sup>PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

<sup>22</sup>Ao ensejo, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

<sup>23</sup>Quanto ao particular, cf.: (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996); (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2); (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005); (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015); (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007); e (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit.).

normativos. Essa atividade cognitiva pressupõe a investigação do real sentido das palavras expressadas nos textos legislativos, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento, por meio da qual os intérpretes/aplicadores (com destaque para a atuação dos membros do Poder Judiciário) procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integralidade. Também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir na hipótese dos autos, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador<sup>24</sup>. Por isso o processo se qualifica, como observa Daniel Mitidiero, não apenas como “um instrumento do direito material”, mas também como “um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal”<sup>25</sup>.

Essa constatação teórica conduz à compreensão de que um processo adequado é aquele que induz à aceitabilidade da decisão pelos contendores<sup>26</sup>. Afinal, se os litígios se fundamentam (abstraída a patologia) em dúvida fundada sobre como o Direito deve ser aplicado aos casos concretos, a resolução dessa dúvida no curso do processo conduz (ou pelo menos tem a potencialidade de conduzir) a um desfecho mais célere pela contenda, que pode se encerrar pela autocomposição entre as partes litigantes ou, ainda, pela abstenção da parte vencida em recorrer das decisões/sentenças/acórdãos que procuram solucionar o conflito.

Porém, isso somente será possível quando a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo<sup>27</sup>. Esse modelo de processo dialógico foi adotado pelo legislador do código de 2015<sup>28</sup>, que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar as razões*

<sup>24</sup>Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 117-206, *passim*.

<sup>25</sup>MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 72-73.

<sup>26</sup>MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 207-261.

<sup>27</sup>Cf.: HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 296.

<sup>28</sup>MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 109-124, *passim*.

*deduzidas pelas partes* (art. 489, p. 1º, IV<sup>29</sup>). O que sobressai da literalidade do dispositivo é que o legislador concebeu imposição jurídico-normativa a que os juízes enfrentem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Sem adentrar na distinção teórica entre argumentos e fundamentos, que poderia conduzir à afirmação de que o legislador disse menos do que deveria ter dito, ou, ainda, que não se expressou com suficiente clareza, empregamos, por efeito didático, a expressão *razões*. No ponto, deve estar claro, então, que o que *o novo código expressa é que os juízes devem enfrentar, no curso do processo, as razões deduzidas pelas partes, que compreendem todo e qualquer argumento que possa infirmar a conclusão adotada na decisão/sentença/acórdão, isto é, que seja capaz de interferir nos seus fundamentos*<sup>30</sup>.

O código de 2015 prescreve, ainda, que o desatendimento a essa imposição normativa suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos de declaração (art. 1.022, p. único, II<sup>31</sup>). Com isso, o legislador conferiu aos declaratórios o *status* de remédio jurídico a ser empregado quando se verifica, no curso do processo, descumprimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais; que é aplicável, inclusive, na hipótese do inciso IV do parágrafo 1º do seu artigo 489, isto é, quando o juiz não tem o cuidado de enfrentar, no contexto da resolução da contenda, o que as partes deduziram em suas manifestações processuais<sup>32</sup>.

<sup>29</sup>CPC-2015. “Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

<sup>30</sup>Nesse mesmo sentido já havia se posicionado Humberto Dalla Bernardina de Pinho ainda antes da edição do código de 2015, quando expressou, em doutrina, que “a motivação permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão”, enfatizando que, posto isso, “seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32).

<sup>31</sup>CPC-2015. “Art. 1.022 [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

<sup>32</sup>Destarte, são claramente inaplicáveis aos casos concretos em que se verifica a oposição de declaratórios fundados na suposta omissão do juiz em enfrentar as razões deduzidas pelas partes os dispositivos processuais que atribuem sanções à oposição de embargos protelatórios (art. 1.026 e pp. 2º, 3º e 4º). Afinal, se o próprio legislador incentiva a utilização dessa modalidade recursal para conferir fundamentação adequada à decisão/sentença/acórdão impugnado, e se, como cediço, o Direito não admite a atribuição de sanções sem “prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que livraria” o infrator da cominação (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855), a incidência desses preceptivos afetaria a confiança dos jurisdicionados na regularidade do processo, em clara ofensa ao princípio da segurança jurídica. Quanto ao particular, veja o ensinamento de Jorge Miranda, citado por Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 404), quando afirma que “de

Tamanha foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao Processo Civil Brasileiro que vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (art. 10) e fatos (art. 493, p. único) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Assim, *mesmo as razões que não foram deduzidas pelas partes devem ser consideradas pelos juízes*, que, se pretenderem empregar na decisão (*síntese*) questões de fato e de direito não exploradas na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*), deverão oportunizar a elas que veiculem os motivos pelos quais entendem que esses elementos conduzem ao acolhimento da posição jurídica por elas defendidas no curso do processo.

## 2 CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA A QUE OS JULGADORES ENFRENTEM AS RAZÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES

Posto isso, é importante destacar a absoluta impropriedade de se afirmar, sem uma reflexão mais profunda, a inconstitucionalidade do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015 (que impõe aos juízes o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes), assim como de seu artigo 10 e do parágrafo único de seu artigo 493 (que lhes confere, inclusive, o enfrentamento das razões que ainda poderão vir a ser deduzidas por elas, caso considerem empregar na resolução do conflito questões de fato e de direito não exploradas na *tese* e na *antítese*)<sup>33</sup>. É que esses dispositivos processuais procuram conferir aplicabilidade à Constituição, mais especificamente (i) à regra jurídica consignada no inciso IX do seu artigo 93<sup>34</sup>, que determina que todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade e (ii) aos princípios do devido processo legal, do

283

---

putatividade parece ser a situação, pois a emissão de uma lei, ainda que inconstitucional, pode determinar expectativas razoáveis e, na base delas, comportamentos” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003).

<sup>33</sup>Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 112-114, passim.

<sup>34</sup>CRFB. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV<sup>35</sup>), que transportam para o âmbito da fundamentação adequada a necessidade de efetivo enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo<sup>36</sup>.

No ponto, Luiz Guilherme Marioni adverte ser inviável procurar atribuir alguma estabilidade ao Direito, de modo a produzir a contenção da litigiosidade das partes, “quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem”<sup>37</sup>. Disso resulta a sua observação, noutro trabalho, quanto a não se dever “confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”, pois “o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais”<sup>38</sup>. Assim considerado, o contraditório legitimaria o procedimento como meio, mas não garantiria “o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais”, o que conduz

<sup>35</sup>CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>36</sup>Como será demonstrado na sequência, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que esses princípios constitucionais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa) conformam o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, impondo aos julgadores o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no curso do processo. A propósito, cf., a título de exemplo, os julgamentos (i) do Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no qual o Excelso Pretório afirmou peremptoriamente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo (STF, RE 163.301, DJ 28-11-1997); e do Mandado de Segurança nº 25.787, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando o Tribunal Constitucional vinculou o atendimento a essas garantias não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora (STF, MS 25.787, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007). No ponto, Daniel Mitidiero leciona que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de enviar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37). Por esse motivo, a tarefa dos julgadores não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentem as razões apresentadas. Disso resulta a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

<sup>37</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 218. Afinal, como destaca o professor paranaense na sequência de sua fala: “[...] a estabilidade das decisões [...] pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, cit., p. 218).

<sup>38</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 230.

à compreensão de que, nos casos concretos, “a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão”<sup>39</sup>.

Posto isso, a inconstitucionalidade do dispositivo apenas poderia ser aventada se fosse possível afirmar (i) que o princípio do livre convencimento (que, como se verá adiante, foi extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do artigo 131 do código de 1973<sup>40</sup>, profundamente modificado pelo seu correspondente no código de 2015) teria *status* constitucional e (ii) que, ademais, deve prevalecer, nos casos concretos, na ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, sobre as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

### 3 A ELIMINAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO

A veiculação, pelo novo código, de opção político-legislativa por determinar que as decisões jurídicas proferidas no curso do processo sejam tomadas mediante diálogo entre o juiz e as partes, em que sejam consideradas as razões expostas por todos os interessados na resolução do problema (debate), foi criticada por associações de magistrados, que solicitaram à Presidência da República que apusesse veto aos dispositivos que a concebiam<sup>41</sup>. *O que se afirmou, nesse contexto, foi que esses itens ampliarão o congestionamento da justiça*<sup>42</sup>.

285

<sup>39</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, cit., p. 231.

<sup>40</sup>CPC-1973. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

<sup>41</sup>Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 114-124, passim.

<sup>42</sup>Ao ensejo, reportagem publicada no site *jusbrasil.com.br* ao tempo do encaminhamento do texto do código de 2015 para sanção presidencial traz a seguinte nota: “O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, recebeu nesta quinta-feira (5) representantes da AMB, Ajufe e Anamatra para tratar do pedido de vetos das entidades que representam os juízes brasileiros a três pontos do novo Código de Processo Civil (CPC). No encontro, o presidente da AMB, João Ricardo Costa, disse que os magistrados alertaram que esses itens contribuirão para agravar ainda mais o congestionamento do Judiciário. O ministro garantiu que vai analisar o pleito dos juízes e destacou, ainda, que o Executivo tem interesse em medidas que possam trazer celeridade ao Judiciário”. A reportagem revela, ainda, que o pleito das entidades se assenta sob três pontos: ordem cronológica para análise de processos (art. 12), ampliação do julgamento no âmbito dos recursos (art. 942) e a nova metódica de fundamentação jurídica (art. 489, p. 1º c/c com arts. 10, 493, p. único e 1.022, p. único, II)”. Quanto ao último ponto, que está em discussão neste tópico, a reportagem transcreve, nos termos seguintes, as justificativas apresentadas pelo Presidente da AMB para o veto aos dispositivos: “A nossa preocupação é com o impacto que esses itens vão causar no congestionamento da Justiça. Atualmente, temos quase 100 milhões de processos em tramitação no país. Cada magistrado julga, em média, 1,5 mil processos por ano. O Judiciário está no limite” (Disponível na internet: <<http://amb.jusbrasil.com.br/noticias/214664610/cardozo-trata-de-pedido-de-vetos-com-magistrados>>; acesso em 22/06/2016).

O argumento, entretanto, não impressiona. Em primeiro lugar, porque *tanto mais injustiçado se sentirá o jurisdicionado, e com isso mais recursos interporá, se o Poder Judiciário, no contexto do julgamento da causa, não enfrentar as razões por ele veiculadas no processo*. É que, como já exposto, os litígios se fundam, abstraída a patologia, em dúvida jurídica dos demandantes sobre como o Direito deve ser aplicado ao caso concreto, de modo que é absolutamente natural que os litigantes, se não virem solucionadas essas suas dúvidas, prossigam litigando, acentuando, assim, o problema da morosidade da justiça. Em segundo lugar porque *a hipotética recusa dos julgadores em enfrentar as razões deduzidas pelas partes* (que, queremos crer, também se funda em dúvida sobre a aplicação do Direito, mais especificamente, sobre os efetivos contornos do dever de fundamentação adequada, pois, afastada essa hipótese, ter-se-ia que afirmar que os juízes teriam ignorado as razões das partes por simples comodidade, ilação que também residiria no campo da patologia, e que por isso não merece a atenção da comunidade científica<sup>43</sup>) *causa a impressão* (fator psicológico) *de que elas apenas estariam fazendo figuração no processo*; o que também tem a potencialidade de induzir a interposição de recursos que não seriam apresentados se a parte vencida tivesse sido convencida pela via da efetiva e integral refutação das suas razões, de que o Direito está com a parte adversária. Em terceiro lugar, porque *os dispositivos processuais que procuram impor aos julgadores que enfrentem as razões deduzidas pelas partes* (art. 489, p. 1º, IV c/c art. 1.022, p. único, II) *e que se abstenham de decidir sobre fundamentos* (art. 10) *e fatos* (art. 493, p. único)

286

<sup>43</sup>Se o Direito estabelece que os julgadores devem enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo, não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento, de modo que os juízes que se animarem a deixar de cumprir as prescritas normas processuais (que se colocam, para eles, como normas técnicas de exercício da profissão), poderão vir a ser chamados a se explicar nas corregedorias dos Tribunais e no Conselho Nacional de Justiça. Por óbvio, *simples equívocos na aplicação do Direito*, que ocorrem, por exemplo, quando o julgador se omite em enfrentar os fundamentos articulados pelas partes (art. 489, p. 1º, IV), *não autorizam, automaticamente, a formulação/acolhimento de pedidos de providências junto às corregedorias e ao Conselho Nacional de Justiça*, e menos ainda a responsabilização disciplinar de magistrados por descumprimento das normas técnicas que regulamentam o exercício da profissão, que, a teor do que prescreve o artigo 143 do código de 2015, estará a depender, ainda, da demonstração deles haverem praticado conduta dolosa. É que o legislador concebeu solução mais efetiva (e, portanto, mais adequada) para a superação de eventuais contratempus que embarcem a motivação adequada das decisões judiciais, quando observou que considera omissa, para efeito da oposição de embargos de declaração, a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no parágrafo 1º do artigo 489 (art. 1.022, p. único). Destarte, somente quando os juízes, uma vez confrontados, pela via da oposição de embargos declaratórios, com a sua omissão em atender os parâmetros que compõem a metódica de fundamentação concebida pelo novo regime processual, ainda assim se mantiverem firmes no propósito de deixar de fundamentar adequadamente as suas decisões (o que, sob certa ótica, denotará o dolo da sua conduta) é que se poderá cogitar de eventual provocação, nesse contexto, da atuação das corregedorias e/ou Conselho Nacional de Justiça. Mas isso é assunto para outro estudo.



sobre as quais não se tenha dado a elas oportunidade de se manifestar, não representam, em rigor, nenhuma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a garantia do contraditório já se fazia compreendida não apenas como instrumento direcionado exclusivamente a oportunizar aos contendores a apresentação de suas razões no processo, para também abranger a necessidade de que tais razões sejam efetivamente consideradas e enfrentadas na formação do juízo.

A propósito, Daniel Mitidiero lecionava, em obra publicada anteriormente à edição do novo código, que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”<sup>44</sup>. Com efeito, na pertinente observação de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, também expressada na vigência do código de 1973, é a motivação que “permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão”, pois “seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão”<sup>45</sup>.

Essa compreensão fundamenta-se na própria necessidade de se conferir legitimidade às decisões proferidas no processo. Assim se posicionou, igualmente sob a égide do código de 1973, Alexandre Câmara, para quem “o contraditório é uma garantia política conferida às partes do processo”, através da qual “se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional”<sup>46</sup>. No ponto, Câmara adverte que “também no exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração de provimentos”, o que “se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendido como direito de participação no processo, que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma”<sup>47</sup>. Conforme Câmara, “ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem a sua atividade (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo”; sua legitimação “só pode ser verificada a posteriori, através da análise do correto exercício de suas funções”<sup>48</sup>. Disso

<sup>44</sup>MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37.

<sup>45</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32.

<sup>46</sup>CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 48.

<sup>47</sup>CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 49.

<sup>48</sup>CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 50.

resulta sua conclusão no sentido de que “a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados”<sup>49</sup>.

Em perfeita sintonia com os posicionamentos de Mitidiero, Pinho e Câmara, Fredie Didier Júnior já decompunha (na vigência do código de 1973, portanto antes da edição do código de 2015) o princípio do contraditório em duas garantias: “participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”<sup>50</sup>. A sua faceta básica, reputada formal, qualificada por Didier como “o mínimo”, ou “o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório”<sup>51</sup>, é a participação, “a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo”<sup>52</sup>. Todavia, há, ainda, o elemento substancial dessa garantia<sup>53</sup>, qualificado por Didier, em referência à doutrina alemã, como “poder de influência”<sup>54</sup>. Em suas próprias palavras:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado<sup>55</sup>.

Essas considerações põem em evidência que, antes mesmo que viessem ao mundo jurídico as modificações legislativas introduzidas pelo código de 2015, a tarefa dos julgadores não se exauria na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentassem as razões por elas apresentadas. Disso resulta que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

<sup>49</sup>CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 50.

<sup>50</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 56-57.

<sup>51</sup>Ou, como acrescenta esse professor baiano, “de acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57).

<sup>52</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57.

<sup>53</sup>Também Cintra, Grinover e Dinamarco referiram ao aspecto substancial do contraditório; conforme se verifica da seguinte passagem doutrinária: “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitam” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

<sup>54</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57. Nesse mesmo sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 255-258, passim.

<sup>55</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57.

Quanto ao particular, Gerson Lira acentua, citando Calamandrei<sup>56</sup>, que a motivação é meio de prestação de contas das razões de fato e de direito que levaram o julgador a uma determinada conclusão, constituindo-se, portanto, como “trâmite indispensável para introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para dar-lhe a possibilidade de controlar se, na estrada de seus raciocínios, ocorreu algum desvio do caminho certo, ou seja, se chegou a uma conclusão diversa daquela mais justa”<sup>57</sup>. E apresenta, adiante, os níveis de deficiência que são comumente depreendidos na fundamentação das decisões judiciais, referindo, ao ensejo, à *falta de motivação*, à *motivação contraditória e perplexa*, que se verifica quando a conclusão do julgador está em flagrante divergência com a exposição da contenda pelas partes, à *motivação per relationem*, que ocorre quando a fundamentação da decisão se limita à adoção das razões apresentadas por uma das partes, ou de elementos estranhos ao processo<sup>58</sup>, e à *motivação insuficiente*, qualificada pela circunstância de a decisão omitir ponto fundamental da demanda, deixando, assim, de examinar satisfatoriamente as questões suscitadas<sup>59</sup>. Todas essas decisões mencionadas por Lira mostram-se ofensivas à determinação colhida do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, que estabelece, taxativamente, que os julgamentos proferidos pelos órgãos judiciais devem ser públicos e que devem ser fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade<sup>60</sup>.

289

<sup>56</sup>CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 665; *apud* LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

<sup>57</sup>LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264. É igualmente exemplar, no que toca à delimitação do espectro da incidência do dever de motivação das decisões judiciais, assim como de sua profundidade, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, exposta nos termos seguintes: “O princípio compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui, o problema não deve ser visualizado através do prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitado pelos jurisdicionados *in genere*, tal controle constitui inestimável fator de coerção social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de Direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 106).

<sup>58</sup>Conforme Lira: “A motivação da sentença, que se reporta simplesmente às razões de outra sentença que decidiu caso idêntico, deixa sem resposta as argumentações invocadas pelas partes. O mesmo ocorre se o Tribunal, no acórdão, referir-se às razões da sentença, mantendo-a por ‘seus fundamentos’” (LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 276).

<sup>59</sup>LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

<sup>60</sup>Confira-se a redação literal do dispositivo: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente

Isso não impediu, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça tenha se posicionado, na vigência do código de 1973, no sentido de que cumpre ao julgador “apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide”, pois não estaria “obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso”<sup>61</sup>; e de que, portanto, estaria autorizado a incorrer na motivação insuficiente denunciada por Lira<sup>62</sup>.

Entretanto, esse posicionamento, conquanto se demonstre consolidado naquela Corte Superior de Justiça<sup>63</sup>, e muito embora venha influenciando decisões proferidas por juízes e tribunais em todo o território nacional, foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal em acórdãos proferidos ainda na vigência do regime processual pretérito. Basta ver, a título exemplificativo, que o Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou peremptoriamente que as garantias

---

a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>61</sup>Cf.: EDRESP nº 507.730/PR; Primeira Seção; data da decisão: 13/12/2006; DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229; Relator Ministro José Delgado. Esse posicionamento vai de encontro ao entendimento doutrinário que, em sintonia com o que consta, em literalidade, do texto do artigo 131 do código de 1973 (que prescrevia que “o juiz *apreciará livremente a prova*, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”), circunscreve a incidência desse dispositivo à apreciação das provas produzidas no processo. Assim se manifestaram, ainda na vigência do código de 1973, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, quando expôs, que “conforme tal princípio, previsto no art. 131, o juiz é livre para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir daí, formar livremente sua convencimento, desde que fundamentado nesses elementos” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 33) e Eduardo Arruda Alvim, quando expressou que “o art. 131 do CPC, nesse sentido, dispõe que o juiz tem liberdade para apreciar as provas do processo, mas deverá indicar os motivos que formaram o seu convencimento” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*, cit., p. 153).

<sup>62</sup>Cf.: LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

<sup>63</sup>Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da prolação deste outro julgamento: “PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC-1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão. Agravo regimental desprovido” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 494902. Processo: 200300186501 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000247885. Fonte DJ DATA:17/10/2005 PG:00328. Relator(a) JOSÉ ARNALDO DA FONSECA).

constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo<sup>64</sup>.

A propósito, Henry Gonçalves Lummertz afirma, com pesar, que aquela Corte Constitucional “só muito timidamente [...] identifica o contraditório com a possibilidade efetiva de as partes influírem no desenvolvimento e no resultado do processo”, dispondo, adiante, que é excepcional no contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional o entendimento firmado por ocasião do julgamento desse Recurso Extraordinário nº 163.301<sup>65</sup>. Não estamos de acordo com essa conclusão. Muito embora existam julgados do Excelso Pretório que adotaram a tese segundo a qual o Poder Judiciário estaria dispensado de apreciar as razões deduzidas pelas partes no processo<sup>66</sup>, foram proferidas no âmbito daquela Suprema Corte outras decisões que ratificam o posicionamento que prevaleceu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.301.

Como, por exemplo, os julgamentos dos Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nº 469.525, 477.815, 504.553, 472.659 e 439.037, todos relatados pelo Ministro Joaquim Barbosa e proferidos na vigência do código de 1973, em que o Supremo Tribunal Federal reputou *atendida a garantia do contraditório* por ocasião da formação dos acórdãos então recorridos *dada a circunstância de haverem sido apreciadas*, nos processos a eles correspondentes, *as questões que lhe foram postas*<sup>67</sup>. Demais disso, quando do julgamento do

291

<sup>64</sup>Eis a Ementa do julgado: “I. Tribunal de Contas: aposentadoria de servidores de sua secretaria: anulação admissível - antes da submissão do ato ao julgamento de legalidade do próprio Tribunal (CF, art. 71, III) -, conforme a Súmula 473, que é corolário do princípio constitucional da legalidade da administração (CF, art. 37), violado, no caso, a pretexto de salvaguarda de direitos adquiridos, obviamente inoponíveis à desconstituição, pela administração mesma, de seus atos ilegais. II. Tribunal de Contas: registro da concessão inicial de aposentadoria (CF, art. 71, III): natureza administrativa da decisão, susceptível de revisão pelo próprio Tribunal – como subjacente à Súmula 6 -, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV): violação, nas peculiaridades do caso, por acórdão que confunde e trata promiscuamente mandados de segurança distintos, julgando questões diferentes como se fossem uma só, de modo a negar à entidade pública as *garantias constitucionais de defesa, que implicam o direito à consideração das razões deduzidas em juízo*, compreendido na ‘pretensão à tutela jurídica’” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 163301 UF: AM – AMAZONAS. Fonte DJ 28-11-1997 PP-62230 EMENT VOL-01893-03 PP-00575. Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE).

<sup>65</sup>LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83.

<sup>66</sup>A propósito, cf., a título de exemplo: STF, AI nº 712.670, rel. Min. Joaquim Barbosa.

<sup>67</sup>Cf.: AI-AgR’s nº 469.525/RS (DJ 02-12-2005 PP-00027 EMENT VOL-02216-03 PP-00560); 477815/RS (DJ 28-04-2006 PP-00032 EMENT VOL-02230-06 PP-01147); 504.553/RS (DJ 28-04-2006 PP-00034 EMENT VOL-02230-07 PP-01258); 472.659/GO (DJ 26-05-2006 PP-00029 EMENT VOL-02234-06 PP-01124); 439037/SP (DJ 22-09-2006 PP-00048 EMENT VOL-02248-04 PP-00732), todos relatados pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa.

Habeas Corpus nº 73.949, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa e igualmente prolatado sob a égide do regime processual anterior, o Tribunal decidiu pela *ilegitimidade de “acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação, referente à autoria e à materialidade do delito, mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo”*<sup>68</sup>. Tal não bastasse, em julgamento ainda mais recente, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e que também teve lugar antes da edição do código de 2015, o Excelso Pretório, em suas razões de decidir, vinculou o atendimento a essa garantia não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à *imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora*<sup>69</sup>.

Por esse motivo, e porque, dada a clara feição constitucional da questão afeta à definição dos contornos (e dos limites) do instituto do contraditório<sup>70</sup>, compete ao Supremo Tribunal

<sup>68</sup>Eis a Ementa do julgamento: “HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO: RECEPÇÃO CULPOSA. RÉU PRIMÁRIO. DECISÃO “CITRA PETITA”. 1. A primariedade, por si só, não faz por prevalecer a regra contida no § 3º do art. 180 do Código Penal, que prevê a hipótese da não aplicação da pena para receptação culposa, nem gera o direito subjetivo a aplicação da pena em seu grau mínimo. 2. Configura-se “citra petita”, por isso devendo ser complementado, o julgamento que deixou de apreciar todas as teses aduzidas no recurso de apelação interposto em relação à totalidade da sentença. 3. *Tem-se como incompleto o acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação*, referente à autoria e à materialidade do delito, *mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo*: redução da pena-base para o mínimo legal, conversão da pena em multa e concessão do “sursis”. 4. “Habeas Corpus” indeferido, nos termos em que formulado; de ofício, concedido o “habeas corpus” para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação do paciente, examinando as questões que foram objeto de sua apelação e não dirimidas no acórdão” (STF. HC nº 73949/RJ; DJ 01-06-2001, p. 00076; Relator Ministro Maurício Corrêa) (destaques pessoais).

<sup>69</sup>*Ipsis literis*: “Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram *asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa*. 5. Mandado de Segurança indeferido” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 25787 UF: DF - DISTRITO FEDERAL. Fonte DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254. Relator(a) GILMAR MENDES) (destaques pessoais). Esse último julgado é também referenciado por Mitidiero com o propósito de explicitar os contornos do princípio do contraditório (Cf.: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed., cit., p. 86-87).

<sup>70</sup>Quanto ao particular, observe-se a seguinte passagem da obra de Marinoni: “No processo jurisdicional, o exercício do poder deve prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada material e por todas as decisões proferidas pelo juiz. [...] Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental (art. 5º, LV, CF)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1: Teoria Geral do

Federal, com precedência sobre o Superior Tribunal de Justiça, fechar questão sobre o tema, *parece haver sido superado, ainda na vigência do código de 1973, o entendimento segundo o qual os juízes não precisam enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo, porque lhes seria viável decidir com base no seu livre convencimento*<sup>71</sup>.

Porém, para afastá-lo, no regime do código de 1973, o jurisdicionado muito provavelmente precisaria procurar conduzir o feito ao Tribunal Constitucional, sob a alegação, fundada na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição da República<sup>72</sup>, de que a decisão impugnada ofende a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LIV e LV<sup>73</sup>). Ocorre que, nesse caso, ter-se-ia agravado o problema da morosidade da justiça, invocado pelas associações de magistrados quando postularam o veto aos dispositivos do código de 2015 que impõem aos julgadores o enfrentamento das razões das partes.

Na espécie, a demora na tramitação do processo não pode ser atribuída, como se poderia afirmar, a uma hipotética opção do jurisdicionado pela litigiosidade, ou ao seu livre propósito de desafiar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário; porque decorre, em verdade, da circunstância de o julgador não haver cumprido o seu papel institucional; que consiste em veicular (consoante posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em interpretação conjugada do inciso IX do artigo 93 da Carta de 1988 com os incisos LIV e LV do seu artigo 5º) motivação que abarque o efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo. Assim, *quando se verificar, nos casos concretos, a inércia do Poder Judiciário em enfrentar as razões deduzidas pelas partes, a responsabilidade pela postergação do desfecho da causa não pode ser atribuída aos litigantes, nem tampouco à existência de recursos que lhes*

Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 407). Sobre o *status* constitucional do princípio do contraditório, cf., ainda: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 120-140, passim.

<sup>71</sup>Quanto a esse pormenor, confira os magistérios de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37), Humberto Dalla Bernadina de Pinho (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32), Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 48-50), Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 255-258) e Fredie Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. I*, cit., p. 56-57).

<sup>72</sup>CRFB. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição”.

<sup>73</sup>CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

permitam procurar reverter decisões arbitrárias, porque proferidas mediante inobservância das garantias do contraditório e da motivação adequada das decisões judiciais. *Essa responsabilidade cabe, em rigor, integralmente aos juízes.*

De toda sorte, *as alterações legislativas promovidas pelo código de 2015, conquanto não modifiquem, sob a ótica jurídica, o quadro normativo atinente à motivação das decisões judiciais* (visto que, pelas razões dantes expostas, o Poder Judiciário sempre esteve obrigado, por aplicação direta da Constituição, a enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo), *permitem resolver um problema de ordem prática, consistente na resistência dos julgadores* (fruto da existência de dúvida sobre os efetivos contornos do dever de fundamentação adequada, vez que seria impróprio afirmar, no plano da Ciência, que os juízes deixam de enfrentar as razões das partes por simples comodidade, algo que, se verificado, residiria no campo da patologia, de que não se ocupa o discurso científico) *em enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo* (que o Supremo Tribunal Federal extraiu, nos julgados anteriormente referidos, da extensão da garantia do contraditório e da sua interferência na fundamentação das decisões jurídicas). É que o posicionamento pretoriano que se formou no sentido da desnecessidade do enfrentamento das razões das partes tem por fundamento o princípio do livre convencimento do juiz, extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do artigo 131 do código de 1973, que prescrevia, na vigência do regime processual pretérito, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”, devendo “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”<sup>74</sup>.

Disposições semelhantes são encontradas no artigo 371 do código de 2015; que estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”; mas teve o cuidado de suprimir as expressões “livremente” e “ainda que não alegados pelas partes”<sup>75</sup>,

<sup>74</sup>A propósito, é de se destacar que a doutrina jurídica, em atenção o que consta, em literalidade, do texto do artigo 131 do código de 1973, desde sempre circunscreveu a incidência desse dispositivo à apreciação das provas produzidas no processo. No ponto, cf.: (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 33) e (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*, cit., p. 153).

<sup>75</sup>Também o artigo 371 do código de 2015, que substitui, no regramento processual atual, o artigo 131 do código de 1973, reporta-se à vinculação do magistrado à atividade probatória realizada nos autos. Esse dispositivo precisa ser interpretado em consonância com o que prescreve o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489. Ao ensejo, cf. o teor dos Enunciados nº 515 e 516 do FPPC, citados por Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva: “Enunciado nº 515 do FPPC: Aplica-se o disposto no art. 489, p. 1º, também em relação às questões fáticas da demanda (grupo: Direito probatório)” [...] “Enunciado nº 516: Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz



que de resto seriam incompatíveis com a previsão de seu artigo 10 e do parágrafo único de seu artigo 493, dos quais sobressai que o juiz não pode decidir, respectivamente, sobre fundamentos e fatos sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar. Por esse motivo, e porque a lei processual assenta, ainda, que não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta as razões deduzidas pelas partes no processo (art. 489, p. 1º, IV), a assertiva “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, colhida da parte final do artigo 371 do código de 2015 não pode ser lida, como se fazia na vigência do código de 1973, como norma autorizativa da prolação de decisões fundadas tão-somente no livre convencimento do julgador<sup>76</sup>, mas evoca, numa interpretação sistemática do Direito<sup>77</sup>, a necessidade de que esse convencimento seja fundado no efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo, seja daquelas veiculadas na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*), seja daquelas que precisarão ser deduzidas quando o magistrado repute necessário considerar na decisão fatos e fundamentos sob as quais as partes não tenham se manifestado no processo, hipótese em que lhe cumprirá, por taxativa imposição legal, ouvi-las sobre esses pontos específicos e enfrentar, no julgamento, também as razões adicionais que virão aos autos nesse contexto.

295

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos haver demonstrado que o princípio do livre convencimento, tal como extraído pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do artigo 131 do código de 1973, para além de não se compatibilizar com a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência do regime processual pretérito, acabou eliminado pelo Código de Processo Civil de 2015. É que o novo código impõe aos julgadores o enfrentamento das razões das partes (art. 489, p. 1º, IV), inclusive daquelas relativas a fundamentos (art. 10) e fatos (art. 493, p. único) sobre as quais a elas não se tenha dado oportunidade de se manifestar; e por isso

---

deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada (grupo: Direito probatório)” (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*, cit., p. 204).

<sup>76</sup>Nesse mesmo sentido: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 363.

<sup>77</sup>Sobre a interpretação sistemática do Direito, Carlos Maximiliano leciona tratar-se da comparação do “dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se conheça “o espírito das outras” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 164).

impede que se confira a seu artigo 371 interpretação compatível com a leitura que a Corte Superior de Justiça fazia do artigo 131 da codificação revogada.

Essa opção político-legislativa, longe de acentuar o congestionamento dos órgãos jurisdicionais, como afirmaram associações de magistrados ao tempo da aprovação da *novatio legis*, impacta positivamente sobre o problema da morosidade da justiça, porque tem a potencialidade de induzir o convencimento da parte sucumbente de que a decisão que resolve o conflito corporifica uma correta aplicação do Direito. Por óbvio, para que isso ocorra, as suas razões devem ser enfrentadas pelos julgadores. Do contrário, o sucumbente persistirá em dúvida sobre se o Direito lhe assiste (ou se assiste ao seu adversário); contexto em que a sua adesão à decisão que resolve o conflito tende a ser postergada pela interposição de recursos. O fato é que o encerramento precoce de um litígio, quer pela via da autocomposição, quer pela abstenção da interposição de recursos, supõe o convencimento da parte vencida. Nessa conjuntura, se o órgão jurisdicional se escusar de enfrentar as suas razões (como propunha o Superior Tribunal de Justiça na vigência do código de 1973), o natural é que o vencido se dirija a outros juízes, na esperança de que eles as enfrentem, conferindo à garantia do contraditório a conotação que lhe atribuiu o STF<sup>78</sup> e o próprio legislador processual (arts. 10, 489, p. 1º, IV e 493, p. único).

296

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, vol I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>78</sup>A propósito, cf., por todos, os julgamentos do RE 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e do Mandado de Segurança nº 25.787, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo).

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. v. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



\_\_\_\_\_. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARTINS-COSTA, Judidith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>; acesso em 02/01/2018.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

299

Submissão: 24/03/2019

Aceito para Publicação: 20/08/2019



LITERATURA JURÍDICA E PRÁTICA PROCESSUAL NO PORTUGAL  
SEISCENTISTA: O USO DE CASOS JULGADOS NAS *RESOLUTIONES FORENSES*  
*PRACTICABLES* DE MANUEL ÁLVARES PEGAS

*LEGAL LITERATURE AND PROCEDURAL PRACTICE IN PORTUGAL DURING  
THE 17<sup>TH</sup> CENTURY: THE USE OF CASE LAW IN MANUEL ÁLVARES PEGAS’  
RESOLUTIONES FORENSES PRACTICABLES*

Gustavo César Machado Cabral\*

**RESUMO:** Este artigo examina as relações entre literatura jurídica e prática processual em Portugal no século XVII. Depois de discutir os gêneros da literatura jurídica, foca-se no papel da literatura prática, particularmente nas *resoluciones*. Ao analisar as *Resoluciones forenses practicables*, publicadas em 1682 por Manuel Álvares Pegas, como o melhor exemplo deste tipo de literatura, sugerem-se formas de se pensar no uso de casos julgados por tribunais régios pela literatura jurídica produzida em Portugal na Idade Moderna.

**ABSTRACT:** This article examines the relations between legal literature and practice in Portugal in the 17th century. After discussing the literary genres, it focusses on the role of practical literature, particularly the *resoluciones*. By analyzing Manuel Álvares Pegas’ *Resoluciones forenses practicables* (1682) as the Portuguese best example of this kind of book, the text suggests ways of thinking about the use of cases decided by royal courts in the legal literature produced in the early modern Portugal.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do Direito. Idade Moderna. Literatura jurídica. Prática processual. Portugal.

**KEYWORDS:** Legal History. Early Modern Age. Legal literature. Procedural practice. Portugal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Literatura jurídica e prática em geral. 2. As *Resoluciones* e a literatura prática. 3. Uma análise interna da obra. 3.1. Estrutura do livro e as matérias. 3.2. Construção do texto. 3.3. Os casos julgados. 3.3.1. Panorama geral. 3.3.2. Forma da referência. 3.3.3. Ano do julgado. 3.3.4. Juízos. 3.3.5. Partes. Considerações finais. Referências.

301

## INTRODUÇÃO

Em 1781, António Barnabé de Elescano e Aragão, movido pelo “espírito das luzes”, publicou a sua conhecida obra *Demétrio Moderno, ou o bibliografo jurídico portuguez*, cuja principal função, como indica o seu próprio subtítulo, era servir de dissertação histórica e crítica sobre a produção jurídica portuguesa. Conhecido pela sua acidez, o autor pretendia oferecer uma leitura forte contra o que se opusesse ao modelo reformista defendido pelo pombalismo.

\* Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Pós-doutorado pelo Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu, Alemanha. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista de Produtividade do CNPq (Pq-2). Foi pesquisador associado ao Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu, Alemanha, e professor visitante na Universidade Autônoma de Madrid, Espanha.

Um dos alvos do reformismo pombalista, e em grande medida também da crítica de Elescano, foi um tipo de raciocínio jurídico que se centraria no autor e não na autoridade régia ou jurisdicional de quem deveria emanar o direito<sup>1</sup>. As opiniões dos doutores seriam, então, mais importantes do que as dos próprios tribunais, como se percebe deste trecho: “Não dizem assim o decide a Relação de Portugal, assim os Tribunaes do Dezembargo do Paço, Concelho da Fazenda, Meza da Consciencia, e Concelho do Ultramar; mas assim o diz Pegas, Silva, Gama, Portugal, Guerreiro, Paiva e Pona, Barboza , Mendes a Castro &c”<sup>2</sup>.

Manuel Álvares Pegas foi um dos símbolos dessa geração de juristas que o iluminismo português tentou, sem sucesso, combater. Nas palavras irônicas de Elescano, ele era visto como o “oráculo, desorte que todos os que seguem as suas celebres decizões, e doutrinas lhes parece que para deffenderem as cauzas dos seus constituintes, e vencerem os seus adversários”<sup>3</sup>, em larga medida pela quantidade de informações trazidas pelo autor, notadamente de casos julgados pelos tribunais régios. Ainda nas palavras de Elescano, “os advogados nelle [Pegas] achão para todas as cauzas Arestos, e cauzas julgadas pro, e contra, sobre a mesma matéria”<sup>4</sup>.

302

Diante de tamanha importância, faz-se necessário um olhar para as obras de Manuel Álvares Pegas, e é justamente isso que se pretende fazer com este artigo. Em um período em que literatura jurídica e decisões judiciais gozavam de um status muito particular no espectro de fontes do direito, pensá-las a partir da maneira como elas se relacionam possibilita uma reflexão sobre o papel da prática processual nesse contexto. Escolheu-se para debater uma obra que Pegas publicou em 1682, as *Resolutiones Forenses Practicabiles*, que serão analisadas sob uma perspectiva interna, a fim de compreender o lugar dos casos julgados na sua gênese. Antes, no entanto, serão discutidas questões conceituais sobre a literatura jurídica na Idade Moderna e sobre as *resolutiones* numa perspectiva europeia.

<sup>1</sup> Sobre o papel da autoridade no direito comum, cf., entre outros, CABRAL, Gustavo César Machado. *Ius commune: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119-138.

<sup>2</sup> ARAGÃO, António Barnabé de Elescano Barreto e. *Demétrio Moderno, ou o bibliografo jurídico portuguez*. Lisboa: Officinade Lina da Silva Godinho, 1781, p. 112.

<sup>3</sup> ARAGÃO, António Barnabé de Elescano Barreto e, op. cit., p. 157.

<sup>4</sup> ARAGÃO, António Barnabé de Elescano Barreto e, op. cit., p. 107-108.



## 1 LITERATURA JURÍDICA E PRÁTICA EM GERAL

Em um contexto em que o direito não era encarado como sistema, mas sim como uma técnica de resolução de conflitos que eram pensados a partir do caso e não necessariamente da generalização – o que vai marcar o conceito moderno de lei<sup>5</sup> –, a literatura jurídica cumpria a função de compilar o tratamento que era conferido a tais questões. A discussão oferecida pelos autores considerava todo o espectro de fontes, englobando leis gerais ou particulares e emanadas da autoridade competente, que, na Ibéria, eram os reis<sup>6</sup>, por decisões de oficiais dotados de jurisdição e pela própria literatura jurídica. Ao circularem, essas obras também se transformavam em fontes do direito e seriam utilizadas nos novos livros publicados posteriormente.

Esse papel da literatura jurídica como fonte do direito na Idade Moderna tem sido explorado nas últimas décadas por historiadores do direito, que a analisam tanto sob uma perspectiva normativa e estrutural, enfatizando os seus elementos e o seu âmbito de validade<sup>7</sup>, quanto a partir de uma “sociologia da literatura”, em que a produção e a circulação de livros, bem como os seus atores, ganham destaque<sup>8</sup>. Se a historiografia do direito durante o século XX tradicionalmente viu o direito comum como um direito de juristas (“Juristenrecht”, nos termos de Paul Koschacker<sup>9</sup>), pensar a produção literária do período parece ser necessário para compreender ao mesmo tempo sua função e estrutura e a dinâmica das fontes.

303

<sup>5</sup> Nesse sentido, cf., dentre muitos outros, TAU ANZOÁTEGUI, Victor. Causismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

<sup>6</sup> Para uma discussão sobre a função legislativa dos reis, principalmente em Portugal, cf. HESPANHA, António Manuel. As vésperas do Leviathan: instituições e poder político, Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime. In: BITTAR, Eduardo. C.B. (Org.). História do Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91-108.

<sup>7</sup> HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo (1550-1750): Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015; CABRAL, Gustavo César Machado. Literatura jurídica na Idade Moderna: as *decisiones* no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>8</sup> RANIERI, Filippo. Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie. Einige methodologische Vorüberlegungen. In: BERGFELD, Christoph (Org.). Aspekte europäischer Rechtsgeschichte: Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1982, p. 292-322; RESKE, Christoph. Die Buchdrucker des 16. und 17. Jahrhunderts im deutschen Sprachgebiet: auf der Grundlage des gleichnamigen Werks von Josef Benzing. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2007; OSLER, Douglas. The jurisprudence of the Baroque: a census of seventeenth century Italian legal imprints. 3 vol. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009.

<sup>9</sup> KOSCHACKER, Paul. Europa und das römische Recht. München: C.H. Beck, 1958.

A questão do gênero literário aparece como fundamental nesse processo. Longe de se buscar uma tipologia fechada ou de se estabelecer um cânone indiscutível, pretende-se, em verdade, pensar em elementos comuns que unam esses livros. É nesse sentido que se parte de uma distinção entre três gêneros principais, a saber, os comentários, as monografias e a literatura prática<sup>10</sup>. Nesta, pensa-se no que Heinrich Gehrke chamou de *Entscheidungsliteratur*<sup>11</sup>, a qual era composta pelas *decisiones* e *consilia*, mas também pelas *allegationes*<sup>12</sup>. A literatura prática, caracterizada essencialmente por uma preocupação com questões concretas que, por mais que também estivessem presentes nos dois outros gêneros, neste eram essenciais e mesmo estruturais. Nas *decisiones*, cada *decisio* estava associada a um problema concreto que havia sido resolvido por um tribunal; nos *consilia*, o problema concreto havia sido posto para um jurista que iria propor uma solução; nas *allegationes*, o autor publicou os argumentos que apresentou em juízo a favor do seu constituinte.

A historiografia do direito português utiliza os termos “praxe” e “praxista” para designar respectivamente a espécie literária e os autores que construíam as suas obras a partir de um foco na prática<sup>13</sup>. Compreendendo que essa praxística se diferenciou da *Entscheidungsliteratur*<sup>14</sup> e adotando uma linha de análise que pensa a literatura jurídica como um fenômeno da cultura jurídica europeia despido de um caráter nacional<sup>15</sup>, opta-se, neste trabalho, por se referir ao que se chama, daqui em diante, de literatura prática em sentido estrito. Ela não se confunde com a *Entscheidungsliteratur* porque o problema concreto individualmente considerado não é estruturalmente central para a construção da obra, tal qual acontece nas *decisiones*, nos *consilia* e nas *allegationes*.

<sup>10</sup> CABRAL, Gustavo César Machado. Literatura jurídica na Idade Moderna: as *decisiones* no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 33-37.

<sup>11</sup> GEHRKE, Heinrich. Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands: Charakteristik und Bibliografie der Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen vom 16. bis zum Beginn de 19. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1974, p. 3-4.

<sup>12</sup> CABRAL, Gustavo César Machado. Pegas e Pernambuco: notas sobre o direito comum e o espaço colonial. Direito & Práxis, v. 9, n. 2, 2018, p. 704-706.

<sup>13</sup> SCHOLZ, Johannes-Michael. Legislação e jurisprudência em Portugal nos séculos XVI a XVIII: fontes e literatura. Scientia Juridica. Tomo XXV. N° 142-143. Setembro-Dezembro/1976, p. 512-587; SCHOLZ, Johannes-Michael. Portugal. In: COING, Helmut. Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetz- gebung und Rechtsprechung. München: C. H. Beck, 1977, p. 1319-1342.

<sup>14</sup> Cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Literatura jurídica na Idade Moderna: as *decisiones* no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 114-118.

<sup>15</sup> Nesse sentido, cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Foreign Law and Circulation of Ideas in the Early Modern Age: Analyzing an ‘allegatio’ of Manuel Álvares Pegas on maioratus. Forum historiae iuris, 2018. Disponível em: <https://forhistiur.de/2018-12-cabral/>. Último acesso: 13/01/2019.



Nesse grupo de obras, o elemento prático se relaciona à preocupação com o direito vivido no foro, ou seja, com o que decidiam os ofícios dotados de jurisdição. Ao contrário das *decisiones*, em que a origem dos problemas concretos estava associada a um único alto tribunal, geralmente anunciado no título do livro, ao qual o autor estava vinculado, nessas obras os muitos problemas concretos apareciam agrupados em questões que, a despeito de terem relevância prática, eram mais amplas e contavam com referências a deliberações de juízos e tribunais de distintas hierarquias. O elemento concreto estava presente, mas ele fazia parte de um grupo relativamente maior de questões.

Como já ficou demonstrado em outros textos, não é em razão do nome que se classifica uma obra em um ou em outro gênero. As *Practicarum observationum* de Jorge de Cabedo são claramente *decisiones* ainda que não tenham no seu título esse termo, da mesma forma que as *Consultationes*, de Álvaro Valasco. Esses dois livros têm estruturas semelhantes às de obras como as *Decisiones* de António da Gama ou as de Matteo D’Afflito ou de Guy de Pape. A obra que se pretende analisar neste texto, apesar de possuir características próximas, tem proposta e estruturas diferentes das *decisiones*, como se verá a seguir.

305

## 2 AS RESOLUTIONES E A LITERATURA PRÁTICA

Publicadas pela primeira vez em 1682 em Lisboa, as *Resolutiones Forenses practicabiles* saíram em dois volumes que totalizaram 1188 páginas divididas em vinte capítulos com temas variáveis. Seu autor foi Manuel Álvares Pegas (1635-1696), provavelmente o mais importante jurista português da segunda metade do século XVII. Em um período em que não se exigia o título de bacharel em direito para se ter capacidade postulatória para atuar em juízo, Pegas tinha o privilégio régio para patrocinar causas no mais alto tribunal com funções jurisdicionais no Reino, a Casa da Suplicação, o que acabou garantindo o acesso a clientes prestigiosos e a informações restritas. Durante os quase quarenta anos em que litigou, entre 1658 e a sua morte, construiu uma fama que acabaria por ultrapassar os limites da sua época e o tornaria lembrado inclusive até depois do final do Antigo Regime. Não foi à toa que Diogo Barbosa Machado afirmou, meio século depois do seu falecimento, que “Não se controverteo questão no Foro Ecclesiastico, ou Secular, entre litigantes da primeira Jerarchia



que não fosse buscado para defender dirigindo sempre pelas mais sólidas regras de Direito os voos da sua penna”<sup>16</sup>.

A carreira de advogado na Casa da Suplicação foi acompanhada por uma muito prolífica produção de literatura jurídica. Pegas publicou em praticamente todos os principais gêneros literários do seu tempo, sendo, no entanto, mais conhecido pelos catorze volumes dos seus *Commentaria in Ordinationes Regni Portugalliae*, obra destinada a comentar os cinco volumes das Ordenações do Reino, mas que, em virtude da morte do autor, só alcançou os dois primeiros. Sua monografia mais relevante, o *Tractatus de maioratus*, foi dedicada aos morgados, tema que esteve presente em muitos dos seus textos<sup>17</sup>. Ele também publicou separadamente algumas das mais importantes alegações que elaborou na sua vida como advogado, e quatro delas foram reunidas em um volume chamado de *Alegaçoens de Direito* e publicadas na primeira metade do século XVIII<sup>18</sup>.

Suas *Resolutiones Forenses* são um exemplo bem-acabado dessa relação próxima entre literatura jurídica e atuação forense. O título indica que as questões discutidas no livro eram praticadas e controversas nos dois foros, de onde vieram a inspiração para se iniciar a discussão e principalmente o conteúdo que aparecia nessas páginas. A voz do autor, que se impõe como fundamental no pensamento jurídico dos séculos posteriores e que emerge explícita ou implicitamente no processo de redação de obras coetâneas em outros gêneros, nestas *Resolutiones Forenses* se manifesta com uma sutileza que a torna quase imperceptível. São praticamente indissociáveis o conteúdo do livro e as deliberações dos tribunais, girando aquele ao redor destas. Isso não significou o abandono do uso da literatura jurídica; porém, ao contrário do que aconteceu em outros tipos de literatura prática, notadamente nas *decisiones*, aqui o uso das decisões teve um papel efetivamente estrutural e muito coerente com a proposta da obra.

Outras obras publicadas no século XVII indicaram nos seus títulos que tinham uma proposta prática, mas seguiam uma estrutura que não era exatamente a mesma das *decisiones*, *consilia* ou *allegationes*. Cesare Carena (1597-1659), que foi juiz do tribunal inquisitorial em Cremona, publicou, em 1648, umas *Resolutiones practicae-forenses ciuilib et canonicae*, as

<sup>16</sup> MACHADO, Diogo Barbosa. *Bibliotheca Lusitana: História, crítica, e cronológica*. Tomo 3. Lisboa: Officina de Ignacio Rodrigues, 1752, p. 174.

<sup>17</sup> PEGAS, Manuel Álvares. *Tractatus de exclusione, inclusione, successione, & erectione maioratus*. Lisboa: ex typographia Michaelis Deslandes, 1685.

<sup>18</sup> PEGAS, Manuel Álvares. *Allegaçoens de Direito*. Tomo 1. Lisboa: Officina de Antonio Isidoro da Fonseca, 1738.



quais tiveram a proposta de abordar como as questões eram decididas na prática pelos tribunais, tanto seculares quanto eclesiásticos, de regiões distintas. Mesmo que algumas das suas *resolutiones* se preocupassem em oferecer uma perspectiva verdadeiramente comparada entre os juízos<sup>19</sup>, houve muitas referências mais concretas aos casos julgados, indicando o tribunal, o nome das partes e o teor da decisão, sem que se transcrevesse o seu dispositivo<sup>20</sup>.

Essa estrutura foi parecida com a que adotou Antoninus de Amatis em *Variae resolutiones iuris, forenses & practicabiles*, publicado em 1655. Muitas referências à literatura jurídica, mas, sobretudo, uma estrutura de discussão que se organiza a partir de casos julgados, os quais aparecem como indicação ao final de cada *resolutio*, com nomes das partes, do juízo (na maioria das vezes tribunais sicilianos, onde o autor atuava como advogado) e a data de decisão<sup>21</sup>. Já o Cardeal Domenico Toschi (1535-1620) adotou um estilo menos afeito às referências diretas a casos julgados nas suas *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*. Apesar de a ideia também ter sido discutir questões que recentemente estavam sendo debatidas nos dois foros, Toschi enfatizou a literatura para ter acesso ao que se praticava no foro, notadamente por meio dos *consilia*<sup>22</sup>.

307

Paolo Staibano, por sua vez, publicou em 1645 a primeira edição das suas *Resolutionum Forensium Decisarum*, que tinham uma estrutura distinta das demais obras. Aqui, cada *resolutio* correspondia a um caso decidido pelo tribunal; logo depois da descrição das matérias a serem tratadas aparecia o nome das partes, e o texto se encerrava com a parte dispositiva da decisão. O texto correspondia, então, à fundamentação da decisão, em que se utilizavam os elementos para construir a argumentação, notadamente a literatura jurídica. A título de exemplo, foi assim no caso de Marino de Auitaya vs. Notário Caeser Strina, de 1624, sobre doação simulada<sup>23</sup>, e

<sup>19</sup> Na Resolutio CXXXV, por exemplo, Carena apresentou, em uma discussão sobre o dote, a forma como decidiram a Rota Romana, os tribunais do Reino da Sicília, o Senado de Piemonte, a *Regia Audientia Apuliae*, o *Senatus Valentio* e a Rota Florentina, sempre utilizando literatura jurídica para ter acesso a esse conteúdo, em geral literatura de *decisiones*. CARENAE, Caesaris. *Resolutiones practicae-forenses civiles et canonicae*. Lugduni: Philippi Borde, Laurentii Arnaud & Claudii Rigaud, 1661, Res. XLIII, 21, p. 95 e Res. CXXXV, p. 267.

<sup>20</sup> CARENAE, Caesaris, op. cit., Res. L, 14, p. 109; Res. LXXXI, 42, p. 172; Res. CXCIV, 7, p. 381.

<sup>21</sup> AMATO, Antoninus de. *Variae resolutiones iuris, forenses & practicabiles*. Lugduni: sumptibus Ioannis Antonii Hugueta, & Guilielmi Barbier, 1668.

<sup>22</sup> TOSCHI, Domenico. *Practicarum Conclusionum iuris omni fori frequentiores*. Lugduni: Ioannis Pillehotte, 1634.

<sup>23</sup> STAIBANI IUNIORIS, Pauli. *Resolutionum Forensium Decisarum*. Neapoli: Typographia Roberti Molli, 1645, Res. IX, p. 45-47.

no de Portia de Rinaldo vs. Vincentium Frapperium, de 1642, sobre a natureza das águas subterrâneas em áreas privadas e o seu transporte por dutos<sup>24</sup>.

Esses livros são exemplos de obras dedicadas a pensar o direito a partir da prática forense, o que obviamente não significou que se tenha deixado de lado a literatura jurídica. Ao contrário. A opinião dos doutores foi elemento essencial para a construção dos livros, os quais se guiaram por uma intenção de pensar nas questões práticas. O uso de literatura jurídica e de casos julgados ocorreu em todos os gêneros da prática, mas em alguns ele estava presente na sua estrutura interna. No próximo tópico, a análise das *Resolutiones Forenses* de Pegas fará perceber a relevância desses casos julgados. Alguns elementos utilizados nas obras anteriores se fizeram presentes no texto de Pegas, que, inclusive, utilizou livros de todos os estilos de literatura prática na obra aqui comentada.

### 3 UMA ANÁLISE INTERNA DA OBRA

Neste tópico do texto, busca-se apresentar e discutir as *Resolutiones Forenses* em si e analisá-las sob um ponto de vista interno. A reflexão alcança a estrutura do livro, as matérias que foram discutidas nas quase mil e duzentas páginas e, principalmente, o papel das decisões judiciais na sua construção. Como se mencionou anteriormente e como se comprovará a seguir, as decisões judiciais constituem o elemento essencial da obra.

308

#### 3.1 Estrutura do livro e as matérias

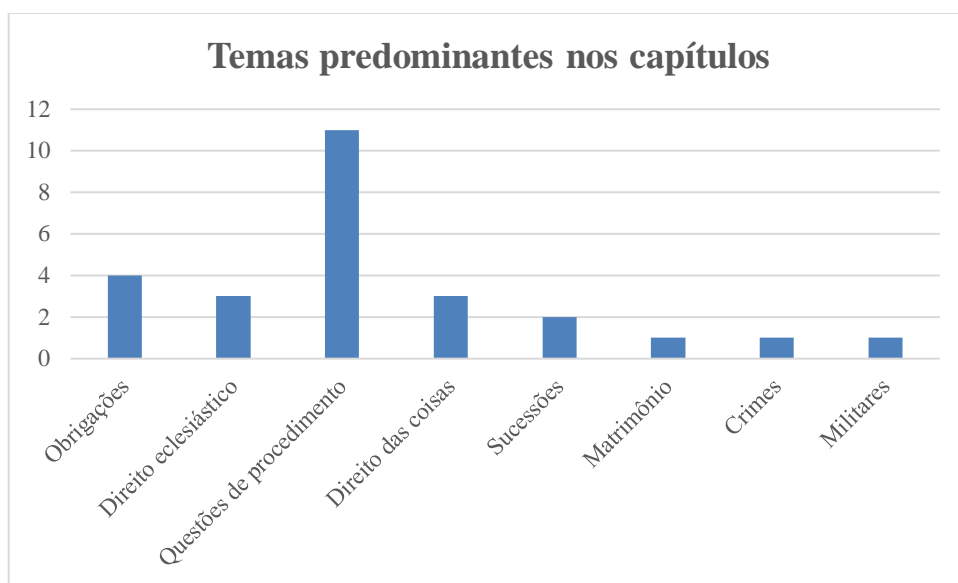
Os dois tomos das *Resolutiones Forenses* foram divididos, no total, em vinte capítulos, cada um deles tratando de temas relativamente extensos, cabendo aos parágrafos de cada capítulo o detalhamento dessas questões. De uma maneira geral, os temas relacionados ao direito civil predominaram, com questões pontuais sobre o direito penal – tema pouco frequente também na literatura de *decisiones*<sup>25</sup> – e três capítulos dedicados ao direito canônico, a saber, o 13, o 16 e o 18, nos quais se discutiram, respectivamente, as apelações perante juízos

<sup>24</sup> STAIBANI IUNIORIS, Pauli, op. cit., Res. LXV, p. 274-277.

<sup>25</sup> Sobre o direito penal na literatura de *decisiones*, cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Direito penal na literatura de Decisiones em Portugal (1578-1660). In: CABRAL, Gustavo César Machado; DI CHIARA, Francesco; HERNÁNDEZ, Óscar Santiago; RODRÍGUEZ ARROCHA, Belinda. (Org.). El derecho penal en la edad moderna: nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial. Madrid: Dykinson, 2016, p. 23-75.

eclesiásticos em causas crimes, a atuação de leigos nos juízos eclesiásticos e o exercício da jurisdição eclesiástica pelo vigário geral e demais oficiais e o sistema recursal eclesiástico.

Para se ter uma ideia do quadro geral das discussões no livro, optou-se por demonstrar graficamente a distribuição temática, a qual se materializa da seguinte forma:



Como se percebe, há um claro predomínio de discussões procedimentais, a elas se dedicando onze capítulos. Destes, cinco discutem recursos (Capítulos 12, 13, 14, 15 e 18), notadamente as apelações, três discutem execução civil (Capítulos 1, 5 e 6), dois provas (Capítulos 2 e 19) e um instrução processual (Capítulo 11). Alguns capítulos combinam discussões em mais de um tema, como o Capítulo 1, em que se discute o reconhecimento de obrigação do quirógrafo e a execução do débito, e o 13, em que se discutem os efeitos da apelação interposta em causas crimes no juízo eclesiástico. O Capítulo 18, da mesma forma, discute o exercício da jurisdição espiritual, principalmente o sistema recursal, tornando-o interessante tanto para o processo quanto para o direito eclesiástico. Nas discussões sobre direito das coisas, mas na intersecção com questões sucessórias, dois capítulos tratam de enfiteuse (Capítulos 9 e 10) e um de morgados (Capítulo 4), um dos temas de predileção e expertise de Pegas.

Considerando que a proposta central do livro é justamente tratar de problemas frequentes discutidos no foro, a forte presença de questões processuais, por vezes extremamente

práticas (como os casos em que a apelação é recebida com duplo efeito e os casos em que se suspende a execução da sentença, tema do Capítulo 15), é compreensível. Pegas pretendeu dar um tratamento prático às questões que se levantam em cada um dos capítulos, ainda que em alguns deles a sua extensão possa parecer a adoção de tom aparentemente tratadístico. Os 971 parágrafos que estendem por 219 páginas de uma discussão sobre as situações em que casos fortuitos obrigam fazem do Capítulo 3 um bom exemplo disso.

Os títulos dos capítulos também tiveram extensão variável. Houve títulos mais diretos, que esclareceram as questões trabalhadas, como os Capítulos 3<sup>26</sup>, 6<sup>27</sup> e 19<sup>28</sup>, ao passo que, em outros, se adotou um título que mais parecia um resumo dos tópicos, como o Capítulo 1<sup>29</sup>. Os Capítulos 9<sup>30</sup> e 15<sup>31</sup> fizeram menções expressas a dispositivos das Ordenações do Reino que seriam discutidos. Todos os títulos dos capítulos estão em latim, exceto trechos muito pontuais, como o Capítulo 2<sup>32</sup>. Em relação ao idioma, predominou o latim, língua em que foi conduzido o livro. A exceção ficou com as transcrições de decisões judiciais, ferramenta que, como se verá adiante, foi bastante utilizada pelo autor.

310

### 3.2 Construção do texto

Todos os capítulos seguiram uma fórmula muito semelhante, na qual Pegas apresentou o tema geral e a seguir colocou progressivamente as questões particulares que norteariam a

<sup>26</sup> Cap. III. Casus frutuitus, quando obliget, vel non? Agitur etiam latissime de materia culpae, et in quibus casibus obliget, vel non omnibus contractibus.

<sup>27</sup> Cap. VI. De tertio, que solum virtute clausulae constituti, vel reservatione usuumfructuum potest executionem sententiae impedire.

<sup>28</sup> Cap. XIX. Falsitas quibus conjecturis probetur, & qua paena, et terminis in civilibus puniatur!

<sup>29</sup> Cap. I. Ostenditur vera ratio quare non procedatur executive; id est, per asigationem decem dierum, contra illum, qui recognoscens suum esse signum in Chirographo appositum, negat illud totum, manu propria fuisse scriptum; nec recognoscit fecisse contractum in Chirographo contentum. Ad intellectum *Ord. lib. 3. tit. 25. ¶ 9*, ibi: *Ou assinado somente, reconhecendo elle haver feyto a obrigação contenda no dito Alvará*. Declaratur etiam, qualiter recognoscenda sit obligatio, in Chirographo contenta, per eum, qui illum signavit, at totum non scripsit, ut possit contra eum executive procedi, id est, per asigationem decem dierum, Et in quibus casibus habeat locum, vel non, et de impedimentis contra eum.

<sup>30</sup> Cap. IX. Utrum, et qualis consensus domini directi requiratur in alienatione rei emphyteuticæ ad intellectum *Ord. lib. 4. tit. 38. L. fin. Cod. jur. emphyt. & Cap. potuit. de. locat.*

<sup>31</sup> Cap. XV. An, et quanto appellatio admittatur in utroque effectu, devolutivo, scilicet, et suspensivo? Et in quibus casibus suspendat iudicatum, vel non? Ad intellectum *Ord. Lib. 3. ti. 70. & 73.*

<sup>32</sup> Cap. II. Impugnatur praxis, secundum quam fiunt citationes; pro committenda causa Rei juramento, vulgo, *para lhe deyxar a causa na alma*. Cum comminatione quod Reo non comparente, juramentum Actori referetur. Explicatur, qualiter in Regno Portugalliae fieri debeant hujusmodi citationes. Intelliguntur, et conciliantur *Ord. lib. 1. tit. 49. ¶ 1. & lib. 3. tit. 99. ¶ 5. & tit. 53. ¶ 13.*





forma da discussão. Para se pensar nessa estruturação, tomem-se como exemplos os capítulos 2 e 19.

No Capítulo 2, Pegas começa pela definição dos efeitos do que ficou conhecido como ação de juramento de alma, por meio da qual o juiz acaba condenando o réu que não comparecesse no que fora jurado<sup>33</sup>, citando, para confirmar a sua definição, dois importantes juristas portugueses do começo do século XVII, Manuel Mendes de Castro<sup>34</sup> e João Martins da Costa<sup>35</sup>, e um julgado da Casa da Suplicação, o caso de Francisco de Sousa vs. Agostinho Figueira de Mendonça, em 1660. A seguir, usa uma transcrição de trecho das Ordenações Filipinas (Liv. 1, tit. 49, §4) para iniciar as questões pontualmente controversas, aqui a discussão sobre quem deveria fazer a citação. Nesse capítulo, as discussões giram primordialmente em torno da citação, como as situações em que a segunda citação é necessária<sup>36</sup> ou formas de citação de nobres nessa ação<sup>37</sup>, mas também de questões relacionadas a outros temas, como a possibilidade de o juízo da apelação confirmar a sentença nula caso se constatasse o débito<sup>38</sup>.

Os temas e, principalmente, os argumentos discutidos se fundamentaram na opinião das autoridades, seguindo um modelo marcante na literatura jurídica da Idade Moderna, mas também em decisões judiciais. Os autores mais citados nesse capítulo foram os seguintes:

Autor	Nº de citações
Agostinho Barbosa	18
Alessandro Tartagni	9
Bártolo de Saxoferrato	7
Mario Giurba	7
Manuel Mendes de Castro	7

<sup>33</sup> “Quenvis passim fiant, et sustineantur citationes per cursores, vulgo *Porteyros*, pro causa committenda Rei juramento, vulgo, *para lhe dexar na alma, o que lhe pede*, comminatione adhibita, quod nisi comparuerit, actori juramentum referetur, et in effectu, non compareat Reus, Judex actori referi juramentum, et Reus condemnatur, prout testantur”. PEGAS, Emmanuelis Alvarez. *Resolutiones Forenses practicabiles in quibus multa, quae in utroque foro controversa*. Ulyssipone: ex Trypographia Michaelis Deslandes, 1682, Cap. II, 1, p. 65.

<sup>34</sup> CASTRO, Manuel Mendes de. *Practica lusitana, aduocatis, iudicibus, vtroque foto quotidie versantibus*. Olyssipone: Georgium Rodericum, 1619, Lib. 3, Cap. 1, 7-11, p. 81-83.

<sup>35</sup> COSTA, João Martins da. *Domus supplicationis Curiae Lusitanae Ulyssiponensis*. Lisboa: ex Officina Gerardi de Vinea, 1622, Annot. 7, 30, p. 45.

<sup>36</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, 7-8, p. 66.

<sup>37</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, 21, p. 68.

<sup>38</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, 29, p. 69.



Giovanni Pietro Sordi	7
Álvaro Valasco	7
Sebastiano Vanzi	7
Giacomo Menocchio	6
Aimone Cravetta	5
Baldo de Ubaldi	5
Juan Pedro Fontanella	5
Stefano Graziani	5
Roberto Maranta	5
Gabriel de Pareja y Quesada	5
Andreas Gail	4
Francesco Negri Ciriaco	4
Giuseppe Mascardo	4
Francisco Salgado de Somoza	4
Paolo Staibano	4
Antoine Favre	3
Cesare Baronio (Cardeal)	3
Francisco Caldas Pereira	3
Tiberio Deciano	3
Francesco Ferrentillo	3
Gabriel Pereira de Castro	3
António da Gama	3
Francesco Mantica	3
Marco Antonio Natta	3
Rolando do Valle	3
Séraphin Olivier-Razali (Cardeal)	3
Domenico Toschi (Cardeal)	3

A forma de se referir aos julgados, seja para fundamentar ou para conduzir a discussão, poderia se dar com a simples menção ao que fora acordado, como no caso de Manuel Lopes vs. Domingos João, decidido em 1660 pela Casa da Suplicação<sup>39</sup>, ou com a comum transcrição da decisão, a exemplo da apelação civil em que foram partes Maria de Sousa e Simão Gonçalves Valente, decidida em 3/5/1679 pelo juiz José Gomes de Azevedo, de Santarém<sup>40</sup>. Neste caso, a transcrição foi seguida da informação de que se apelou da decisão, a qual foi confirmada pela

<sup>39</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, 22, p. 68.

<sup>40</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, 35, p. 70-71.

Casa da Suplicação, sem que, porém, se tenha transcrito a decisão. Pegas optou, neste como em muitos casos, por apresentar em latim o conteúdo da deliberação e dos argumentos dos desembargadores que participaram do julgamento, detalhando-se as razões de decidir<sup>41</sup>.

O Capítulo 19 apresenta forma semelhante. Ao tratar da falsidade na produção de provas e das punições civis dela decorrentes, Pegas inicia os primeiros parágrafos dos capítulos falando dos instrumentos para se provar a fé, enfatizando o testemunho<sup>42</sup>. Considerações gerais, como as presunções que envolviam esses instrumentos<sup>43</sup>, dão lugar a um detalhamento das situações em que um instrumento se dizia falso ou suspeito<sup>44</sup>, em que o uso da opinião das autoridades e de decisões foi essencial. Ao trazer casos como defeito no sinal do notário<sup>45</sup>, contrariedade de instrumentos produzidos pela mesma parte<sup>46</sup>, adição de textos entre linhas<sup>47</sup>, laceração do instrumento<sup>48</sup>, confecção de escritura entre desconhecidos<sup>49</sup> e prova pela parte de que estava ausente da cidade no momento em que se lavrou a escritura<sup>50</sup> como sendo de presunção de falsidade e de repugnância, Pegas se utilizou de argumentos de autoridade, tanto a opinião de juristas e teólogos morais quanto decisões judiciais.

Quanto a estas, elas também apareceram na construção das referidas situações de presunção de falsidade e repugnância, a exemplo da apelação civil de Manoel da Costa Moreira com João Soares, julgada em 9/8/1679 e decidida em apelação à Casa da Suplicação<sup>51</sup>. O uso de decisões se torna mais frequente à medida que o capítulo avança, seja com referências indiretas, como na causa dos Religiosos de Santo Eloy vs. Antônio Correia da Silva, decidida em 1669 pela Casa da Suplicação<sup>52</sup>, ou por meio de transcrições, como no caso de Manoel Guedes Pereira vs. João Lamirante de Mello, decidido pela Casa da Suplicação em 6/5/1681<sup>53</sup>.

<sup>41</sup> “Aqua sententiae fuit appellatum, et fuit confirmata. Judices: Basto, Pereyra. Sylva, & Sousa.Lopes.Oliveyra. Et fuit fundata in deliberationibus sequentibus”. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. II, p. 71. Para a deliberação, com os fundamentos adequados, cf. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., p. 71-72.

<sup>42</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 1-5, p. 1131-1132.

<sup>43</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 6-9, p. 1132.

<sup>44</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 12, p. 1132-1133.

<sup>45</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 26, p. 1134.

<sup>46</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 28, p. 1134.

<sup>47</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 66, p. 1139.

<sup>48</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 71, p. 1139.

<sup>49</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 85, p. 1140.

<sup>50</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 98, p. 1141.

<sup>51</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 46, p. 1136-1137.

<sup>52</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 115, p. 1149.

<sup>53</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIX, 112, p. 1146-1147.

Essa estrutura, em que os capítulos se iniciam com uma introdução ao problema e se afunilam com uma discussão sobre as especificidades da questão mais geral a partir, principalmente, de casos retirados da prática forense, se repetiu em praticamente todos os capítulos. Desta forma, as decisões judiciais exercem, nessa estrutura, um papel extremamente relevante, e, por essa razão, elas serão analisadas com maior profundidade.

### 3.3 Os casos julgados

#### 3.3.1 Panorama geral

Partindo de uma leitura cuidadosa da obra em sua integralidade, realizou-se um levantamento da quantidade de decisões judiciais citadas nas *Resolutiones Forenses* de Manuel Álvares Pegas, a fim de extrair delas o máximo possível de informações relevantes. Nessa pesquisa minuciosa, foram encontradas 1.272 referências a decisões judiciais com características diversas.

#### 3.3.2 Forma da referência

Pegas não utilizou de maneira uniforme as decisões judiciais ao longo do livro, trazendo as referências de forma direta ou indireta. Das 1.272 decisões judiciais a que o autor se refere ao longo da obra, 581 (45,77%) aparecem a partir da transcrição da parte dispositiva da sentença ou acórdão, enquanto 691 (54,23%) aparecem em referências indiretas.

Essas referências indiretas têm um nível de detalhamento que é variável. Para considerar minimamente a referência, optou-se por qualquer individualização do caso julgado, a qual pode ter se dado pelo ano, pelas partes ou pelo juízo que proferiu a decisão, elementos que serão discutidos nas próximas seções. O exemplo mais comum foi o da simples menção de que a situação discutida foi julgada em determinada causa, como em “Et judicatum fuit in causa Vincentiae Machada, & Agnetis Machada, adversus Joseph Rolam, apud Not. Ignatium Soares de Lira, anno 1661”<sup>54</sup>, em que, como se vê, não houve menção ao juízo. Em outros momentos, apresentou-se uma conclusão sobre a discussão que estava acontecendo nos parágrafos anteriores, seguida de uma referência indireta a uma decisão da Casa da Suplicação<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, 725, p. 227.

<sup>55</sup> “Quae dicta sunt de successoribus, quibus prodest, et nocet, intelligenda veniunt, si sint de linea condemnati, et descendentes ejus, non vero si sint transversales; quia tunc ei non obstat, sed non obstat sententiae, possunt audiri de novo circa successionem, ut judicavit, & intellexit nostram sententiam Senatus in causa Joannis de Paiva cum



A questão linguística marca uma diferença importante ao longo da obra, que foi praticamente inteira escrita em latim, com exceção, basicamente, das raras transcrições de trechos das Ordenações do Reino e das frequentes transcrições de casos julgados, ambas em português. Como o latim é a língua adotada no livro, sempre que o autor fala, seja para se posicionar sobre uma questão ou mesmo para explicá-la, é nela que ele se expressa. Isso se percebe nos muitos casos em que Pegas faz referência aos recursos interpostos de decisões que estão sendo comentadas e, no lugar de transcrever, passa a comentar os acórdãos. Trata-se de instrumento importante para se aprofundar a discussão do caso, tendo em vista que, ao contrário do que acontece nas transcrições, em que apenas se copia o dispositivo da sentença ou acórdão, nessas discussões o autor se refere aos votos de cada desembargador que julgou o caso, trazendo em latim o fundamento da posição de cada um, apontando, inclusive, as referências trazidas pelos votos.

O caso de Salvador Dias e de sua mulher vs. Manoel Pinheiro da Costa é exemplar disso. A decisão proferida pelo juiz Manoel Mendes Ribeiro em 12/3/1674 foi transcrita no vernáculo<sup>56</sup>, mas a decisão da apelação não. Optou-se pela fórmula de um relato em latim resumindo a decisão, utilizando-se a fórmula genérica do “A qua sententia fuit appellatum, & fuit confirmata. Iudices: Cardoso. Ribeyro. Et haec sententia fuit fundata in deliberatione sequenti”, a que se seguiu uma curta descrição do que se deliberou no caso, incluindo uma referência à importante obra *De jure emphyteutica* de Álvaro Valasco e a informação de que o acórdão foi lavrado em 24/5/1675<sup>57</sup>. Já no caso de António Lopes vs. Isabel Duarte, uma estrutura comum aparece: depois da transcrição vernácula da decisão de 21/10/1674 tomada pelo juiz Manoel Álvares da Silva, de Santarém<sup>58</sup>, utilizou-se a fórmula “A qua sententia fuit appellatum, & fuit confirmata. Iudices: D. Gouvea, Cardodo. Ribeyro. Haec sententia fuit fundata in deliberatione sequenti” para introduzir a discussão dos votos dos três desembargadores da Casa da Suplicação que acabaram decidindo o recurso<sup>59</sup>.

315

### 3.3.3 Ano do julgado

Antonio Correa da Sylva, anno 1670, apud Notarium Antonoum Tavares”. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IV, 75, p. 312.

<sup>56</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, p. 147-148.

<sup>57</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, p. 148.

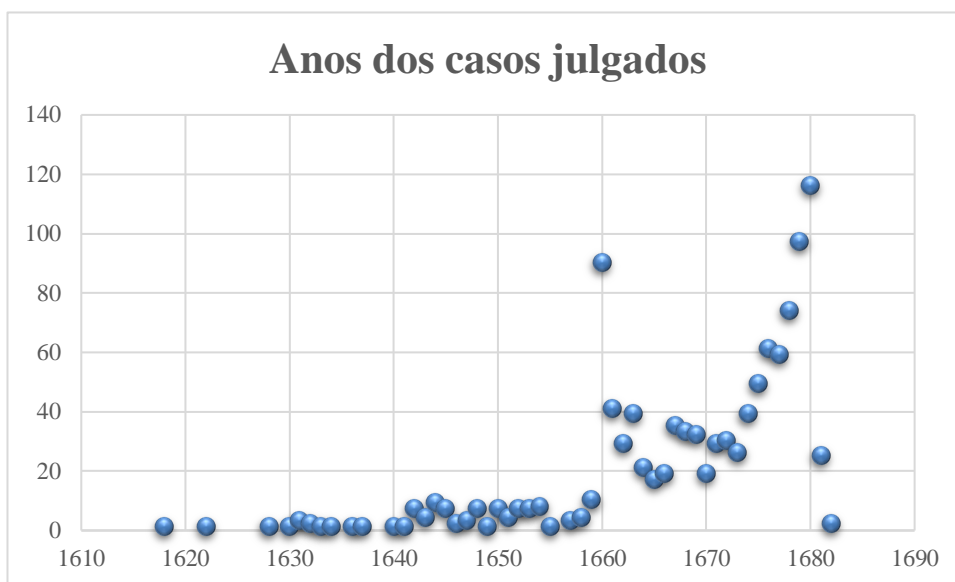
<sup>58</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, p. 613-614.

<sup>59</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, p. 614-615.

A informação sobre o ano do julgado foi uma das maneiras mais frequentes de se identificar um caso julgado trazido pelo autor. O levantamento estatístico com as 1.272 decisões trazidas por Pegas fez perceber que 1.096 casos julgados mencionaram o ano em que a decisão foi tomada, o que representam 86,16% do total, enquanto que 176 não se referiram ao ano em que se emitiu a decisão, totalizando tão somente 13,84%.

No grupo minoritário, a quantidade de informações disponíveis sobre os casos foi variável. Alguns informaram apenas as partes<sup>60</sup>, outros as partes e os juízos<sup>61</sup>, outros indicaram partes, juízo e ainda houve a transcrição do julgado sem que se mencionasse a data<sup>62</sup>. Nas menções a recursos, na forma que se verá no próximo tópico, foram comuns as indicações das partes e do juízo responsável pelo recurso sem que se falasse, no entanto, do ano em que se decidiu<sup>63</sup>.

Levantando-se os dados referentes aos anos em que foram proferidas as decisões e organizando essas informações em gráfico, tem-se o seguinte:



<sup>60</sup> João Corneles vs. João Tomé Castro. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 181, p. 46.

<sup>61</sup> Henrique Capela vs. Antônio Rodrigues de Oliveira, na Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 219, p. 52.

<sup>62</sup> Manuel Álvares Pegas vs. Francisco Pereira de Castelo Branco, no juízo de órfãos. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, 26, p. 408.

<sup>63</sup> João de Paiva Gama vs. Antônio Correa da Silva. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IV, 77, p. 323.

Percebe-se claramente uma maior concentração de casos julgados datados (os quais, por sua vez, já são a imensa maioria dos casos julgados trazidos pelo autor) a partir de 1660. Isso se torna ainda mais evidente com a informação de que Pegas teria realizado a sua leitura de bacharel em 1658<sup>64</sup>, o que indica ter começado a atuar como advogado muito próximo ao período em que começam a abundar decisões. Pegas utilizou 90 casos julgados em 1660, diminuindo essa média (que seguiu alta, no entanto) a partir do ano seguinte, até o início da década de 1670, quando ela volta a crescer. Os anos de 1679, com 97 casos julgados, e 1680, com 117, representam os picos dessa análise, com um baixo índice de referência a casos decididos em 1681 (25 casos) e 1682 (2 casos). A razão para isso parece ser o fato de o livro ter sido escrito nesse período e publicado em 1682.

Outra reflexão que pode ser feita a partir desses dados diz respeito à função do livro, que servia para o leitor especializado se inteirar de como os tribunais e juízos régios, notadamente a Casa da Suplicação, estavam decidindo. Em um contexto em que simplesmente não existia um sistema de publicação e de divulgação das decisões judiciais, assim como das próprias normas régias, a publicação de livros como as *decisiones* e as resoluções forenses cumpria, de alguma forma, essa função de repertório de casos julgados<sup>65</sup>.

317

### 3.3.4 Juízos

Ao contrário do que aconteceu com os marcos temporais dos julgados, o aspecto da autoridade responsável pela decisão foi menos explorado por Pegas. Apenas 439 casos julgados mencionaram o juízo que proferiu a decisão, o que representa 34,5% do total. Dessas, a grande maioria veio da Casa da Suplicação, com 318 julgados, ao passo que 33 vieram do Tribunal da Relação do Porto. Outros juízos emitiram 41 decisões trazidas por Pegas.

Nesse grupo de outros juízos encontram-se tanto autoridades seculares quanto eclesiásticas, como a Relação da Arquidiocese de Lisboa<sup>66</sup>. Dentre as seculares, a pluralidade é muito maior. Encontram-se casos julgados por juízes de fora (com decisão do agravo

<sup>64</sup> MACHADO, Diogo Barbosa, op. cit., loc. cit.

<sup>65</sup> Nesse sentido, para as *decisiones*, cf. CABRAL, Gustavo César Machado. *Literatura jurídica na Idade Moderna: as decisiones no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>66</sup> Causa do Padre António de Brito, 1660. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIII, 9, p. 964; Causa de Lourenço da Silva Pereira, 1660. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XV, 233, p. 1049.

inteiramente transcrita)<sup>67</sup>, juízes de órfãos<sup>68</sup> e juízos especiais, como o juízo dos conservadores do comércio<sup>69</sup>, os juízos das capelas<sup>70</sup> e os juízos dos moedeiros<sup>71</sup>. Os dois últimos foram instituídos por leis de 23/10/1604 e 10/9/1604<sup>72</sup>, respectivamente, num claro exemplo de jurisdições especiais que eram comuns na ordem jurídica do Antigo Regime. Praticamente todas as referências foram a juízos situados no Reino. Não houve casos originados no Brasil nem em Goa, ainda que, período em que Pegas escreveu o livro, em ambos já houvesse Tribunais de Relação. Exceção foi o caso Felipa Antunes vs. Manoel da Costa Vellez, em que a transcrição da apelação julgada em 7/1/1681 pela Casa da Suplicação reformou uma decisão do Ouvidor Geral de Angola<sup>73</sup>.

Por outro lado, o olhar para o juízo referido na decisão indica os elementos relevantes da dinâmica processual da jurisdição régia, notadamente quanto aos recursos. A quantidade de referências a apelações, agravos e embargos faz perceber que grande parte dos casos julgados trazidos por Pegas era recurso. Foram 311 menções expressas a agravos e apelações, o que indica a existência de um trâmite processual que alcançava, não raramente, um outro grau de jurisdição por meio de recurso. Não se levantaram dados para fins de comparação, mas se percebeu tanto a presença de apelações e agravos confirmadores<sup>74</sup> quanto de reformadores da sentença anterior<sup>75</sup>. Muitas vezes, as sentenças recorridas já haviam aparecido no livro, o que enfatiza o registro das decisões em vários graus de jurisdição.

Mais comuns foram as referências em dois níveis, em que o juízo *ad quem* era a Casa da Suplicação. Entre muitos outros, pode-se mencionar o caso de João Dias vs. Domingos Pires, com decisão da Relação do Porto de 3/11/1678 e confirmação pela Casa da Suplicação em 8/8/1680<sup>76</sup>. No caso do Frei António Rodrigues Marques vs. Procurador e Irmãos da

<sup>67</sup> Giraldo Marques vs. Lic. Rui Lopes da Veiga, decidido em 23/9/1676 pelo juiz de fora Domingos Pimenta Teixeira, de Sousela. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IV, p. 350-351.

<sup>68</sup> Rodrigo Vaz Pinto vs. Branca Manuela, 1660. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. VII, 46, p. 522.

<sup>69</sup> Causa de Francisco Mendes de Barros, 1680. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, 171, p. 468.

<sup>70</sup> Causa de Elisabeth Teles de Menezes, 1664. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. X, 29, p. 774; Cauda de António de Mendonça, 1665. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. X, 54, p. 780.

<sup>71</sup> Causa de Domingos Soares, 1667. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, 236, p. 960.

<sup>72</sup> Agradeço a António Manuel Hespanha por essas informações.

<sup>73</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, p. 158.

<sup>74</sup> V.g., António Rodrigues d'Elvas vs. Manoel Lopes da Lavra e Belchior de Meireles Freire, de 14/6/1672, juiz Gregório de Matos e Guerra (conhecido poeta baiano); apelação para a Casa da Suplicação, de 4/5/1674. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 463-465.

<sup>75</sup> Frei António Teixeira e Prior António Rebelo vs. Prior e Religiosos do Convento do Carmo da Vila de Setúbal, 1676. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, p. 94.

<sup>76</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 168, p. 621-624.





Misericórdia do Porto foram três níveis, com transcrição da decisão de primeira instância em 31/12/1677, transcrição da decisão de 20/5/1769 de apelação na Relação do Porto e do agravo de 7/5/1680 na Casa de Suplicação<sup>77</sup>. Já no caso Domingos Domingues vs. Gregório Fernandes, foram quatro níveis; transcreveu-se a sentença de 13/5/1645, do juiz Manoel Rodrigues Vilarinho, de Valadares, mencionou-se a sua revogação pela Ouvidoria, a confirmação pelo Tribunal da Relação do Porto, em 9/7/1676, e a confirmação pela Casa da Suplicação, em 1/4/1680<sup>78</sup>.

Por outro lado, em vários casos, Pegas fez referências a sentenças que estavam em apenso aos processos nos casos principais. Nos autos do processo de João Cardoso vs. Damião Ramires, com decisão da Casa da Suplicação de 19/6/1628, há uma sentença em apenso tomada pelo mesmo tribunal em 21/2/1622, uma das mais antigas trazidas pelo autor. Já nos autos do processo de Salvador da Silva Teles vs. o Reitor e os religiosos do Convento de São Domingos de Benfica, cuja sentença foi proferida em 17/3/1670, com apelação para a Casa da Suplicação em 20/1/1672, foram transcritas várias sentenças que estavam em apenso, prolatadas em 26/8/1671, 1/2/1663, 9/7/1631, 10/2/1632, 13/12/1636, 17/7/1640, 28/5/1678 e 19/6/1670<sup>79</sup>.

319

### 3.3.5 Partes

O último aspecto a ser analisado nas informações levantadas dos casos julgados trazidos nas *Resolutiones Forenses* de Manuel Álvares Pegas é o das partes envolvidas nos litígios. Dos 1.272 casos, em 1.215 (95,51% do total) houve menções às partes. Em geral, indicavam-se os dois polos processuais, mas não foram incomuns as menções, geralmente mais superficiais, ao nome de apenas uma das partes. A simples menção aos envolvidos serve para identificar o caso que foi relatado pelo autor, individualizando-o diante dos demais, mas o detalhamento dos envolvidos nos processos também contribui para entender essa dinâmica jurisdicional portuguesa.

A identificação das partes pelo nome dos litigantes pode ajudar a traçar um perfil socioeconômico dos litígios. Percebe-se uma considerável presença de nobres nos casos trazidos por Pegas. Foram 55 casos envolvendo figuras como o Duque de Aveiro<sup>80</sup>, o Duque

<sup>77</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IV, 241, p. 345-347.

<sup>78</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XIV, 23, p. 972-978.

<sup>79</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 451, p. 726-731.

<sup>80</sup> João Homem do Amaral vs. Duque de Aveiro, 1670. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IV, 53, p. 308.

do Cadaval<sup>81</sup>, o Conde de Vimioso<sup>82</sup>, o Conde de Figueiredo, o Conde Castanheira<sup>83</sup> e a própria Casa de Bragança, com decisão e confirmação em apelação a favor dela em 1642, poucos meses depois da aclamação do seu chefe como Rei de Portugal<sup>84</sup>. Mulheres da alta nobreza também foram partes de processos discutidos por Pegas, como a Duquesa de Torres Novas (na posição de tutora do Duque de Aveiro)<sup>85</sup> e a Condessa de Mesquita<sup>86</sup>. Em outras situações, houve litígios entre nobres, como nos casos da Condessa de Alegrete vs. Conde de Vimioso<sup>87</sup>, do Conde de Castelo Melhor vs. Duque de Cadaval (como administrador da sua filha, a Condessa de Tentugal)<sup>88</sup> e do Duque de Cadaval vs. Conde de Castelo Melhor<sup>89</sup>.

Outras figuras relevantes apareceram como partes nos processos trazidos por Pegas. Foram os casos dos desembargadores Francisco Fiúza Correia, em processo contra Luís de Barros de Melo, Rodrigo Dias de Castro e António de Sousa de Macedo<sup>90</sup>. O Arcebispo de Lisboa e o Bispo do Algarve<sup>91</sup> também podem ser incorporados a essa lista. Entretanto, chamam a atenção as relações diretas de Pegas com alguns dos litígios relatados. Em vários casos, uma das partes era seu cliente<sup>92</sup>, lembrando, ainda que de modo distante, o que se encontra nas suas *allegationes*. Ademais, há referências a parentes seus atuando como partes, como o seu pai,

<sup>81</sup> D. Leonor vs. Duque de Cadaval, 1673. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XV, 121, p. 1031.

<sup>82</sup> António Monteiro vs. Conde de Vimioso, 1672, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 290, p. 63; D. Joana Luiza de Castelo Branco vs. Conde de Vimioso, 1664. Cap. V, 35, p. 414.

<sup>83</sup> Conde da Castanheira vs. Leonel Marinho, 1618, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, p. 140.

<sup>84</sup> Domingos Fernandes vs. Casa de Bragança. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. 671, 266, p. 671-672.

<sup>85</sup> Duquesa de Torres Novas (como tutora do Duque de Aveiro) vs. D. Maria de Melo, 1642. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 267, p. 672.

<sup>86</sup> Henrique de Miranda vs. Condessa de Mesquita. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 413, p. 959.

<sup>87</sup> “Illustrissimae” Condessa de Alegrete vs. “ilustrissimum” Conde de Vimioso, 1680. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 357.

<sup>88</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 34, p. 597.

<sup>89</sup> PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, 213, p. 957.

<sup>90</sup> Luís de Barros de Mello vs. Desembargador Francisco Fiúza de Correa, 1666. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 14, p. 594; António Alvares de Paiva vs. Desembargador Rodrigo Dias de Castro, 1671. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 185, p. 46; Doutor António de Sousa de Macedo vs. Religiosos do Mosteiro de Santo Eloi, 25/8/1672, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, p. 950. Sobre Macedo, cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Literatura jurídica na Idade Moderna: as *decisiones* no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 367-415.

<sup>91</sup> Arcebispo Metropolitano de Lisboa vs. Doutor Fr. Bento Figueira. Cap. XV, p. 1039-1040; Bispo do Algarve vs. António da Silva. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. X, 33, p. 776.

<sup>92</sup> Francisco Ferreira de Vasconcelos vs. Henrique Henriques de Miranda, 1669. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 261, p. 57; Diogo Ribeiro vs. Francisco Mendes de Barros, 1679. Cap. I, 6, p. 7; Maria Prestrella vs. Gabriel Dias. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 137, p. 616.



António de Brito Pegas<sup>93</sup>, e a sua sogra, D. Maria da Cunha<sup>94</sup>. Isso além da referência a um caso em que o próprio Manuel Álvares Pegas foi parte<sup>95</sup>.

Por fim, encontram-se também entre as partes coletividades não pessoais, das quais tratou António Manuel Hespanha. Seguindo o autor, que parte da discussão sobre *status*, seriam a condição ou o estado que tornaria o indivíduo titular de direitos e deveres. Como a coisas ou a entidades não corpóreas poderiam ser atribuídos direitos ou obrigações<sup>96</sup>, é razoável que não apenas indivíduos singularmente considerados pudessem figurar num dos polos da relação processual. Houve casos em que a Universidade de Coimbra<sup>97</sup> e o Cabido da Sé Eclesiástica de Lisboa<sup>98</sup> foram partes, da mesma forma que a Câmara Municipal de Lisboa<sup>99</sup>. Em outras situações, o processo envolveu os oficiais<sup>100</sup> e os vereadores da Câmara<sup>101</sup>, sem que houvesse individualização. Até os moradores da vila de Fronteira foram parte processual de um litígio com os oficiais da respectiva vila<sup>102</sup>. Por outro lado, foram muito comuns as referências a ordens religiosas, mosteiros e conventos. Várias vezes eles apareceram diretamente citados, como o Convento de Santa Clara de Santarém<sup>103</sup> ou o processo do Convento de Santana contra o

<sup>93</sup> António de Brito Pegas, 1660, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, 11, p. 796.

<sup>94</sup> D. Maria da Cunha vs. Marcos Sanhudo Correa, 1666. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 185, p. 46.

<sup>95</sup> Manuel Álvares Pegas vs. Francisco Pereira de Castelo Branco, no juízo de órfãos. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, 26, p. 408.

<sup>96</sup> HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 203-209.

<sup>97</sup> Henrique Carvalho de Sousa vs. Universidade de Coimbra, 1666. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 389, p. 713.

<sup>98</sup> Cabido da Sé de Lisboa vs. Marquês de Cascais, 6/5/1651, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, p. 883.

<sup>99</sup> Pedro Vieira da Silva vs. Câmara de Lisboa, 1665. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, p. 920.

<sup>100</sup> Oficiais do Senado da Câmara da Ilha de Santiago de Cabo Verde, 25/1/1681, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, p. 917.

<sup>101</sup> Vereadores do Porto vs. Manuel António, 1661. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. III, 949, p. 288.

<sup>102</sup> Naturaes, moradores, & povo da villa de Fronteyra vs. juizes, ouvidor, vereadores e mais officiaes da Camera da dita Villa, 12/7/1678, Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 445-446.

<sup>103</sup> Convento Santa Clara de Santarém, 1679. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. I, 178, p. 61

Convento de Chelas<sup>104</sup>, mas foram ainda mais frequentes as referências por meio de seus abades, **abadessas, reitores ou piores<sup>105</sup> ou mesmo dos seus religiosos<sup>106</sup>**.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dono de uma vasta bibliografia que o tornou, sem grandes discussões, um dos juristas mais influentes de Portugal no século XVII, Manuel Álvares Pegas fez das suas *Resolutiones Forenses* uma obra muito consistente dentro dos seus propósitos. Por questões pessoais que facilitaram o acesso ao quadro de decisões judiciais no âmbito dos tribunais régios, principalmente na Casa da Suplicação, Pegas construiu uma respeitável reputação que durou séculos entre os juristas portugueses justamente porque soube combinar em seus livros dois elementos centrais do direito no Antigo Regime, a literatura jurídica e as decisões de tribunais. Tratando-os em uma relação de extrema proximidade, sua autoridade acabou sendo forjada por uma influência decisiva tanto na literatura jurídica produzida posteriormente quanto na própria prática processual. Referências como as já comentadas de Elescano Aragão e de Diogo Barbosa Machado são exemplares da verdadeira reverência que se fazia ao jurista.

Pensando no livro em si, tem-se um exemplo muito claro de uma obra que tinha uma preocupação essencialmente prática. Não a prática do ensino do litígio, a exemplo do que faziam os tratados de libelos como o de João Martins da Costa ou a já referida *Practica lusitana* de Manuel Mendes de Castro, mas uma prática material, preocupada em servir os litigantes com o conteúdo e a forma com que decidiam os tribunais régios. As *Resolutiones forenses*, como os outros livros de prática, tinham nas referências aos casos julgados a sua principal singularidade,

322

<sup>104</sup> Convento de Santana vs. Convento de Chelas, 1680. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 343, p. 701.

<sup>105</sup> Abadessa e religiosas do Convento de Santa Clara de Évora vs. Catarina Coelho (viúva de Sebastião Nunes Colares), 7/4/1677, com apelação para Casa da Suplicação confirmando a sentença. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 417; Abade e religiosos do Mosteiro de São João de Tarouca, 26/1/1657, apelação para Relação do Porto e agravo para a Casa da Suplicação. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, p. 656-662; Abadessa do Convento da Esperança vs. Luiza da Trindade (religiosa em Santana), 1/10/1671, agravada e confirmada pela Casa da Suplicação, 24/2/1672. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, p. 911-912.

<sup>106</sup> Freiras de Odivelas vs. Afonso Luís de Melo. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. V, p. 399; Padres e religiosos do Mosteiro de Alcobaça, p. 618; D. Luiza Antónia de Melo vs. Religiosos do Convento de Santo Elói, 1676. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. IX, 451, p. 731; Padres da Companhia de Jesus vs. Doutor António Rodrigues de Araújo, 1680. PEGAS, Emmanuelis Alvarez, op. cit., Cap. XI, 6, p. 796.

mas é muito difícil encontrar outro livro do gênero que tenha sido tão rico na quantidade de casos referenciados.

Há, no entanto, outro elemento fundamental que se extrai da análise interna da obra. A grande quantidade de casos julgados permite conhecer parte significativa e importante da prática judicial portuguesa da segunda metade do século XVII, uma vez que há uma quantidade expressiva de decisões tomadas em vários graus de jurisdição que permitem conhecer não apenas o seu conteúdo, mas também aspectos práticos relevantes como o sistema recursal, o tempo do litígio, o processo de construção da decisão e o perfil das partes processuais. Diante da limitada quantidade de fontes processuais dos tribunais régios para o século XVII em Portugal, o repertório debatido neste livro se apresenta como de grande valor para conhecer a prática desse período.

## REFERÊNCIAS

AMATO, Antoninus de. *Variae resolutiones iuris, forenses & practicabiles*. Lugduni: sumptibus Ioannis Antonii Huguetan, & Guillielmi Barbier, 1668.

ARAGÃO, António Barnabé de Elescano Barreto e. *Demétrio Moderno, ou o bibliografo jurídico portuguez*. Lisboa: Officinade Lina da Silva Godinho, 1781.

CABRAL, Gustavo César Machado. *Direito penal na literatura de Decisiones em Portugal (1578-1660)*. In: CABRAL, Gustavo César Machado; DI CHIARA, Francesco; HERNÁNDEZ, Óscar Santiago; RODRÍGUEZ ARROCHA, Belinda. (Org.). *El derecho penal en la edad moderna: nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 23-75.

\_\_\_\_\_. *Foreign Law and Circulation of Ideas in the Early Modern Age: Analyzing an 'allegatio' of Manuel Álvares Pegas on maioratus*. Forum historiae iuris, 2018. Disponível em: <https://forhistiur.de/2018-12-cabral/>. Último acesso: 13/01/2019.

\_\_\_\_\_. *Ius commune: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

\_\_\_\_\_. *Literatura jurídica na Idade Moderna: as decisiones no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. *Pegas e Pernambuco: notas sobre o direito comum e o espaço colonial*. Direito & Práxis, v. 9, n. 2, 2018, p. 704-706.

CARENÆ, Caesaris. *Resolutiones practicae-forenses civiles et canonicae*. Lugduni: Philippi Borde, Laurentii Arnaud & Claudii Rigaud, 1661.

CASTRO, Manuel Mendes de. *Practica lusitana, aduocatis, iudicibus, vtroque foto quotidie versantibus*. Olysiopone: Georgium Rodericum, 1619.

COSTA, João Martins da. *Domus supplicationis Curiae Lusitanae Ulisiponensis*. Lisboa: ex Officina Gerardi de Vinea, 1622.

GEHRKE, Heinrich. *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands: Charakteristik und Bibliografie der Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen vom 16. bis zum Beginn de 19. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1974.

HESPANHA, António Manuel. *As vésperas do Leviathan: instituições e poder político, Portugal – séc. XVII*. Coimbra: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. München: C.H. Beck, 1958.

MACHADO, Diogo Barbosa. *Bibliotheca Lusitana: História, crítica, e cronológica*. Tomo 3. Lisboa: Officina de Ignacio Rodrigues, 1752.

OSLER, Douglas. *The jurisprudence of the Baroque: a census of seventeenth century Italian legal imprints*. 3 vol. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009.

PEGAS, Emmanuelis Alvarez. *Resolutiones Forenses practicabiles in quibus multa, quae in utroque foro controversa*. 2v. Ulyssipone: ex Trypographia Michaelis Deslandes, 1682.

\_\_\_\_\_. *Allegações de Direito*. Tomo 1. Lisboa: Officina de Antonio Isidoro da Fonseca, 1738.

\_\_\_\_\_. *Tractatus de exclusione, inclusione, successione, & erectione maioratus*. Lisboa: ex typographia Michaelis Deslandes, 1685.

RANIERI, Filippo. *Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie*. Einige methodologische Vorüberlegungen. In: BERGFELD, Christoph (Org.). *Aspetke europäischer Rechtsgeschichte: Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1982, p. 292-322.

RESKE, Christoph. *Die Buchdrucker des 16. und 17. Jahrhunderts im deutschen Sprachgebiet: auf der Grundlage des gleichnamigen Werks von Josef Benzing*. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2007.

SCHOLZ, Johannes-Michael. *Legislação e jurisprudência em Portugal nos séculos XVI a XVIII: fontes e literatura*. Scientia Juridica. Tomo XXV. N° 142- 143. Setembro-Dezembro/1976, p. 512-587;

\_\_\_\_\_. Portugal. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung. München: C. H. Beck, 1977, p. 1319-1342.



SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime*. In: BITTAR, Eduardo. C.B. (Org.). *História do Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91-108.

STAIBANI IUNIORIS, Pauli. *Resolutionum Forensium Decisarum*. Neapoli: Typographia Roberti Molli, 1645.

TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *Causísmo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

TOSCHI, Domenico. *Practicarum Conclusionum iuris omni fori frequentiores*. Lugduni: Ioannis Pillehotte, 1634.

